

COLABORADORES

- Adriana da Costa Ricardo Schier
- Alan Luiz Bonat
- Állison Ricardo do Prado
- Ana Claudia Santano
- Ana Cristina Aguilar Viana
- Andrés Fernando Ospina Garzón
- Ane Elise Brandalise Gonçalves
- Ariel Maldaner
- Carolina Alves das Chagas
- Daniel Castanha de Freitas
- Daniel Fernando Pastre
- Daniel Ferreira
- Daniel Wunder Hachem
- Débora Simões da Silva
- Diego Nogueira
- Eduardo Biacchi Gomes
- Emerson Gabardo
- Eneida Desiree Salgado
- Estela B. Sacristán
- Felipe Klein Gussoli
- Fernanda Akemi Okazaki Guerios
- Fernanda Lissa Fujiwara Homma
- Gabriel Morettini e Castella
- Geovane Couto da Silveira
- Guilherme Henrique Hamada
- Gustavo Justino de Oliveira
- Gustavo Marques Krelling
- João Pedro Kostin Felipe de Natividade
- José Joaquim Neto
- José Osório do Nascimento Neto
- Juliana Georges Khouri
- Karoline Strapasson
- Lara Pastorello Panachuk
- Leonardo Queiroz Leite
- Lilian Juliana Kuwano Buhner
- Luciana Proceke Tambosi
- Luiz Alberto Blanchet
- Luzardo Faria
- Maria Clarice Sacchelli Moraes Piotto
- Marina Batisti
- Ramón Huapaya Tapia
- Regeane Bransin Quetes
- Renan Guedes Sobreira
- Richard Albert
- Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz
- Roseana Cilião Sacchelli
- Samia Yasmim Yousseif Duque Regniel
- Suzana Maria Rossetti
- Tailaine Cristina Costa
- Tarso Cabral Violin
- Tatiana Denczuk
- Thiago Priess Valiati
- Tuany Baron de Vargas
- Vivian Lima López Valle

As questões relativas à eficiência e à ética na Administração Pública, envolvendo temas como combate à corrupção, gestão dos serviços públicos, relações público-privadas, falta de transparência e acesso à informação tornaram-se centrais no cenário jurídico brasileiro e estrangeiro, demandando a busca por instrumentos e soluções voltados ao aprimoramento do bom governo e da boa administração dos assuntos públicos. Essa é a temática desta obra – **EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** – composta por artigos apresentados por pesquisadores nacionais e estrangeiros (Argentina, Brasil, Colômbia, Estados Unidos e Peru), de onze instituições de ensino superior, no Seminário Internacional de mesmo título promovido pelos Programas de Pós-Graduação (*stricto sensu*) em Direito da PUCPR, UFPR e UniBrasil em agosto de 2015, com o financiamento do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP) da CAPES. Os trabalhos foram agrupados em cinco partes: Parte I – Gestão eficiente e ética na efetivação de serviços públicos relativos a direitos sociais; Parte II – Impactos da ineficiência e da corrupção no processo de desenvolvimento nacional; Parte III – Instrumentos de combate à corrupção na Administração Pública; Parte IV – Mecanismos de aprimoramento da gestão pública transparente, eficiente e democrática; Parte V – Resumos apresentados na sessão de comunicados científicos.



COORDENADORES
Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREFÁCIO DE **Emerson Gabardo**

COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet

Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado.

Daniel Wunder Hachem

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR, do Departamento de Direito Público da UFPR e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo e do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo. Advogado.

Ana Claudia Santano

Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela PUCPR. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e da Comissão de Responsabilidade Social e Política da OAB/PR.



COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREFÁCIO DE **Emerson Gabardo**

Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano: Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha. Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela PUC/PR. Professora de diversos cursos de pós-graduação no Brasil e exterior.

Emerson Gabardo: Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University.

Fernando Gama de Miranda Netto: Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito (UFF).

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro: Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora da Faculdade Paraíso – FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação. Professora substituta da Universidade Regional do Cariri – URCA, professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Bacellar desde 2006, em Curitiba/PR.

Luiz Fernando Casagrande Pereira: Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira: Doutor em Direito pela UFSC. Mestre e Graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e pós-graduação em Direito da UFSM. Coordenador do Curso de Direito da UFSM. Editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.

B641 Blanchet, Luiz Alberto (coord)
Eficiência e ética na administração pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná /coordenação de Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem, Ana Claudia Santano – Curitiba: Íthala, 2015.
412p.; 23cm

ISBN 978-85-5544-018-2

1. Administração pública. 2. Eficiência. 3. Ética. I. Hachem, Daniel Wunder (coord.). II. Santano, Ana Claudia (coord.). III. Título.

CDD 351 (22.ed)
CDU 35

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

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015. 412 p. ISBN 978-85-5544-018-2.

Editora Íthala Ltda.
Rua Aureliano Azevedo da Silveira, 49
Bairro São João
82030-040 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Duilio David Scrok
Projeto Gráfico e Diagramação: Duilio David Scrok


Respeite o direito autoral

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

COORDENADORES

Luiz Alberto Blanchet
Daniel Wunder Hachem
Ana Claudia Santano

EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREFÁCIO DE **Emerson Gabardo**

Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2015

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| PREFÁCIO | 11 |
| Emerson Gabardo | |
| APRESENTAÇÃO | 13 |
| Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem, Ana Claudia Santano | |

PARTE I

GESTÃO EFICIENTE E ÉTICA NA EFETIVAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS RELATIVOS A DIREITOS SOCIAIS

| | |
|---|-----|
| GESTIÓN EFICIENTE Y ÉTICA EN LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS RELATIVOS A DERECHOS SOCIALES | 17 |
| Estela B. Sacristán | |
| CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PÚBLICO PERUANO | 35 |
| Ramón Huapaya Tapia | |
| DIREITO FUNDAMENTAL AO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E CAPACIDADE ECONÔ- MICA DO CIDADÃO: REPENSANDO A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À LUZ DA IGUAL- DADE MATERIAL | 75 |
| Daniel Wunder Hachem | |
| SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL POR INADIMPLE- MENTO DO USUÁRIO: O INTERESSE PÚBLICO ENTRE EFICIÊNCIA E DIGNIDADE | 109 |
| Luzardo Faria | |

PARTE II

IMPACTOS DA INEFICIÊNCIA E DA CORRUPÇÃO NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

| | |
|---|-----|
| O ADVOGADO E A CORRUPÇÃO NO BRASIL: CONTRIBUIÇÃO PARA A EMERGÊNCIA DE NOVOS PAPEIS VOLTADOS À PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO | 137 |
| Gustavo Justino de Oliveira | |

INEFICIÊNCIA, CORRUPÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE O EMPREENDEDORISMO E SOBRE O DESENVOLVIMENTO.....151

Luiz Alberto Blanchet

(IN)EFICIÊNCIA E CORRUPÇÃO NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO: POSSÍVEIS CAUSAS E MUDANÇAS NECESSÁRIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA .. 163

Adriana da Costa Ricardo Schier

José Osório do Nascimento Neto

AS REPERCUSSÕES DO CASO MENSALÃO: UMA ANÁLISE DE CONJUNTURA E DE CENÁRIOS..... 177

Eduardo Biacchi Gomes

Ane Elise Brandalise Gonçalves

PARTE III

INSTRUMENTOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE PROGRESSIVE ERA OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 197

Richard Albert

INSTRUMENTOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: DE LA *ULTIMA RATIO* A LA AUSENCIA DE RAZÓN..... 221

Andrés Fernando Ospina Garzón

CAÇA AOS ÍMPROBOS: COMO A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE DESVINCULADA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DESVIRTUA A FINALIDADE LEGAL 243

Felipe Klein Gussoli

PARTE IV

MECANISMOS DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA

TRANSPARENTE, EFICIENTE E DEMOCRÁTICA

TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO: O CAMINHO PARA A GARANTIA DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 271

Eneida Desiree Salgado

Tarso Cabral Violin

A PUBLICIDADE, A TRANSPARÊNCIA E A *ACCOUNTABILITY* NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E NO COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL 295

Ana Claudia Santano

AUTORIDADE E CONSENSO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM REPOSICIONAMENTO DO REGIME JURIDICO CONTRATUAL BRASILEIRO À LUZ DA DOCTRINA EUROPEIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 315

Vivian Lima López Valle

DEMOCRATIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: IMPACTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO ESTADO CONTEMPORÂNEO 337

Lilian Juliana Kuwano Buhner

Gustavo Marques Krelling

PARTE V

RESUMOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO: INEFICIÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL AO TRABALHO 361

Alan Luiz Bonat

Regeane Quetes

A INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS DO ADMINISTRADOR PÚBLICO .. 363

Állison Ricardo do Prado

BREVE MAPEAMENTO DOS MODELOS TRADICIONAIS DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS ABORDAGENS PÓS-POSITIVISTAS 364

Ana Cristina Aguilar Viana

A CORRUPÇÃO NO PODER PÚBLICO E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL ATUAL..... 365

Andréa Arruda Vaz

PRÁTICAS PARTICIPATIVAS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 366

Ariel Maldaner

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS E SUPREMACIA JUDICIAL: REPENSANDO A REFORMA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO 367

Carolina Alves das Chagas

A EQUIVOCADA “SOLIDARIEDADE” DOS ENTES FEDERADOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS DA LEI Nº 8.080/90, RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E ALTERNATIVAS ADMINISTRATIVAS PARA O ACESSO UNIVERSAL..... 369

Daniel Castanha de Freitas

UMA REELEIÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA A PARTIR DE ROBERT NOZICK.....371

Daniel Fernando Pastre

ÉTICA E EFICÁCIA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A TUTELA DA CONFIANÇA DO PARTICULAR CONTRATANTE..... 372

Débora Simões da Silva

João Pedro Kostin Felipe de Natividade

LA SEGURIDAD PÚBLICA EN BRASIL: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMA DE LAS POLICÍAS MILITARES COMO ELEMENTO DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL.....374

Diego Nogueira

DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO ESTADO DO PARANÁ E AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROL DA IGUALDADE..... 375

Fernanda Akemi Okazaki Guerios

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO UM POTENCIAL INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO E DIÁLOGO NA DELIBERAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA LEITURA A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO..... 377

Fernanda Lissa Fujiwara Homma

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE APRIMORAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA..... 379

Gabriel Morettini e Castella

Marina Batisti

A INFLUÊNCIA DAS DOAÇÕES POR PESSOAS JURÍDICAS NA CONSISTÊNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS..... 381

Geovane Couto da Silveira

A ATUAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ PARA ASSEGURAR A QUALIDADE DO ENSINO NAS ESCOLAS PARTICULARES DE EDUCAÇÃO BÁSICA..... 383

Guilherme Henrique Hamada

Regeane Bransin Quetes

PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS MODELOS DE GESTÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 385

Juliana Georges Khouri

ENTRE A PARTICIPAÇÃO E O CUSTO DA TRANSPARÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PORTAL DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE CURITIBA..... 387

Karoline Strapasson

Tailaine Cristina Costa

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB AS LENTES DE JOAQUIM MANUEL DE MACEDO: ANÁLISE JURÍDICO-HISTÓRICO-LITERÁRIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 389

Lara Pastorello Panachuk

PROFISSIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APONTAMENTOS SOBRE A FUNÇÃO DO DIRIGENTE PÚBLICO COMO PROTAGONISTA NO APRIMORAMENTO DO DESEMPENHO DO APARELHO DE ESTADO 390

Leonardo Queiroz Leite

A REGULAMENTAÇÃO PRECÁRIA DOS AGENTES INSALUBRES PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO E AS CONSEQUÊNCIAS DANOSAS AO TRABALHADOR BRASILEIRO..... 392

Luciana Proceke Tambosi

PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E A EFICIÊNCIA DA GARANTIA DA PROPOSTA NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS COM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS 394

Maria Clarice Sacchelli Moraes Piotto

Roseana Cilião Sacchelli

PROCESSOS LICITATÓRIOS ÉTICOS: A NOVA FUNCIONALIDADE DO COMPRASNET COMO MEDIDA EFICIENTE 396

Regeane Bransin Quetes

Suzana Maria Rossetti

NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: AS REFORMAS COLOMBIANAS E OS APORTES AO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO..... 398

Renan Guedes Sobreira

ESCOLHA PÚBLICA E SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: REPERCUSSÕES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE..... 400

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MECANISMO DE COMPENSAÇÃO DO ESTADO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 402

Samia Yasmim Yousseif Duque Regniel

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REPENSANDO O PROCESSO CIVIL E O PAPEL DO JUIZ..... 404

Tatiana Denczuk

Daniel Ferreira

SEGURANÇA JURÍDICA, INFRAESTRUTURA E O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO 406

Thiago Priess Valiati

FOMENTO E TERCEIRO SETOR: RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 408

Tuany Baron de Vargas

José Joaquim Neto

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA VS. CRIMES DE RESPONSABILIDADE: A AUTONOMIA SANCIONATÓRIA DOS REGIMES É DE FATO VIÁVEL?410

Tuany Baron de Vargas

PREFÁCIO

Poucos temas são mais atuais no Direito público contemporâneo do que os relativos à eficiência e à ética estatais. Faz ao menos 20 anos que se iniciou um processo de entrelaçamento entre os temas estritamente jurídicos e as temáticas sociológicas, éticas e de gestão administrativa. Esta evolução já possibilitou que tenhamos frutos da interdisciplinariedade, que é algo de suma importância para a formação do jurista de início de século XXI.

Os assuntos acima referidos são pragmáticos e dizem respeito ao Direito aplicado. Todavia, precisam ser tratados a partir de uma perspectiva teórica a fim de que o ciclo do conhecimento seja completado. Sabe-se que a dicotomia teoria/prática vem sendo muito contestada segundo a perspectiva pós-moderna. Cada vez mais teoria e prática são ambientes com limites embaçados quando em foco as decisões públicas. E isso gera desafios tanto ao estudioso do Direito, quanto ao gestor estatal.

O Seminário Internacional Ética e Eficiência na Administração Pública, evento que dá origem à obra ora prefaciada, é um exemplo profícuo de busca por análises e soluções nesta seara. Os autores dos trabalhos científicos apresentados são docentes e discentes de destaque em suas respectivas instituições e, certamente, possuem opiniões acadêmicas e profissionais que merecem ser consideradas. Infelizmente não é isso que vem ocorrendo no Brasil, em que os Poderes Públicos cada vez mais afastam-se da academia de forma displicente e até mesmo com certa soberba. Não se poderia esperar outra coisa em um país em que o professor de Direito é muito menos valorizado pelo Estado que qualquer outro profissional da área, notadamente se feita a comparação com os magistrados e os agentes políticos.

A busca da ética e da eficiência não pode ser realizada às custas do Estado de Direito, das garantias constitucionais e da ideia republicana de objetividade. Justiça não se faz a partir das concepções morais dos detentores do poder e sim com regras bem estabelecidas e que devem ser cumpridas por uma questão de princípios e não por razões utilitaristas. Por outro lado, os princípios e o “peso institucional” não podem se prestar a uma práxis que obstaculize o atingimento do interesse público. Encontrar o ponto de equilíbrio não é algo fácil.

O presente livro, coordenado com maestria pelos professores Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem e Ana Cláudia Santano, é um passo importante em uma caminhada que tende a ser profícuo. Não é a sensibilidade, nem mesmo a pura vontade subjetiva, que

trarão ao ser humano dignidade e cidadania, mas sim a consciência fruto de um intelecto bem estruturado e que saiba compartilhar com alteridade tanto ideias quanto ações. É preciso retornarmos ao sujeito deferente ao Direito e não um sujeito que trate o Direito como seu vassalo. Para isso é preciso muito estudo e pesquisa, num ambiente sério de investigação e ação. É exatamente isso o que ocorreu no Seminário e o que resulta na obra dele decorrente.

Parabéns à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, à CAPES, e à promissora editora Íthala, por mais esta exitosa iniciativa.

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFPR

APRESENTAÇÃO

As questões relativas à eficiência e à ética na Administração Pública, envolvendo temas como combate à corrupção, gestão dos serviços públicos e relações público-privadas, tornaram-se centrais no cenário jurídico brasileiro e estrangeiro. Problemas referentes à malversação de recursos públicos, desvio de finalidade, falta de transparência e acesso à informação passaram a assumir posição protagonista na agenda do Direito Público contemporâneo, demandando a busca por instrumentos e soluções voltados ao aprimoramento do bom governo e da boa administração dos assuntos públicos.

Foi com o objetivo de debater a fundo essa temática que o NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, o NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e o Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil, sob os auspícios da CAPES, organizaram o **Seminário Internacional: Eficiência e Ética na Administração Pública** nos dias 10 e 11 de agosto em Curitiba, Paraná.

Para propiciar uma discussão mais aprofundada e com perspectiva global, participaram do evento professores de seis países diferentes (Argentina, Brasil, Colômbia, Espanha, Estados Unidos e Peru) e onze instituições de ensino superior: Universidad Externado de Colombia, Universidad Católica Argentina, Universitat de Barcelona, Pontificia Universidad Católica del Perú, Boston College Law School, UniBrasil, Universidade Federal do Paraná, Pontificia Universidade Católica do Paraná, Universidade de São Paulo, Universidade de Santa Cruz do Sul e Universidade Estadual de Londrina. Entre os professores brasileiros, participaram docentes de seis Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (USP, UNISC, UEL, UFPR, PUCPR e Unibrasil).

Promoveu-se, ademais, dois espaços para a participação de pesquisadores de todo o país. Um deles foi o Concurso de Artigos Jurídicos, que contou com a inscrição de doze artigos. O outro foi a Sessão de Apresentação de Comunicados Científicos, com trinta e dois trabalhos apresentados por pesquisadores de graduação, mestrado e doutorado, inclusive por professores doutores integrantes de Programas de Pós-Graduação *stricto sensu*.

Esta obra representa os anais do Seminário Internacional, financiada com os recursos fornecidos pelo *Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP)* da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/MEC),¹ a quem agradecemos profundamente pelo auxílio. Seu objetivo é difundir, perante a comunidade científica nacional e estrangeira, os resultados das pesquisas debatidas e expostas nos dias do seminário.

Cabe aqui a manifestação da nossa profunda gratidão aos Programas de Pós-Graduação da PUCPR, da UFPR e do UniBrasil, entidades promotoras do evento; aos Professores Emerson Gabardo, Eneida Desiree Salgado, Eduardo Biacchi Gomes e Marco Antônio Berberi, que em conjunto com os Professores Luiz Alberto Blanchet e Daniel Wunder Hachem integraram a Coordenação do evento; e à Editora Íthala, na pessoa de sua dirigente Eliane Peçanha, por encampar este projeto com grande entusiasmo e eficiência.

Curitiba, setembro de 2015.

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Prof^a Dr^a Ana Claudia Santano
Coordenadores

¹ O financiamento foi empreendido por meio do processo PAEP 1871/2015-11 – CAPES, coordenado pelo Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, da PUCPR.

PARTE I

GESTÃO EFICIENTE E ÉTICA NA EFETIVAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS RELATIVOS A DIREITOS SOCIAIS



GESTIÓN EFICIENTE Y ÉTICA EN LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS RELATIVOS A DERECHOS SOCIALES*

ESTELA B. SACRISTÁN**

Sumario: 1. Planteo; 2. Tres conceptos a diferencias; 3. El Derecho Comparado norteamericano; 4. El Derecho argentino; 4.1. Eficiencia; 4.2. Eficacia; 4.3. Eficacia y eficiencia; 4.4. Equidad; 5. La cuestión de la equidad ante la eficacia y a la eficiencia; 6. Reflexiones finales; 7. Referencias.

1. Planteo

Las nociones de eficacia y de eficiencia nos resultan familiares: eficacia es exitosa obtención del logro tenido en mira; eficiencia implicaría costos y beneficios, desventajas y ventajas, pérdidas y utilidades, inconveniencia y comodidad, en fin, economicidad en la obtención de ese logro. A su vez, como la vida suele ser acción, y acción es decisión, y decisión es elegir entre infinitas opciones, ambos términos constituyen, indudablemente, factores a tomar en cuenta cuando se decide. En efecto: cuando se adopta un curso de acción no sólo se tienen en mente las posibilidades de eficacia o éxito, sino también los costos y beneficios involucrados, es decir, el grado de eficiencia.

Si, en ese escenario, la decisión se relaciona con un servicio público –de aquellos calificados tales por ley, prestados por licenciatarias o concesionarias de tal clase de servicio- la escena adquiere mayor interés si de la concreción de ambos objetivos –eficacia y eficiencia- se trata. Si sumamos consideraciones éticas en ambos renglones, la riqueza

* Este trabajo se basa en la exposición sobre “*Servicios públicos y tarifas: Eficacia, eficiencia y equidad*”, efectuada en Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal ‘El derecho administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho’, Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Dr. Julio Conte Grand, Procurador General), 4/6/2013.

** Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

de perspectiva será incluso mayor. Y si colocamos, como contexto, el denominado Estado Social de Derecho, las disquisiciones se multiplicarían: es finalidad de éste “procurar el desarrollo de la igualdad material, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades”¹, lo cual llevaría a consideraciones sobre diversas clases de igualdad en el plano cronológico -en especial, el problema de la igualdad inicial cuya inexistencia clama por soluciones de equidad-, así como la eficacia y la eficiencia de las regulaciones que rodean ese *status* inicial y su posterior desenvolvimiento.

Ciertamente, la eficiencia o eficacia puede predicarse de la prestación de un servicio público. También podemos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de un ente regulador de ese servicio público. Incluso podríamos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de las regulaciones mismas, sean de índole económica o no económica. Y, con ánimo de no limitarnos a la frialdad del objetivo cumplido, o a la medición de los costos involucrados, podríamos incluso efectuar consideraciones del plano de la justicia, presente, intergeneracional involucrada en esas apreciaciones de eficacia y de eficiencia: los horizontes del marco de estudio parecerían infinitos.

Específicamente, lo dicho posee su relevancia en el campo de los servicios públicos pues, los preste un particular o el Estado mismo, parecería claro que los mismos deberían concretarse o realizarse con éxito o eficacia, y al menor costo, es decir, con eficiencia, pero sin olvidar el renglón humano involucrado, que a veces requiere soluciones de equidad pues no todos se hallan en igualdad de condiciones e incluso de igualdad inicial de condiciones. Ello, tanto en épocas de normalidad, como de emergencia, que en Argentina rige desde enero del 2002 y seguirá rigiendo por decisión congresional². De igual modo, posee relevancia en punto a las regulaciones que recaen sobre ese servicio público.

Veamos cuál es la experiencia en la materia. A tal fin, repasaremos en forma muy sintética algunas cuestiones conceptuales (sección 2), sus manifestaciones en un ordenamiento foráneo, así como en el argentino (secciones 3 y 4), intentando el encuadre de una noción de regulación –en la especie, económica- que vele por la equidad (sección 5) a fin de formular las reflexiones finales pertinentes (sección 6).

2. Tres conceptos a diferenciar

Desde el punto de vista de la economía moderna³, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de *eficiencia*. Ese análisis, a su vez, puede servir como

¹ Carranza Latrubesse, Gustavo *sl acción de amparo*, Fallos: 329: 1723 (2006), disidencia del Juez Zaffaroni. El concept de Estado Social de Derecho se ha empleado, por ejemplo, como argumento para que la Administración revocara, por sí, resoluciones ilegítimas: ver Secretaría de Comunicaciones, Resolución 188/2004, del 17/8/2004.

² Al momento de escribir estas líneas, se ha enviado al Congreso argentino un proyecto para prorrogar la emergencia hasta fines del 2017. Ver: SERRA, Laura. El gobierno proroga la emergencia económica para la próxima gestión, en *La Nación*, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1830347-el-gobierno-proroga-la-emergencia-economica-para-la-proxima-gestion> (último acceso: 24/9/2015).

³ Puede verse PEARCE, David W. (Org.). *The MIT Dictionary of Modern Economics*. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 83.

“esquema conceptual para la evaluación de proyectos públicos o privados”⁴. Originario del campo de los proyectos, esa clase de análisis se emplea para analizar decisiones, por lo que se habla de “costos y beneficios” de una decisión, emane ésta sector privado o del sector público, sea la misma de contenido económico-patrimonial, o de contenido no económico o no patrimonial.

Cuando la decisión económica mora en el ámbito público o emana de él como decisión de índole regulatoria, irradiando efectos generales, a modo de reglamentación, los costos pueden ser medidos por medio de estudios econométricos que relacionan las funciones de producción y costos, por evaluaciones de gastos para medir cuánto le cuesta a la firma cumplir con la medida, por enfoques de ingeniería que miden el costo marginal de la nueva tecnología requerida, por estudios de productividad en presencia y en ausencia de la medida, y por modelos de equilibrio general que analizan cómo reacciona un mercado perfectamente competitivo ante la regulación⁵. Por otro lado, los beneficios son más difíciles de medir, razón por la cual se suelen recabar opiniones sobre cuánto se pagaría por los cambios regulatorios propuestos, o se infiere, del estudio de comportamientos, el monto realmente sufragado⁶ a lo largo del tiempo.

Que el análisis de costo-beneficio tome en cuenta los costos —estrictamente, todos los costos- y los beneficios implica, inevitablemente, relacionarlo con la noción de *eficiencia*⁷. Ello pues, cuando se tiene en cuenta la eficiencia de la decisión, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo, con la menor cantidad posible de recursos —*input*— para obtener una determinada cantidad de producto o *output*⁸, con lo que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo⁹ o gasto. Desde el punto de vista de la eficiencia, entonces, aquella decisión tomada previo análisis de costo-beneficio, que

⁴ PEARCE, David W. (Org.). *Idem. Ibidem*. Para este empleo del análisis que nos ocupa, en el ámbito nacional, por aplicación del art. III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759 (Adla LVII-A, p. 12 y ss.), en el ámbito de las contrataciones estatales, véase GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. I. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. XVI-15/17.

⁵ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. *The World Bank Research Observer*. Washington D.C., v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999. p. 139/140.

⁶ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. *Idem*. p. 140.

⁷ Así lo expusimos en “SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). *El Derecho administrativo de la emergencia*. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005. Ampliar, con provecho, en la excelente tesina, publicada, de MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). *Derecho Administrativo Austral*, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?].

⁸ SAVANTI, Victor (Org.). *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente*. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999. p. 48 y p. 66, nota 1; BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1994. p. 64; SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995. p. 31.

⁹ VALSECCHI, Francisco. *¿Qué es la Economía?* 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996. p. 20.

irrogue el menor costo, será eficiente¹⁰. De allí que el análisis de costo-beneficio sea “esencial para evaluar la eficiencia de una regulación”¹¹. Cuando esa regulación es de contenido económico, se medirán, al menos, sus costos económicos, sin perjuicio de otros, como ser, los costos sociales. Considérense, a modo de ejemplo, los beneficios y costos de crear un nuevo recurso tributario, y sus efectos sobre la recaudación, en el corto y en el largo plazo, y en el plano de la sociedad en general.

Todo ello, por cierto, es muy distinto de lo que se llama análisis de la **eficacia**¹² de una decisión, decisión regulatoria económica en la especie. Una decisión –y una regulación la trae implicada- es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la verificación del resultado tenido en cuenta al decidir¹³. A modo de ejemplo, la política a veces aparece como pura eficacia: no en vano se ha afirmado, por ejemplo, que “la política es el arte de lo posible”¹⁴. La necesidad parece generar pura eficacia: todo, todo se lleva adelante para sobrellevar la necesidad haciéndose caso omiso, llegado el caso, de lo que diga el Derecho, y todo puede hallar justificación en la necesidad, para arribarse, por ejemplo, a la llamada “razón de estado” sobre la que enseñara Maquiavelo¹⁵. Los tratados internacionales suelen incluir una cláusula de necesidad armónica con el principio de eficacia¹⁶. Ya en el plano normativo, Kelsen consideraba que una norma es eficaz si es verdaderamente acatada por la población relevante en general. De su parte, el ejercicio de la competencia, por parte del órgano, posee un fuerte componente de eficiencia, y las normas vigentes lo reflejan¹⁷, pero también posee un componente de eficacia pues su ejercicio es obligatorio¹⁸. Asimismo, la doctrina tradicional italiana se explaya sobre los actos de alcance general, emanados del poder ejecutivo, los cuales tienen “eficacia” de ley formal¹⁹.

¹⁰ Para las distintas clases de eficiencia, cf. SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, n° 36/38, p.173-202, enero-diciembre 2001.

¹¹ BUSTAMANTE, Jorge E. *Desregulación – Entre el Derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 17.

¹² Sobre las diferencias entre ambos términos véase CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001. p. 442.

¹³ Ello fue explicado en SACRISTÁN, Estela. Eficiencia... *Op. cit.* p. 173 y ss.

¹⁴ “Die Politik ist die Lehre vom Möglichen”, expresión formulada por Otto von Bismarck en una entrevista el 11/8/1867 ante Friedrich Meyer von Waldeck, del diario *St. Petersburgische Zeitung*, reproducida en HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. *Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews*. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895. p. 248.

¹⁵ Sobre el desarrollo histórico de la noción de necesidad, y su vinculación con la eficacia, puede verse DESIERO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 81 y ss.

¹⁶ DESIERO, Diane A., *Necessity...* *Op. cit.* p. 119.

¹⁷ Ver Dto. 333/1985, art. 4.3.3.: 4.3.3.: “Las actuaciones que acompañen el proyecto podrán contener una síntesis realizada sobre la base de los siguientes lineamientos: (...) c) Objetivos, finalidades o propósitos que se persiguen a través de la iniciativa. d) Resultado que se espera obtener con la aplicación de la norma que se propone. e) Costo que insumiría la medida propiciada (...).

¹⁸ Art. 3, LPA.

¹⁹ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 31 e índice en p. 363.

La evaluación del éxito de una medida –eficacia- ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma²⁰. Se trata, entonces, de dos conceptos diversos, uno enderezado a la verificación de un resultado, y el otro, dirigido a evaluar costos involucrados en la obtención del resultado.

Por último, las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana: la *equidad*, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia²¹, o la justicia del caso en concreto²².

La equidad deviene un componente clave al apreciar una regulación. Ello se explicaría, suscintamente, así: (i) el Derecho puede ser concebido un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común²³; (ii) para asegurar un Derecho orientado al bien común, una regulación estatal debería ser eficaz –se logra el objetivo-; eficiente –siempre parecería más eficiente una regulación que la mera costumbre pues “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”²⁴-, pero, además, esa regulación estatal debería ser equitativa, es decir, debería velar por evitar las sobregeneralizaciones injustas; (iii) si el Derecho, en palabras de COTTA, se da en el plano de la realización co-existencial del hombre²⁵, las regulaciones estatales tendrían que operar teniendo en cuenta esa realización coexistencial, que lleva, naturalmente, a efectuar, en el plano regulatorio, consideraciones que incluyan el componente de equidad o de corrección de la ciega sobregeneralización.

²⁰ Para un ejemplo de exigencia de eficacia de la contratación –art. II, inc. 2., Ley 24.759- véase la resolución 12/02 (B.O. 2/5/02) para el Sistema Nacional de Medios Públicos (Sociedad del Estado), por cuyo art. 1° se resuelve “establecer con carácter previo a efectuar toda contratación de bienes y servicios, la obligación de las gerencias respectivas, de emitir un dictamen sobre la equidad y la eficacia de tales contrataciones con relación a los fines perseguidos por esta Sociedad del Estado.”

²¹ Conf. SMITH, Patricia (Org.). *The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 759.

²² Es ineludible la lectura de ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 71: “(...) Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”. Asimismo, para el tema específico de estos párrafos, me permito remitir a SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Abaco, 2007. p. 148-181 y citas allí efectuadas.

²³ Sobre el Derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones- conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 276; ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Ciudad de México, nº 4, p. 323-366, 2010. p. 346.

²⁴ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*... *Op. cit.* p. 245.

²⁵ Ampliar en ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón... *Op. cit.* p. 330: “La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno”.

Veamos ahora lo relativo a estas nociones en dos ordenamientos –uno extranjero, el otro argentino- en el campo del Derecho público, para efectuar algunas acotaciones sobre su faz operativa y sus relaciones con los requerimientos de equidad, en especial en el campo de las regulaciones.

3. El Derecho Comparado norteamericano

En los Estados Unidos, el análisis costo-beneficio –es decir, el análisis de la eficiencia- frente a las medidas que puede adoptar la Administración, es un deber jurídico²⁶ generalizado en el ámbito administrativo.

Entre otras, las medidas que exigen ese análisis son estas: Executive Order No. 12.291²⁷, por la cual todas las regulaciones deben aprobar una prueba de C/B; Executive Order No. 12.498²⁸, que requiere que las *agencias* envíen un plan anual regulatorio y que les exige que adhieran a los principios de C/B; Executive Order No. 12.866²⁹, por la cual expresamente se exige que las *agencias* incluyan la mensura cualitativa de los C/B.

Ahora, en la órbita del Poder Ejecutivo también se vela por la eficacia de sus decisiones en tiempos de emergencia. Así, consideremos estas antiguas órdenes ejecutivas del gobierno de KENNEDY: O.E. 10990, permitiéndole al gobierno asumir todos los medios de transporte y el control de autopistas y puertos de ultramar; O.E. 10995, permitiéndole al gobierno tomar y dominar medios de comunicación; O.E. 10997, permitiéndole al gobierno tomar las generadoras eléctricas, productoras de gas y petróleo, refinerías, establecimientos mineros; O.E. 10998, permitiéndole ocupar plantas de alimentos y granjas; O.E. 11000, permitiéndole al gobierno movilizar a los civiles en brigadas bajo supervisión oficial; O.E. 11001, permitiéndole a gobierno asumir funciones en salud, educación y bienestar; O.E. 11002, estableciendo que el correo general operará un registro nacional de todas las personas; O.E. 11003, permitiéndole al gobierno tomar aeropuertos, aeronaves e incluso aeronaves comerciales; O.E. 11005, permitiéndole, al gobierno, tomar ferrocarriles, vías fluviales y depósitos fiscales; O.E. 11051 fijando las competencias de la Oficina de Planeamiento de Emergencia y autorizándola a hacer cumplir las órdenes ejecutivas en peocas de escalada de la tensión internacional o de crisis económica o financiera. Asimismo, de Lyndon Johnson, O.E. 11310, autorizando al Ministerio de Justicia a llevar adelante planes establecidos por el Poder Ejecutivo para instituir apoyo industrial, establecer vinculaciones entre el Legislativo y el Judicial, controlar a todos los extranjeros, operar las instituciones penales y correccionales,

²⁶ Ampliar en HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002; y en TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrativo. *Revista La Ley*. Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

²⁷ 3 Code of Federal Regulations 127 (1982).

²⁸ 3 Code of Federal Regulations 323 (1986).

²⁹ 3 Code of Federal Regulations 638, 639 (1994).

y aconsejar y asistir al Presidente. Es claro que todas ellas se vinculan a poderes de emergencia de guerra. No se vinculan a poderes de emergencia económica.

En cuanto al Poder Legislativo, existió un primer intento –en 1982- de implantar el análisis de costo-beneficio –o análisis de eficiencia- por ley.

Si bien la iniciativa tuvo éxito en el Senado, fracasó en la Cámara de Diputados, por lo que el respectivo proyecto de ley no prosperó³⁰. Sin embargo, al nivel sectorial, se prevé el análisis de costo-beneficio en la legislación aplicable a decisiones de las *agencies*³¹ -es decir, los órganos y entes de la Administración-, y en la relativa a la alimentación³², agua apta para el consumo³³, telecomunicaciones³⁴, entre otras. En cuanto a la eficacia, la medición de la efectividad de las leyes es medida por la GAO –Government Accounting Office, suerte de Auditoría General- que controla la eficacia de las leyes en materia de recursos tributarios, o leyes migratorias, entre otros supuestos.

La legislación también prevé la equidad en las regulaciones. Así, por ej., bajo el título 18 del Código Federal de Regulaciones (CFR), las regulaciones de la Federal Energy Regulatory Commission³⁵ estadounidense velan por dos importantes aspectos: (i) por que las tarifas de los transportistas de gas –actividad por demás regulada dado el monopolio natural involucrado y en interés del público usuario- sean “justas y equitativas” (*fair and equitable*)³⁶; y (ii) por que se “proteja a los clientes y participantes del mercado por medio de la supervisión de los cambiantes mercados de energía, incluyendo la mitigación del poder de mercado y el aseguramiento de resultados, de mercado, justos y equitativos (*fair and just*) para todos los participantes”

4. El Derecho argentino

Diversas normas positivas indican la preocupación del legislador argentino por los componentes de eficacia, eficiencia y equidad en las regulaciones. Veamos:

³⁰ HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. *A New Executive Order...* Op. cit. p. 15.

³¹ Unfunded Mandates Reform Act, de 1995, por la cual la *agency* debe elegir la “alternativa menos costosa, más efectiva desde el punto de vista de los costos, o menos gravosa”, salvo que el responsable de aquella pueda fundar la no adopción de esa alternativa.

³² Food Quality Protection Act, de 1996.

³³ Safe Drinking Water Act Amendment, de 1996.

³⁴ Biennial Review Provision of the Telecommunications Act, de 1996.

³⁵ La FERC es una comisión reguladora independiente que recibe competencias de una serie de leyes: Natural Gas Act, de 1938; Natural Gas Policy Act de 1978; Outer Continental Shelf Lands Act, Natural Gas Wellhead Decontrol Act de 1989; y la Energy Policy Act de 1992.

³⁶ 18 CFR 284.123 - Rates and charges.

4.1 Eficiencia

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley sancionada en 1996. Ello, en pos de la eficacia en la lucha contra la corrupción. Debe destacarse, a todo evento, que esa consagración se realiza de forma elíptica pues la norma no alude expresamente a medir la eficiencia de las decisiones sino a velar por la eficiencia, en pos de cierta eficacia en esa lucha. Veamos:

4.1.1 Derecho supranacional

El Artículo III, inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 –sobre la cual se ha explicado GORDILLO detalladamente³⁷- establece que:

*“(…)[L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas (…) destinadas a crear, mantener y fortalecer: (…) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (…) eficiencia de tales sistemas.”*³⁸ (el destacado no es del original)

Tal disposición legal aparece como de índole preventiva, y es establecida teniendo en cuenta los fines consagrados en el Artículo II de la Convención, tales los de:

“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción (…)”. (el destacado no es del original).

Tres derivaciones pueden inferirse de estas dos transcripciones.

En primer lugar, la norma –en tanto instrumento para la obtención de decisiones eficientes- es aplicable no sólo a las contrataciones de funcionarios públicos, sino también a la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Por ende, trae implícito el análisis costo-beneficio pues las medidas o decisiones –en el caso, contrataciones- pueden ser consideradas eficientes en tanto sean adoptadas al menor costo y los costos se ponderan con relación a los beneficios. En otras palabras, como vimos en la sección 2 -al referirnos al análisis costo-beneficio, a la eficiencia y a la eficacia-, la decisión adoptada con previo análisis de costos y beneficios será eficiente³⁹; por ende, el objetivo de eficiencia establecido en

³⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado...* Op. cit. p. XVI-15/17.

³⁸ Además del art. III, inc. 5º de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, *Tratado...*, cit., loc. cit. en nota anterior, véanse la ley 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; dto. 1023/01, arts. 3º inc. a) y 9º; dto. 992/01, art. 12 y cl. 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

³⁹ BUSTAMANTE, Jorge E. *Desregulación...* Op. cit. p. 17.

la ley puede ser interpretado en el sentido de conllevar tal clase de análisis. También conlleva un análisis de eficiencia, de cara a la lucha contra la corrupción que se persigue mediante esa Convención.

En segundo lugar, estos objetivos de eficiencia y eficacia alcanzan contrataciones de funcionarios públicos –v.gr., contrato de empleo público- así como adquisiciones de bienes (contratos de suministro) y servicios (una consultoría, servicios para proveer servicios a terceros).

Así las cosas, y en tercer lugar, si alcanzan a las contrataciones que efectúe la empresa estatal para prestar un servicio público. ¿alcanzarán también a los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos? A fin de brindar respuesta a este interrogante, es menester escudriñar la definición de “funcionario público” del art. 2.a) de la Convención del acápite. Veamos:

“Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

La clase “toda otra persona... que presente un servicio público” requiere, para su operatividad, según la norma transcrita, de dos recaudos previos, uno objetivo, y otro subjetivo: “definición” y “aplicación”. Entendemos que una concesionaria o licenciataria de servicios público, en Argentina, no tipificaría en el segundo inciso pues, (i) si bien presta un servicio calificado por la ley formal del Estado Parte como servicio público con lo que se cumple la “definición” objetiva, (ii) subjetivamente no se halla comprendida ya que la norma convencional requiere que se trate de “toda otra persona que (...) preste un servicio público, según se (...) aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”⁴⁰. La esfera pertinente del ordenamiento jurídico de Argentina es el Derecho Administrativo, y según éste, las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son órganos o entes estatales ya que el Derecho Administrativo, en la hipótesis más amplia, comprende hasta las

⁴⁰ “(ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (...)”.

personas públicas no estatales⁴¹. Las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son personas públicas no estatales, con lo que se hallan fuera de la mentada “esfera pertinente”. Tampoco son alcanzadas por el art. 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos. De acuerdo con lo dicho, al no darse la sumatoria de requisitos (definición + aplicación), puede válidamente concluirse en la improcedencia de la inclusión de concesionarias y licenciatarias de servicios en el ámbito de aplicación de la Convención.

Ello, por cierto, no obsta a que el marco regulatorio específico del servicio público fije, como objetivos, además de la eficacia, la eficiencia⁴².

Retomando el texto de la Convención, y en virtud del inc. 12 del art. III, 12, corresponde a los Estados “[e]l estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”. Así, si se llegre hipotéticamente a interpretar que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos argentinos están comprendidos en la Convención, tal aserto perdería sostén a poco que se advirtiera que no puede exigirse la sola eficiencia en sociedades comerciales que prestan servicios públicos pues se hallan sujetas a importantes recaudos de seguridad, y, por definición, la seguridad no se halla comprendida en el concepto de eficiencia. Por ende, aún cuando se los incluyera en el objetivo de eficiencia de la Convención, lo serían, mas en un marco de justa remuneración y de leal prestación del servicio: elementos ambos que han sido alterados en su esencia desde la sanción de la L. 25.561, que dispuso la pesificación y congelamiento de tarifas⁴³, con lo que se genera una nueva causal de inaplicabilidad de la Convención a esas prestadoras de servicios públicos.

4.1.2 Otra normativa

Un concreto y claro ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo argentino, de la evaluación de la eficiencia de las medidas proviene del dto. 1154/97, sobre perjuicio fiscal, cuya reglamentación, por Res. 192/02, prevé un “piso” de economicidad a los fines del recupero de sumas que constituirían perjuicio fiscal: “el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel “A” del Escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por Decreto N° 993/91, y sus modificatorios”.

En su momento, para licencias y concesiones de servicios públicos, el art. 15, inc. 7° de la L. 23696 contempló, en licenciatarios y concesionarios de servicios públicos “(...) las condiciones (...) que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación. (...).

⁴¹ Puede verse: SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP*. Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set./2012.

⁴² Puede ampliarse en: SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007. esp. cap. VI.

⁴³ L. 25.561, art. 8 y conchs.

El art. 60, de dicha L. 23696, contemplaba las privatizaciones para “disminuir el gasto público, mejorar prestaciones o aumentar la eficiencia”. En todos los casos se exigirán una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad”.

En materia contractual –y tengamos presente que las licencias y concesiones de servicios públicos son contratos-, la eficiencia aparece replicada, también, en los arts. 1º, 3º y 9º del Dto. 1023/01 sobre contrataciones del sector público nacional, así como en su “reglamentación”, decreto 893/2012, especialmente en sus considerandos 1ro. (“fortalecer la competitividad de la economía o a mejorar la eficiencia de la Administración Nacion”) y 8 (“es prioridad introducir en dicha reglamentación tratamientos diferenciados para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales”).

4.2 Eficacia

Respecto de la eficacia, un concreto ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo, de la evaluación de la misma puede hallarse en el art. 47.d de la L. 23696 de reforma del Estado, donde se reguló un régimen de aprobaciones de contrataciones de emergencia, a efectos de que las mismas tuvieran eficacia, la cual se entiende evaluada de cara a la emergencia en dicha ley declarada.

4.3 Eficacia y eficiencia

Tanto la eficacia como la eficiencia aparecen en la Ley de Puertos 24093, cuyo art. 22 prevé, entre las competencias de la autoridad portuaria, “d) Promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos del Estado nacional”.

También aparecen ambas nociones como extremos a explicitar en la redacción de la síntesis que acompaña a los proyectos de decreto, art. 4.3.3. del Dto. 333/1985; de ello se colige que esos decretos estarán acompañados de una síntesis de sus aspectos de eficiencia y de eficacia, síntesis que resultará distinta de la motivación del decreto.

Similar temperamento se advierte en la L. 26338 de Ministerios, que prevé que “compe te al Ministerio de Salud (...) 26. Entender en el desarrollo de estudios sobre epidemiología, economía de la salud y gestión de las acciones sanitarias de manera de mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de las organizaciones públicas de salud”.

La ley 27161, de creación de la Empresa Argentina de Navegación Aérea, del 2015, declara servicio público esencial la navegación aérea en y desde Argentina, y alude a la seguridad, regularidad y eficiencia de la misma, y a la eficaz y eficiente gestión.

4.4 Equidad:

Pero la normativa también establece, en ocasiones, como objetivo, la equidad en forma conjunta con el objetivo de eficiencia, o mediante la mención de alguna subclase de equidad.

Con visión amplia, la L. 26831, de Mercado de Capitales fija, en su art. 39, la regla de que “[l]os sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública que se realicen en los mercados deben garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico”.

La Ley General del Medio Ambiente 25675 alude, en su art. 4, al principio de equidad intergeneracional. La L. 26741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, en su primer artículo, declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, “a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”.

Similar invocación de la equidad social aparece en la ley del Banco Central de la República Argentina: la L. 26739 establece que “art. 2: Sustitúyese el art. 3º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, aprobada por el art. 1º de la Ley 24.144 y sus modificaciones, por el siguiente: Art. 3º: El Banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”.

En el art. 76 de la Ley de Medios 26522 se establece que, en materia de pauta oficial, “[p]ara la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión”.

La L. 26221 de marco regulatorio de AySA prevé que, en su art. 4, que dicho marco regulatorio tiene, por objetivo, “g) [a]segurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados”.

De tal modo, y a juego con los postulados del Estado Social de Derecho, se advierte una preocupación, del emisor de normas de alcance general, por la situación de los particulares, sea considerados individualmente o socialmente, y por la situación de entes en particular, considerados no sólo en sí mismos sino en relación con otros. De tal modo, parecen tenerse en cuenta las condiciones “comparativas” individuales, sociales o institucionales.

Tales consideraciones poseen la virtualidad de traer, al ruedo, consideraciones éticas pues sólo se puede ser equitativo allí donde sea posible serlo.

Aristóteles⁴⁴ nos enseña que: “[L]a elección, no puede recaer sobre lo imposible (...). Deliberamos, entonces, sobre las cosas que dependen de nosotros y que podemos hacer. Y si tropezamos con lo imposible, desistimos, como cuando no podemos conseguir los recursos que necesitamos; pero si es posible, actuamos.” Así las cosas, la decisión de alcance general, además de velar por la eficacia y la eficiencia, podrá tomar, en consideración, también, desde la atalaya de la ética, la equidad, más en la medida de lo que resulte “posible”.

5. La cuestión de la equidad ante la eficacia y a la eficiencia

El análisis costo-beneficio, que permite evaluar la eficiencia de las regulaciones, inicialmente aplicado a la evaluación de proyectos de inversión pública o privada, pasó a ser empleado también en el campo de las decisiones, en el estudio de cómo se arriba a decisiones.

La teoría de la decisión, en sentido amplio, estudia cómo arribar a decisiones “racionales”⁴⁵, e incluye, básicamente, tres formas⁴⁶, las cuales son las siguientes: a) la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, que estudia decisiones racionales —es decir, aquellas que aseguran el máximo de beneficio al menor costo- en la medida en que cada una de ellas es tomada en un medio vacío de poder y competencia, y que sólo apunta a la búsqueda del máximo de utilidad o satisfacción, esto es, a soluciones económicamente eficientes; b) la teoría de los juegos o *game theory*, que hace lo mismo pero tomando en cuenta elementos de poder o dominación y de competencia; y c) la teoría de la decisión social o colectiva o *social decision theory*, que surge de la Economía del Bienestar, y que, enraizando en las anteriores, apunta a obtener decisiones colectivas en una situación de ausencia de dominación: se parte de intereses parciales para arribar a un interés total.

En materia de regulaciones económicas, en el marco de la normalidad, y también en el marco de la emergencia, se toman decisiones, y el decisor —ciertamente- apuntará a tomar una decisión racional. Bajo la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, y desde el punto de vista de la información o punto de vista informacional, las decisiones —se tomen en un contexto de normalidad o de emergencia- pueden adoptarse en situación de a) certeza; b) bajo riesgo; o bien c) bajo incertidumbre o bajo ignorancia⁴⁷, según se conozcan con certeza o no los resultados de las alternativas. En tal proceso decisional, no se considera

⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 29/33.

⁴⁵ Conf. HÖFFE, Otfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997. p. 155.

⁴⁶ HÖFFE, Otfried. *Estudios... Op. cit.* p. 157-166. Puede ampliarse, asimismo, en: DELFIN, Alejandra. Teoría de la decisión. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). *Manual de jurisprudencia y doctrina*. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 545-568.

⁴⁷ HÖFFE, Otfried. *Estudios... Op. cit.* p. 159/161.

la “base” de información empleada, o su evaluación subjetiva -obsolescencia de los datos, científicidad de los mismos, autoridad de los autores-, sino que lo que se toma en cuenta es la “certeza” sobre los resultados de las alternativas⁴⁸. Tampoco se consideran los valores – como podría ser la justicia de la medida- o fines plurales, sino los fines singulares -requiriéndose una sola ordenación de valores-, pues sólo se trata de arribar a una decisión “racional”.

Se advertirá que, si eficacia es asegurarse de obtener el resultado, y eficiencia será obtenerlo al menor costo o de la forma más económica, y si la teoría de la decisión hace caso omiso de consideraciones morales o de valores compartidos –como podría ser el valor justicia, o la equidad-, no importarán los aspectos virtuosos o no de la obtención de la eficacia o, en su caso, de la eficiencia: ella quedará relegada o desplazada por la pura moral utilitarista que mide costos y beneficios o utilidad en pos del juicio de eficiencia, es decir, de economicidad en la obtención de un resultado.

A su vez, como no se considerarán fines plurales sino singulares, las consideraciones de equidad –entendida como justicia del caso en concreto, con su intrínseco componente social o de alteridad o componente co-existencial, como se vió- parecerían hallarse destinadas a ser desplazadas e ignoradas en la aplicación. Mas no es ello lo que un sistema de Derecho puede prohiar si de regular o facilitar la vida en común se trata.

En este contexto, vale la pena tener presente que ciertas regulaciones –ciertos marcos regulatorios- previeron la obtención de resultados eficaces, eficientes y con consideración de la equidad. Ello, por cierto, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, escenario que perdurara –como ya se expresara- hasta la sanción de la ley de emergencia 25.561, por cuyos arts. 8 y conchs. se pesificaran y congelaran las tarifas de concesiones y licencias de servicios públicos. De tal modo, podría argüirse que, en épocas de emergencia –y la Argentina lo está, desde el 2002- las consideraciones de equidad (entendida como justicia del caso en concreto) podría quedar velada, y con ella, la igualdad –como postulado del Estado Social de Derecho- se soslayaría pues es precisamente la equidad la que puede velar por que se salven las diferencias que provocan desigualdades.

Puede mencionarse, a modo de ejemplo, la ley de marco regulatorio eléctrico, que establece, como objetivos a lograr por el prestador del servicio público de distribución de electricidad, tanto: (i) la eficacia –es decir, que la energía eléctrica fuera existosamente transportada o distribuida- por medio de la obligación, del concesionario, de satisfacer la demanda de servicios de electricidad bajo las condiciones contractualmente acordadas⁴⁹; (ii) la

⁴⁸ HÖFFE, Otfried. *Idem. Ibidem*.

⁴⁹ Puede verse L. 24065, del año 1992, art. 21: “Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión.

Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión.

eficiencia –que distribuyera energía eléctrica, al menor costo⁵⁰; y (iii) considerando aquellas situaciones que, por razones de equidad, meritaban un tratamiento en el que se suavizaran los efectos sobregenerales de la normativa⁵¹, como ser mediante reducciones de tarifas para usuarios electrodependientes. Cobra, en este contexto, relevancia, la idea de Derecho como “plan”⁵², en el cual se puede planear cumplir, con los menores costos, destinando una porción de los ahorros en eficiencia a la satisfacción de requerimientos de equidad.

Todo ello, por cierto, únicamente en un contexto de normalidad, y no cuando las fórmulas aplicables han quedado derogadas o alteradas⁵³ pues, reiterando el concepto de Aristóteles, lo posible opera como límite a la consideración equitativa⁵⁴.

6. Reflexiones finales

Desde el punto de vista de la economía moderna, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de eficiencia. La evaluación del éxito de una medida –eficacia- ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma. Las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana que opera como tercer componente: la equidad, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia -aquella justicia que fluye de sobregeneralizaciones en las que haya incurrido

A los efectos de dar cumplimiento a la obligación precedentemente establecida, el Ministerio de Infraestructura y Vivienda dictará la reglamentación que determine las condiciones en las que los distribuidores podrán contratar un porcentaje de su demanda en el mercado a término, debiendo cumplir los plazos de contratación y el volumen de energía asociada y demás condiciones que fije la reglamentación mencionada, para que los precios de los contratos formen parte del cálculo del precio de referencia que se menciona en el artículo 40, inciso c), de la presente ley y sus modificaciones.

Será responsabilidad del distribuidor, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, la transmisión de toda la demanda de energía eléctrica a través de sus redes y las ampliaciones de instalaciones derivadas de todo incremento de demanda en su zona de concesión, en los términos del contrato de concesión.”

⁵⁰ Ver arts. 40, 41 y 42, L. 24065 en punto al eficiente desempeño del prestador; puede ampliarse, para el supuesto de distribución eléctrica, en nuestro *Régimen de las tarifas...* cit., ps. 379/384.

⁵¹ Ver Dto. 1398/92, art. 42, inc. a) (“El régimen tarifario y el cuadro tarifario que se establezcan en los contratos de concesión de distribución y comercialización de energía eléctrica, que se otorguen como resultado de la privatización de tal actividad en los términos del art. 95 de la L. 24065, podrá ser aplicable por un período inicial de diez (10) años, a los efectos de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público. Inciso a) Sólo podrán mantenerse vigentes las reducciones de tarifas en favor de usuarios del sector pasivo, cuyo ingreso no exceda el haber que a tales efectos determine el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, de entidades de bien público sin fines de lucro debidamente registradas como tales y/o de sectores industriales electrointensivos, si se prevé una partida presupuestaria específica destinada a cubrir al concesionario la diferencia de ingresos que tal subsidio representa. En tales casos, el citado Ente deberá gestionar la habilitación de las respectivas partidas presupuestarias con cargo al área de gobierno a la que corresponda velar por el sector social subsidiado y deberá controlar la correcta aplicación del régimen tarifario diferencial por parte del distribuidor.”); Dto. 2443/92 (que establece el régimen special temporario para usuarios electrointensivos); Dto. 584/94 (acuerdo entre el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, Edenor y Edesur, B.O. 27/4/1994, publicado sin anexos). (el destacado no es del original)

⁵² La tesis es desarrollada por SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 195 y ss.

⁵³ Así concluimos en: SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007. p. 592.

⁵⁴ Ver n. 47.

el legislador- para contemplar situaciones particulares, no comprendidas en las medidas generales. (sección 2)

La legislación estadounidense ha previsto regulaciones con consideración de esos tres componentes (sección 3), y lo mismo, con importantes matices, se advierte en las regulaciones argentinas (sección 4). Se demostró la interrelación entre los tres renglones –eficacia, eficiencia, equidad- en los marcos regulatorios de nuestro país, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, en un supuesto de concesión de servicio público de distribución eléctrica (sección 5).

Como enseñaba el querido maestro Julio Comadira, la transformación del Estado debe “asegurar la justicia debida a quienes no pudieran sin culpa asumir las nuevas reglas de juego”⁵⁵. En el actual contexto, puede colegirse que la superación de medidas de emergencia –toda regulación de emergencia es, genéticamente, transitoria- podrá propiciar el restablecimiento de un equilibrio regulatorio-contractual. Y ese equilibrio hará imperar aquellas regulaciones enderezadas a obtener eficacia y eficiencia por parte de los actores, y esa misma base posibilitará, en su caso, la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad, tan necesarias en un moderno Estado Social de Derecho. Después de todo, esa es la integralidad que permite logros con economía y con justicia.

7. Referencias

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000.

BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1994.

BUSTAMANTE, Jorge E. *Desregulación – Entre el Derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001.

COMADIRA, Julio R. Introducción. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/abril 2004.

DELFIN, Alejandra. Teoría de la decisión. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). *Manual de jurisprudencia y doctrina*. Buenos Aires: La Ley, 2013.

DESIERO, Diane A. *Necessity and National Emergency Clauses*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980. SAVANTI, Victor (Org.). *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente*. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

⁵⁵ COMADIRA, Julio R. Introducción. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/abril 2004. p. 24.

GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. *The World Bank Research Observer*. Washington D.C, v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. *Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews*. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895.

HÖFFE, Otfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997.

MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). *Derecho Administrativo Austral*, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?]

PEARCE, David W. (Org.). *The MIT Dictionary of Modern Economics*. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999.

SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). *El Derecho administrativo de la emergencia*. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, n° 36/38, p.173-202, enero-diciembre 2001.

SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP*. Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set./2012.

SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco, 2007.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SMITH, Patricia (Org.). *The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrative. *Revista La Ley*. Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

VALSECCHI, Francisco. *¿Qué es la Economía?* 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996.

ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Ciudad de México, n° 4, p. 323-366, 2010.

CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PÚBLICO PERUANO*

RAMÓN HUAPAYA TAPIA**

*“Todos los conceptos
en que se condensa semióticamente un proceso entero
escapan a la definición:
sólo es definible aquello que no tiene historia”*

Friedrich Nietzsche

Genealogía de la Moral

*“Es que el servicio público, como todas las instituciones del Derecho
administrativo, no pasa de ser una de las tantas categorías históricas a que el Estado
acude para satisfacer las necesidades primordiales de la población”*

Juan Carlos Cassagne

*“Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales
tras los procesos de privatización”*

* A la memoria de don Oscar Francisco Osoreo Miranda, hombre bueno y ejemplar, con estos versos de Jorge Manrique:

*“Así, con tal entender,
todos sentidos humanos
conservados,
cercado de su mujer
y de sus hijos e hermanos
e criados,
dio el alma a quien gela dio
(el cual la ponga en el cielo
en su gloria),
que aunque la vida perdió,
dexónos harto consuelo
su memoria.”.*

** Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP. Abogado “summa cum laude” por la Universidad de Lima. Egresado de la Maestría en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad del Pacífico. Profesor de Seminario de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesionalmente ejerce como Asociado Senior del Área de Derecho Administrativo de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

“La creciente intervención del Estado en la economía no conlleva el carácter automáticamente público de esta actuación. La Administración abdica así su papel de Midas y no transforma, de suyo, en Derecho administrativo toda actividad suya en la Economía”

José Luis Villar Palasi

La intervención administrativa en la Industria. Tomo Primero.

Sumario: 1. Introducción - El servicio público en el derecho administrativo: Un perpetuo devenir; 2. La noción clásica del derecho administrativo francés sobre el servicio público; 3. La experiencia comunitaria europea; 4. La influencia del concepto norteamericano de las “public utilities” sobre el del servicio público; 5. La experiencia peruana actual: el concepto objetivo y finalista de servicio público; 6. El Tema Puntual de los Servicios Públicos Locales: el Rezago de la Visión Subjetiva del Servicio Público; 7. Reflexiones conclusivas; 8. Referencias.

1. Introducción - El servicio público en el derecho administrativo: Un perpetuo devenir

El servicio público. Una de las instituciones más inasibles del derecho administrativo, sobre la cual han corrido y correrán ríos de tinta en el derecho administrativo.¹

Ha sido una de las musas de varios autores relevantes en el derecho público mundial como León Duguit², Juan Carlos Cassagne³, o Gaspar Ariño⁴ por ejemplo, y también sorpren-

¹ El presente trabajo es una re-elaboración y re-construcción, así como una completa revisión, ampliación, añadido de citas, y corrección de un trabajo anterior del autor titulado “Notas sobre el concepto del servicio público en nuestro ordenamiento legal”. Publicado en Revista Derecho & Sociedad. Nº 36. Lima, 2011. Páginas 93-102, y posteriormente republicado con adiciones en: HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. 2. ed. Lima: ARA Editores, 2013.

Sin embargo, esta versión, actualizada y remozada por completo se ofrece a fin de saldar de mucha mejor manera una deuda pendiente con el servicio público económico en el derecho administrativo peruano, mediante las líneas que siguen.

² El maestro francés del derecho público escogió al servicio público como la piedra angular de su sistema de derecho constitucional y administrativo, habiéndolo recogido tanto en sus obras de derecho constitucional (El “*Tratado de Derecho Constitucional*” de 5 tomos, editado en francés, así como en su *Manual de Derecho Constitucional* traducido al español en 1926), así como en su capital obra sobre “*Las transformaciones del derecho público y privado*”, publicada originalmente por separado y editada en forma conjunta por Comares, Granada, 2007, recientemente recordada en: RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre las Transformaciones del Derecho Público de Leon Duguit. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 54, n. 190, p. 61-100, ene./abr. 2013.

³ Quien ha estudiado esta institución en varias épocas y lugares, tanto en artículos publicados en los Diarios La Ley y el Derecho, desde 1970 en adelante, así como en monografías, inclusive en algunas escritas al alimón con su querido amigo, Gaspar ARIÑO. Basta la referencia a su “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo II, Décima edición. Ediciones La Ley, Buenos Aires, 2011; “*El Contrato Administrativo*”, 3ª edición, Abeledo Perrot, y su clásico trabajo editado en España, “*La huelga en los servicios esenciales*”, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

⁴ Desde “*El Servicio Público como alternativa*” publicado en la REDA Nº 23 del año 1979, hasta sus recientes “*Lecturas escogidas sobre regulación económica*” (Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, en co-autoría con Juan Miguel de la Cuétara e Iñigo del Guayo) así como sus *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. (Editorial Lustel – Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2011), pasando por el “*Principios de Derecho Público Económico*” (tres ediciones, edición peruana, ARA Editores, 2004), y los magníficos “*El nuevo servicio público*” (Marcial

de que autores tan relevantes para la ciencia del derecho administrativo económico como Sebastián Martín Retortillo nunca le dedicara un artículo o trabajo monográfico específico⁵.

Por ello, una cuestión que siempre ha circundado a la doctrina en las experiencias comparadas que adoptan el sistema del *droit administratif*, es la relativa a la conceptualización del servicio público. Sobre todo si es que clásicamente se entiende que la idea del servicio público refleja el contenido de una actividad prestacional del Estado, es decir, una porción de la actividad administrativa dirigida a establecer prestaciones obligatorias a favor de la ciudadanía, circunstancia que lo vuelve un concepto lábil, difuso y poco posible de ser conceptualizado unitariamente⁶. Por eso, el genio español José Luis Villar Palasí decía que “Como el *Matías Pascal* de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público”⁷.

Tomando la base de un trabajo anterior, que ha sido complementado, re-elaborado y ampliado para esta publicación, nuestra intención es ofrecer nuestras ideas sobre dicha institución, una de las piedras angulares del derecho administrativo, partiendo desde el concepto clásico que lo identifica con la actividad prestacional administrativa, de cariz europeo, hasta el modelo actual que desde una influencia más liberal - económica, propone una noción objetiva del servicio público, el cual se basa ya no en la titularidad estatal del servicio público (la famosa *publicatio*⁸, concepto acuñado por Villar Palasí), sino en su conceptualización del mismo como un *régimen o una técnica jurídica aplicable a un conjunto de actividades económicas calificadas por el legislador como de especial interés general, sujetas a la libertad de empresa, pero también a la intervención regulatoria del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio*.

Pons, Madrid, 1997, en co-autoría con José Luis Martínez López Muñoz y Juan Miguel de la Cuétara) y “*Economía y Estado*” (edición española, Marcial Pons, Madrid, 1993 y edición argentina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994), este autor español ha sido quien más se ha dedicado en vida y obra en Iberoamérica a estudiar el servicio público, su régimen jurídico y sobre todo, su permanencia, bajo el concepto del “Nuevo Servicio Público”.

⁵ Si se compulsa el libro medular de la obra de este jurista español (el volumen I de su “*Derecho Administrativo Económico*”, La Ley, Madrid, 1988), no veremos un capítulo específico dedicado al servicio público, sino alusiones generales, en epígrafes específicos, por ejemplo en el capítulo relativo a la libertad de empresa y en el otro relativo a la empresa pública. La razón de ello es que el profesor Martín Retortillo estimaba que la teoría del servicio público debía de abordarse desde la parte especial, desde la regulación específica de cada servicio público, labor que efectuó con sus discípulos mientras fue Catedrático de la Universidad de Barcelona entre los años setenta y ochenta del siglo pasado. Basta para ello consultar las tesis de Javier SALAS (sobre el servicio público de la electricidad), Joaquín TORNOS (sobre tarifas de servicios públicos), o Lluís Cosculluela (sobre los puertos), entre otros trabajos dirigidos por dicho Maestro, para verificar dicho aserto.

⁶ El querido profesor brasileño Alexandre Santos de Aragão, por ello, distingue entre un concepto amplísimo, amplio, restricto y restrictísimo del servicio público. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: GEN – Editora Forense, 2012. p. 360-364.

⁷ Cf. VILLAR PALASÍ, José Luis. Prólogo. In: MEILÁN GIL, José Luis. *La cláusula de progreso en los servicios públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. XVI.

⁸ Para el esclarecimiento de esta noción es obligatorio revisar lo escrito en: MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, José Luis. *La publicatio de recursos y servicios*. In: COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord.). *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Editorial Civitas, 2003. p. 687-718.

En esta noción objetiva se prescinde de los conceptos de titularidad estatal y *publicatio* del servicio público, para pasar a un modelo sustentado en una intervención ordenadora y reguladora del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio, a fin de garantizar que éstos se presten de manera eficiente, cumpliéndose los principios propios de la prestación de los servicios públicos⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que asumir una idea objetiva del servicio público no nos puede alejar de la enorme carga semántica y el peso de su historia en el derecho administrativo. El servicio público para el Perú es una noción constitucional y por tanto, ilumina nuestro ordenamiento, y además es una idea-fuerza con una gran carga política: por medio de la creación y mantenimiento de servicios públicos el Estado se legitima, y cumple con su finalidad esencial de garantizar el bienestar de la población, como lo prescribe el artículo 44º de la Constitución Política del Estado, norma que señala que uno de los deberes primordiales del Estado es “*promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación*”. De hecho, mediante el servicio público se realizan los fines de satisfacción de dicho bienestar general sin tener que recurrir a la denostada empresa pública o la propiedad pública de bienes y servicios: *el servicio público es una alternativa¹⁰ frente a la propiedad pública de bienes y activos, y que facilita la innovación y el trasvase de técnica y especialización desde el sector privado al público, mediante la prestación privada de tales servicios*. Como lo diría Gaspar Ariño, la técnica del servicio público concedido a los particulares, permite utilizar medios privados para obtener fines públicos.

Dicho lo anterior, una tarea primordial de este trabajo será entonces hacer calzar por ejemplo nociones en apariencia antitéticas, como lo son el famoso principio de subsidiariedad económica del Estado contenido en el artículo 60º de la Constitución Política del Estado, con respecto al deber de promover el bienestar general de la población (art. 44º de la Constitución), de otro lado, la fuerza finalística de los deberes prestacionales del Estado reconocidos en la Constitución (tanto en la parte relativa a los derechos sociales, como en las partes en que la propia Constitución alude a los servicios públicos, e.g. art. 58º segundo párrafo), y asimismo, las nuevas ideas que vienen desde el derecho alemán que distinguen entre la Administración prestacional y la Administración de garantía¹¹.

En suma, queremos ofrecer una clasificación nueva de las actividades prestacionales del Estado bajo la lógica y la impronta del servicio público, vinculándola a las nuevas ideas relativas a la ordenación jurídica de las tareas del Estado con respecto a las actividades y

⁹ Tal como lo hace actualmente en: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de interés económico general*. Navarra: Civitas - Thomson Reuters, 2009.

¹⁰ Frase extraída del ARIÑO, Gaspar: IV. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La Empresa Pública. In: GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.). *El modelo económico en la Constitución española*. V. 2. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981. p. 11-231. Para la idea del servicio público como alternativa a la empresa pública, véanse las páginas 110-126.

¹¹ Sobre esto último, MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Trad. Gabriel Domenech. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 52-53. Recientemente, ESTEVE PARDO, José. La Administración Garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 66, n. 197, p. 11-39, may./ago. 2015.

libertades económicas y el mercado, sin perder de vista la fuerza que este concepto tiene y *debe tener* en nuestro derecho público. Es decir, hacer calzar las ideas de Estado subsidiario, Estado prestador, Estado garante y Estado social, bajo la articulación del servicio público.

Adicionalmente, la tarea de la reconstrucción de una noción objetiva del servicio público es necesaria para entender que este concepto es mucho más que “*actividades sujetas a regulación económica por presentar fallas de mercado consistentes en situaciones de monopolio natural o de mercados faltos de libre competencia*”, visión errada, estrecha, que peca de economicista y “*pan-regulatoria*”, que pierde de vista la naturaleza jurídica del fenómeno, y la necesidad de interpretar a las instituciones del servicio público y de la regulación desde bases jurídicas, desde la comprensión jurídica de los fenómenos técnicos y económicos que subyacen sobre las mismas¹².

En tal sentido, el concepto de servicio público es distinto al de “*actividad administrativa de regulación económica*”, aún cuando es claro que esta última incide y despliega su campo de acción fundamentalmente sobre las actividades económicas que el legislador ha declarado expresamente como sujetas al régimen jurídico de los servicios públicos¹³.

Lo que sucede, y hasta ahora no se entiende en nuestro medio, es que el propio concepto de servicio público refleja un contenido finalista, de garantía de prestaciones para la existencia de una infraestructura social básica que permita la convivencia en sociedad, algo que se desprende ciertamente desde los artículos 44^{o14}, 119^{o15}, 58^o segundo párrafo¹⁶ y 195

¹² Esto es algo en lo cual la doctrina más especializada viene insistiendo. Confróntese una de las visiones más completas, en español, en la actualidad sobre el tema de la regulación y el Derecho, el libro BETANCOR, Andrés. *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Navarra: Editorial Civitas – Thomson Reuters, 2010. Especialmente, página 24 y ss.

Asimismo, ni siquiera los autores más modernos del derecho público actual prescinden de la idea del servicio público y su contenido conceptual. Por el contrario, permanece. Véase por ejemplo: MUÑOZ MACHADO, Santiago: Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel, 2009. p. 64-68; ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. Particularmente, véanse la Lección XXI – La actividad administrativa de prestación y de servicio público y la Lección XXII – La actividad de regulación de los servicios de interés general. Y, LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de interés económico general*. Navarra: Civitas - Thomson Reuters, 2009. *in totum*.

¹³ Sobre el tema, especialmente, MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. La actividad administrativa. Madrid: Ediciones Iustel, 2011. p. 562-648. Asimismo, BIANCHI, Alberto. *La regulación económica*. Tomo I. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

¹⁴ Constitución Política del Estado. Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

¹⁵ Constitución Política del Estado. Artículo 119.- La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

¹⁶ Constitución Política del Estado. Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.

Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

numeral 5)¹⁷ de la Constitución de 1993, normas que establecen respectivamente el deber general del Estado de promover el bienestar general de la Nación, el deber del Consejo de Ministros de dirigir y gestionar los servicios públicos, el deber estatal de actuar, en el marco de una economía social de mercado, sobre los servicios públicos y finalmente, hacerse responsable, en el ámbito local, de estos servicios públicos de dicho alcance. Por tanto, si el concepto de regulación proviene de la economía y ciencias sociales, el concepto de servicio público es un concepto jurídico, que es definido desde el derecho administrativo¹⁸, conforme lo señalamos en estas notas que esbozamos a continuación.

Asimismo, la noción que manejaremos de servicio público se debe inscribir dentro de los nuevos conceptos de Estado subsidiario (que propone la Constitución de 1993) y el de Estado garante, que propone la actual doctrina del derecho administrativo¹⁹. Naturalmente, el proceso actual en el que nos encontramos como sociedad y sistema económico, hace que el Estado realice una actividad subsidiaria en lo que respecta a la prestación de los servicios públicos, es decir, que no realiza una actividad prestacional en forma directa. Sin embargo, la vigencia del Estado subsidiario no significa una desaparición de la actividad estatal en los servicios públicos, sino que ésta se transforma, pasa a enfocarse en tres aspectos: en la regulación y ordenación de la prestación del servicio (Estado regulador), en la garantía de los intereses públicos en la prestación privada de tales servicios (Estado garante) y en la obtención de objetivos de bienestar general, cohesión social y calidad en la prestación de tales servicios (Estado social). Como diría Drexler, en el derecho administrativo, “*nada se pierde, todo se transforma*”²⁰.

De tal manera, que aun estando la prestación en mano privada, los servicios públicos continúan siendo responsabilidad, garantía y fin a cargo del Estado regulador, garante y social de Derecho, que es el que tenemos en nuestro país, a resultas de nuestra Constitución y de la vigencia del principio de subsidiariedad.

Con todo, resulta trascendental estudiar los vínculos del modelo de Estado que tenemos, y sus vinculaciones constitucionales y legales con la institución administrativa del

¹⁷ Constitución Política del Estado. Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

(...)

¹⁸ Algo en lo cual ya hemos incidido en un trabajo anterior: HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, v. 20, n. 40, p. 302-344, 2010.

¹⁹ ESTEVE PARDO, José. La Administración Garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 66, n. 197, p. 11-39, may./ago. 2015; y, antes en: Lecciones... *Op. Cit.* Página 464. Este nuevo proceso es descrito también por CANALS I AMETLLER, Dolors. Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de comunicaciones electrónicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*. v. 40, v. 158, p. 127-155, abr./jun. 2013.

²⁰ La expresión es el título de una canción de Jorge Drexler, del Album “Eco”, de 2004.

servicio público, a fin de hacer las necesarias vinculaciones con los ordenamientos legales sectoriales que fijan las reglas jurídicas para la prestación de esta clase de servicios.

Hay que hacer una salvedad previa, cual es que en el grueso de este trabajo nos referiremos a las tendencias actuales que existen sobre los “grandes” servicios públicos nacionales o de competencia nacional. El tema del servicio público local lo tocaremos en un aparte, porque ahí si por ejemplo, se mantendría una visión subjetiva del servicio público, distinguiendo sobre el cual volveremos en este mismo trabajo.

2. La noción clásica del derecho administrativo francés sobre el servicio público

En la teoría general del derecho administrativo, derecho de notoria inspiración francesa²¹, se ha afirmado que, al margen de ejercer un rol coactivo u ordenador (policía), así como un régimen de estímulo (fomento), el Estado designa con el nombre de actividad de servicio público un rol o función prestacional, garantizando mediante su imperio un sistema de prestaciones dirigidas a la colectividad, a fin de satisfacer necesidades esenciales para la vida en común²².

El instituto jurídico del derecho administrativo que se ideó para garantizar este rol prestacional del Estado fue el servicio público, como un título de intervención administrativa en las actividades económicas que se revelaron necesarias para garantizar la idea de un sistema de prestaciones a cargo o de responsabilidad del Estado, bajo la lógica del *service public* en Francia²³ (sistema por cierto, no extraño a otras latitudes europeas, como lo confirma la existencia del sistema de la *daseinsvorsorge* o “procura existencial” alemana, concepto elucubrado a partir de la obra de Ernst Forsthoff y que a diferencia del *service public* francés, se centró en la necesidad de afirmar el rol prestacional del Estado como una tarea consustancial a éste)²⁴.

Así, el servicio público, concepto de notoria hechura francesa, en su acepción clásica, constituye una técnica administrativa dirigida a establecer mediante ley un rol prestacional del Estado, que asume la responsabilidad de la organización, establecimiento y gestión de la prestación de varias actividades económicas esenciales para la vida en sociedad, que se consideran, en su acepción clásica, como de titularidad del Estado, bajo un sistema de reserva prestacional a favor del mismo. Esta definición es la que, palabras más, palabras menos, señaló en su día Duguit, quien definió al servicio público como “*toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el*

²¹ Sobre el tema, es bueno volver a un magnífico y reciente libro de CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo. Historia y futuro*. Madrid: INAP – Global Law Press, 2014. p. 440.

²² WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 66-67.

²³ RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre las Transformaciones del Derecho Público de Leon Duguit. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 54, n. 190, p. 61-100, ene./abr. 2013.

²⁴ Sobre el tema y dicho proceso de transformación, WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 49-51. Asimismo, recientemente, puede verse: BULLINGER, Martín: El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 56, n. 166, p. 29-49, ene./abr. 2005.

*cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y, porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante*²⁵.

Así, se ha dicho que cuando se habla de servicio público, *se trata de actividades destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, y por tanto la institución del servicio público permite mantener e impulsar el bien común y el desarrollo económico – social de la persona humana, por lo cual deberá asegurar prestaciones de carácter obligatorio y sujetas a reglas preestablecidas*²⁶. De esta manera, la doctrina francesa construyó una suerte de caracteres o principios del servicio público, denominados como las “leyes de prestación” del servicio público o “*les lois de Rolland*”, destacado profesor francés, seguidor de Leon Duguit, integrante de la “Escuela de Burdeos”, entre los cuales están la obligatoriedad, la continuidad, la universalidad, la cláusula de progreso tecnológico, la igualdad y la regularidad.

Es Gaspar Ariño, quien mezclando las ideas clásicas del servicio público “a la francesa”, así como las concepciones de diferentes doctrinarios españoles, ha desarrollado un así llamado “concepto clásico” del servicio público. Este es el “servicio público” original, el que se construye bajo la influencia de las ideas originales de Duguit y que concibe al mismo como una responsabilidad directa del Estado, como una “actividad administrativa prestacional”²⁷.

Bajo el *concepto clásico* y técnico del “servicio público a la francesa”, se han señalado las siguientes características básicas:

- El servicio público es una actividad administrativa prestacional de *titularidad estatal*. Implica siempre una limitación o sacrificio de la libertad de empresa: el Estado asume la potestad de ejercer la actividad económica, o de entregarla en concesión a particulares. Nace la idea de la denominada *publicatio* como reserva prestacional al Estado de la actividad calificada como servicio público²⁸.
- En la visión clásica, se señala que la *gestión* del servicio público puede ser pública o privada (esta última excepcionalmente). Pero esencialmente se asume que el Estado debe ser prestador, a través de empresas o establecimientos públicos, aprovechando para ello su reserva prestacional o *publicatio*.

²⁵ DUGUIT, Leon. Manual de Derecho Constitucional. p. 73. *apud* SENDIN GARCIA, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Editorial Comares, 2003. p. 36-37.

²⁶ Esto es un resumen de las construcciones teóricas francesas sobre el servicio público, hecho por ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, que son variadas, dispares y enfrentadas. Buenos resúmenes de las teorías francesas clásicas en: SENDIN GARCIA, Miguel Ángel: *Hacia un servicio público...* Op. Cit. Páginas 27-86; también, Z ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Editorial Palestra, 2005. p. 27-125.

²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994. p. 331-440.

²⁸ Concepto acuñado originalmente por VILLAR PALASI José Luis. *La intervención administrativa en la industria*. Tomo Primero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964. p. 127-136, y recogido por MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. *La publicatio...* Op. Cit. p. 687-718.

- El Estado somete la gestión del servicio a sus propias normas, al Derecho Público.
- Pese a la idea de la concesión (surgida en el S. XIX) el servicio público se construye sobre la idea del monopolio estatal sobre la dirección y prestación del servicio, contenido vinculado también a la *reserva prestacional* a favor del Estado.
- La doctrina clásica también formuló las reglas de prestación relativas al servicio público, que singularizan el régimen jurídico de la actividad tipificada como tal, las denominadas “leyes de Rolland”²⁹:
- *Continuidad*: El servicio debe prestarse ininterrumpidamente, cada vez que sea requerido por el usuario, ya que satisface una necesidad esencial.
- *Regularidad*: El servicio debe prestarse en condiciones de calidad, de acuerdo a las normas técnicas que lo rigen.
- *Igualdad*: El servicio debe prestarse en forma igual para todos, sin discriminar entre usuarios (salvo para agruparlos y ofrecerles condiciones comerciales o tarifas sociales – discriminación positiva).
- *Universalidad*: El servicio debe llegar a la mayor cantidad de personas y debe cubrir todo el ámbito geográfico de la concesión.
- *Progresividad*: El servicio debe procurar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible
- En esa perspectiva, conviene señalar que la doctrina clásica del Derecho Administrativo formuló una distinción interesante, que a mi criterio tiene validez hasta hoy, que diferencia entre:
 - *Servicio Público en sentido “subjetivo”*: Este sector doctrinal entiende que el servicio público es una forma de actividad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa.
 - *Servicio Público en sentido “objetivo”*: Se entiende que el servicio público es el régimen jurídico de una actividad económica sujeta a intervención administrativa por parte del Estado debido a su carácter esencial.

En esta línea, la conceptualización jurídica originaria del “servicio público” o *service public*, fue básicamente una de tipo *subjetiva*, y proviene precisamente de la experiencia jurídica francesa, particularmente de las ideas de desarrollo teórico trazadas por el profesor francés León Duguit, brillante autor de derecho constitucional y administrativo, líder de lo que se denominó en su momento la “Escuela de Burdeos”, contradicha por la “Escuela de Toulouse” o de la *puissance publique*, encabezada por el destacado profesor Maurice Hauriou (posteriormente con sus notables discípulos entre los cuales se cuenta a los profesores Jean Rivero y Georges Vedel), también administrativista y notable teórico del derecho administrativo.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte geral)*. São Paulo: SBDP – Malheiros Editores, 2010. p. 239-274.

En un primer momento, Duguit y sus seguidores (destacando entre estos tanto Gastón Jéze – tal vez quien mejor teorizó el concepto de servicio público como el *criterio que define* el derecho administrativo, Roger Bonnard y Louis Rolland) identificaron al servicio público con la entera actividad administrativa, bajo la idea de que el Estado es una gran “cooperativa de servicios públicos”, dado que el eje del desarrollo del Estado era asegurar la convivencia social mediante un sistema de cooperación y de prestaciones, en torno a los servicios públicos impuestos por el Estado. Por influencia de dicha postura, en el derecho y la jurisprudencia francesas se concibió la ecuación amplísima de identificar *servicio público con la totalidad de la acción estatal*, vale decir con el concepto jurídico de función administrativa³⁰. Por otro lado, también cabe mencionar que el criterio del servicio público, alineado en la concepción amplísima teorizada por Duguit, sirvió también, en paralelo, como un concepto jurídico empleado para delimitar los procesos entre la jurisdicción administrativa (institución típicamente francesa, con tribunales ordinarios para los casos de derecho administrativo, con su máximo tribunal, el Consejo de Estado) y la jurisdicción ordinaria (las cortes de derecho común, encabezadas por la Corte de Casación civil), como ocurrió en el caso “Blanco” (año 1873, decisión del Tribunal de Conflictos francés), muchas veces citado en forma equivocada como el “origen” del concepto jurídico del servicio público como actividad prestacional, cosa errada porque ya a fines del siglo XIX, se empleaba en Francia esa noción amplísima de servicio público que lo identificaba con la función administrativa, y, en la línea de Duguit – y Jéze -, la existencia de un servicio público era el *criterio* del derecho administrativo.

De esta forma, en el *arret Blanco* lo que se decidió fue que la controversia jurídica respecto de la responsabilidad derivada de un daño producido por una camioneta del estanco de tabaco francés, debería ser conocido por los tribunales administrativos, en la medida que se trataba de un daño producido por un agente del “servicio público” de los tabacos (rectius: por un agente estatal o parte del Estado). En tal sentido, muchas veces se suele sobresimplificar la cuestión del caso Blanco y pretender que “ahí nace” el concepto del servicio público, cuando *en realidad, su conceptualización ha estado ligada en la historia del derecho administrativo a la evolución de las relaciones entre el Estado y la sociedad, sobre todo en lo que respecta a la necesidad de afirmar una institución del derecho administrativo dirigida a ampliar el espectro de la actuación del Estado más allá de las meras labores de gendarme o policía, mediante la asunción de roles prestación de los servicios esenciales o básicos, a cargo del Estado y dirigidos a cubrir las necesidades básicas de la población*³¹.

Posteriormente, dentro de la evolución doctrinaria y jurisprudencial vinculada a su desarrollo, cabe anotar que el concepto de servicio público en Francia, ha sufrido varias crisis,

³⁰ Nótese la influencia de dicha idea en el texto del artículo 119º de la Constitución Política de 1993: “La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”.

³¹ Para mayores referencias, BULLINGER, Martín: El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 56, n. 166, p. 29-49, ene./abr. 2005.

debido a la inexactitud de sus alcances, y a la amplitud de sus contenidos (por ejemplo, mediante la formulación de la doctrina de “los servicios públicos impropios” o los “servicios públicos industriales o comerciales”, que fue desarrollada por el Consejo de Estado francés en casos como los arrets *le Soleil, des Vosgues* y *Bac d'Eloka*). Por ello se habló de crisis del servicio público (De Corail), y hasta inclusive de la “muerte del servicio público”³².

Sin embargo, con sus idas y venidas, con crisis evolutivas y períodos de cuestionamiento conceptual, en Francia se considera que el servicio público es parte innegable y fundamental de la cultura jurídico-administrativa, y ciertamente es una de las piedras fundamentales de la construcción del actual derecho administrativo francés³³. De la misma forma, conviene dejar en claro que el concepto clásico que identificaba al servicio público como actividad estatal (servicio público en sentido subjetivo) se ha sometido a una fuerte revisión, debido al influjo de la legislación comunitaria europea, y la aparición del concepto del “servicio de interés económico general”, aún cuando el concepto del *service public* permanece como básico y elemental para entender el derecho administrativo galo.

Con todo, la experiencia francesa sirve de reflejo de algo importante: pese a los embates de las ideas de desregulación, liberalización y apertura de los mercados, la institución del servicio público, pese a transformaciones y cambios, no ha cedido ni ha desaparecido: permanece, y sobre todo mantiene renovada utilidad en el sistema del derecho público económico.

3. La experiencia comunitaria europea:

Por otro lado, cabe señalar que la experiencia jurídica comunitaria europea no ha tomado en estricto el concepto francés del servicio público, pese a la enorme influencia del derecho administrativo de dicho país en cuanto a la formación de la legislación comunitaria³⁴. Por el contrario, el ordenamiento europeo ha acuñado una categoría de conceptos presentes en la legislación y jurisprudencia comunitaria que sustituyen al viejo “servicio público”, pero que sin duda están inspirados en aquella idea³⁵:

³² Proceso descrito en: SENDIN GARCIA, Miguel Angel: Hacia un servicio público europeo... *Op. Cit.* p. 71-86. También en: MARTIN REBOLLO, Luis. De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 34, n. 100-102 (3), p. 2471-2542, 1983.

³³ Para muestra véase, MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. También, MODERNE, Franck. *Principios generales del derecho público*. Trad. Alejandro Vergara Blanco. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 201 y ss.; así como MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Servicio Público y Mercado*. v. 1. Los Fundamentos. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p. 31-36.

³⁴ Proceso descrito en: FERNANDEZ GARCIA, María Yolanda. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Buenos Aires/Madrid: Ediciones Ciudad Argentina/INAP, 2003. p. 281-301.

³⁵ Cfr. MARTINEZ LOPEZ MUÑOZ, José Luis. Nuevo sistema conceptual. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, n. 3, p. 133-152, 1999. p. 141-149. También, LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Servicios de interés económico... *Op. Cit.*

- a. *Los servicios de interés general*, definidos como “las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público”.
- b. *Los servicios de interés económico general*, entendidas como aquellas “actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ellos sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público”. Se ha señalado que dicho concepto refleja aquellas actividades que conforman la infraestructura de las actividades económicas (energía, telecomunicaciones, correos, transportes) esenciales para el desarrollo de la sociedad.
- c. *El servicio universal*: Es el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas del sector privado o público que presten servicios de interés general y de interés económico general, para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles. Así, el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción del interés público con la apertura de determinadas actividades a la competencia (Carlón Ruiz³⁶).

Ahora bien, las actuales perspectivas del derecho comunitario respecto al servicio público³⁷, derivadas del profundo proceso de liberalización de las actividades económicas y de entrega al mercado de actividades económicas llevado a cabo en la Unión Europea, actualmente, les permite dividir, sobre la base de una profunda división entre Estado y Sociedad, entre servicios públicos de interés general (los clásicos “servicios públicos” de titularidad estatal) y los servicios regulados (los “servicios de interés económico general”)³⁸, criterio divisorio, que distingue entre los servicios o actividades prestacionales de titularidad estatal (las “prestaciones públicas”) y los servicios entregados al mercado o al sector privado que son objeto de regulación pública.

Esta interesante división reviste especial interés, ya que permite identificar las radicales diferencias que existirán entre el régimen europeo y los latinoamericanos. En Europa, la mayoría de poblaciones y países tienen infraestructuras y servicios públicos modernos y de

³⁶ CARLÓN RUIZ, Matilde. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Madrid: Thomson – Civitas, 2007. *in totum*.

³⁷ Excelentes resúmenes de este proceso reciente en SARMENTO, Daniel. La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: lustel, 2009. p. 245-291; DIEZ-PICAZO, Luis María. Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José. (Coords.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: lustel, 2009. p. 409-424; y, CANALS I AMETLLER, Dolors. Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de comunicaciones electrónicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*. v. 40, n. 158, p. 127-155, abr./jun. 2013. En sede nacional, BARTOLOME NAVARRO, José Luis. El planteamiento de los “servicios públicos” como “servicios de interés general” en la Unión Europea. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009. p. 303-356.

³⁸ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Tercera edición. Madrid: Ediciones lustel, 2015. p. 334-336.

calidad, motivo por el cual la prestación de tales servicios puede ser entregada al mercado sin problema alguno, sujeto a un sistema de regulación pública. Sin embargo, en nuestros países tendremos matices: no sería posible entregar totalmente al mercado la prestación de servicios públicos económicos en la medida que ni siquiera las tres cuartas partes (y en algunos ni siquiera la mitad) del país cuenta con tales servicios públicos e infraestructuras. La solución de apertura al mercado y la prestación privada ha servido muy bien en zonas y centros urbanos, pero la pregunta que permanece es qué hacer con las zonas rurales y los objetivos de servicio universal que pretende el Estado. Por tanto, una liberalización o apertura total a la competencia en nuestro país, sería viable siempre y cuando tengamos una cobertura total de servicios públicos en nuestro país, cosa que todavía no ocurre.

Reservemos estas ideas, para la parte en la cual volveremos sobre el concepto de servicio público en el ordenamiento peruano, así como la clasificación de actividades que haremos sobre los mismos, especialmente para los servicios públicos económicos.

4. La influencia del concepto norteamericano de las “public utilities” sobre el del servicio público

Las ideas europeas sobre el servicio público y los “servicios de interés económico general” han ido en un proceso de franca evolución, desde la primera recepción de las ideas francesas, y el influjo de ideas de otras tradiciones (como la alemana y el concepto de *daseinsvorsorge*), hasta el “descubrimiento” de la competencia y la influencia abiertamente norteamericana de las ideas de la regulación, que se ve reflejado en la legislación comunitaria de desregulación y liberalización de los servicios de interés económico general propiciada desde los años 90 del siglo pasado hasta la fecha³⁹.

Cabe mencionar que cruzando el Atlántico, en los EEUU nunca se adoptó un “concepto” o “noción” del servicio público. Tampoco se adoptaron conceptos como la “publicatio” o la “titularidad” del Estado, dado que históricamente, la tradición jurídica norteamericana concibió una amplia libertad de los particulares para establecer todo tipo de negocios, en función de su capacidad de inventiva, con lo cual, en el siglo XIX imperaba la idea de libertad en “búsqueda del bienestar y de la felicidad” como reza la Constitución de 1787⁴⁰.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, en los EEUU se estableció que ciertas actividades económicas, generalmente monopólicas, que prestaban servicios esenciales para la

³⁹ Para la descripción de este proceso, véase entre otros: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, Madrid, 2009. Asimismo, ESTEVE PARDO, José. Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general. In: REBOLLO PUIG, Manuel (Org.). *La Regulación Económica. En especial, la Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel – Universidad de Córdoba, 2012. p. 37-63.

⁴⁰ Cfr. Nuestro trabajo, HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, v. 11, n. 5. 2008.

comunidad debían de ser “*especialmente controladas*” por el Estado, debido a su incidencia sobre el interés público o general.

Así, como un aporte de la jurisprudencia, a partir del famoso caso “*Munn v. Illinois*” (1876), se generó el concepto de la regulación de las actividades “afectadas a un interés público”, que luego, en la práctica y en la terminología legal se denominaron “*public utilities*”. La intervención del Estado sobre las denominadas public utilities (que siempre fueron actividades privadas) revistió siempre un carácter externo o “regulador”. En este escenario, las empresas y los prestadores de las public utilities siempre fueron privados, mientras que el Estado únicamente reguló ciertos aspectos relevantes (tarifas, acceso de terceros a las redes, abusos anticompetitivos, temas de acceso de usuarios)⁴¹.

Es interesante comprobar respecto de este acápite que el aporte de la experiencia norteamericana es la inexistencia en su derecho administrativo, de conceptos como “reserva de actividades al sector público”, de “titularidad estatal de actividades económicas” o conceptos similares que permitan desconocer la participación privada en actividades económicas. Por el contrario, en el sistema norteamericano rigen criterios mucho más pragmáticos y menos principialistas que en el derecho europeo, dado que en dicha experiencia podemos apreciar que varios servicios públicos son manejados por municipios, por los propios estados federales e inclusive por la Unión (como el servicio postal de los EEUU), mientras que junto a ellos se puede apreciar la existencia de abundantes empresas privadas en procesos competitivos donde sea posible.

Con todo, las mayores influencias de las experiencias norteamericanas de las *public utilities* viene de la comprobación y modelo de un sistema que separa prestación privada de servicios regulados por el Estado, que es el modelo que se va a aplicar en Europa a partir de los vientos de cambio de los 80 y que pasa a Latinoamérica a partir de 1990 en adelante. Dos son las ideas fundamentales: la idea de “regulación” como actividad estatal de control de actividades económicas privadas, y la idea de “*public utility*” más como régimen jurídico que como “actividad administrativa”. Estas ideas serán utilizadas como influencias y modelos de lo que se instaurará en nuestro país a partir de 1990 en adelante, y lo que dura hasta hoy.

5. La experiencia peruana actual: el concepto objetivo y finalista de servicio público

Bajo la influencia de los procesos de cambio ocurridos en la legislación nacional a partir de los años 90 en adelante, gracias a lo que se llama, privatización, liberalización y desregulación, el concepto clásico del servicio público entró en una etapa de cambio, al hilo del cambio acontecido en los marcos sectoriales y en la propia Constitución de 1993.

⁴¹ Para una detallada descripción del proceso creativo de la Regulación en Norteamérica, véase: BIANCHI, Alberto. *La regulación económica*. Tomo I. Buenos Aires: Ábaco, 2002. Asimismo, ESTEVE PARDO, José. La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: lustel, 2009. p. 293-347.

Cabe referir que en el Perú, la falta clamorosa de una doctrina y jurisprudencia especializada en el derecho administrativo en el siglo XIX e inicios del siglo XX, motivó que apenas se llegue a conocer la “idea” o la “noción” de servicio público, pero nunca se logró determinar un concepto jurídico del servicio público, al menos ni durante el último tercio del siglo XIX ni tampoco durante el primero del siglo XX. Esto ha sido documentado específicamente por el profesor Diego Zegarra Valdivia⁴², quien señala que en el Perú nunca se desarrolló la teoría jurídica del servicio público como si se hizo y conceptualizó en otras experiencias latinoamericanas como en Argentina, Brasil o Colombia, situación de aporía que influyó sin duda sobre la legislación administrativa y los marcos normativos sectoriales de la época, los cuales nunca desarrollaron cabalmente un concepto o uso normalizado del concepto del servicio público.

Sin embargo, posteriormente, la Constitución de 1979 y antes las reformas del gobierno militar de 1968-1980, utilizaron el concepto de servicio público para justificar la actividad empresarial del Estado (artículo 113° de la Constitución de 1979) así como para establecer reservas totales de actividades “estratégicas” para el Estado (así, en las telecomunicaciones, industria eléctrica, servicio de correos, servicios de transporte). En este contexto es donde se produce la crisis del modelo de Estado empresario peruano en la década de 1980, así como de todo el sistema de prestaciones públicas establecidas en derredor de él.

En tal sentido, luego de la crisis económica corregida a partir de las medidas de ajuste de estructural tomadas sobre la economía para revertir la hiperinflación (circa 1991-1992), se tomó en cuenta la necesidad de someter a revisión el régimen de las actividades donde el Estado operaba como empresario o con reservas prestacionales en desmedro de la iniciativa privada. Es así que se decide cambiar totalmente los principales marcos jurídicos de los servicios públicos reservados al Estado, sustituyéndolos por nuevos modelos de prestación fundamentados básicamente en la necesidad de privatizar la gestión de los servicios y propiciar la liberalización de los sectores catalogados como servicios públicos cuya prestación estaba reservada a la iniciativa estatal.

Aquí es donde entra el modelo de cambio que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico la vigencia del principio de subsidiariedad económica o funcional⁴³. Ya antes de la Constitución de 1993 (podemos citar por ejemplo, el Decreto Legislativo 757), encontramos la vigencia de este principio como rector de la política económica del país. Devastado por un estatismo que agobió el sistema económico a partir de las reservas al Estado de actividades económicas, monopolios legales y la pervivencia de abundantes empresas estatales, nuestro país optó por un viro total de las relaciones entre sociedad, economía y Estado, reformulando el mismo a partir del principio de subsidiariedad.

⁴² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Editorial Palestra, 2005.

⁴³ Viejo principio, sobre el cual han escrito, MODERNE, Franck. *Principios generales del derecho público*. Trad. Alejandro Vergara Blanco. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 171-224; y, MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. El Principio de Subsidiariedad. In: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Org.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley – Wolters Kluwers, 2010. p. 1275-1310.

Si bien es cierto, excede las líneas de este trabajo hablar ampliamente del principio de subsidiariedad, lo cierto es que su vigencia, ha supuesto un cambio trascendental en el sistema de actividades económicas y la participación del Estado en el mismo. Aun cuando las formulaciones más radicales proponen que el principio de subsidiariedad signifique una abstención total del Estado respecto de las actividades económicas, lo cierto es que dicha versión no es la que caló finalmente en la Constitución de 1993.

Por el contrario, creemos que a partir de la viga maestra del principio de subsidiariedad recogido en los artículos 58º y 60º de la Constitución de 1993, podemos entender tres tipos o formas jurídicas que explican la posición y vigencia del Estado respecto de las actividades económicas:

- *Estado Regulador*, el que fija las reglas del sistema económico y el desarrollo de las actividades económicas
- *Estado Prestacional*, el que asume como propias un sistema de prestaciones públicas dirigidas a garantizar prestaciones públicas y/o derechos prestacionales a favor de la población (p.e. en salud, educación, seguridad social, actividades administrativas que se traduzcan en una prestación pública, etc.)
- *Estado Garante*⁴⁴, el que, asumiendo que el mercado puede proveer semipúblicos, no permanece apartado de dicho proceso sino que lo impulsa y favorece. Si el mercado cubre tales necesidades, el Estado asume un proceso de regulación y control del mismo, “haciendo que se preste”, vía los sistemas de concesiones, asociaciones público-privadas y en general de promoción de la inversión privada. En caso el mercado no cubra tales necesidades, pese a la promoción, deberá asumir como garante la satisfacción de tales necesidades, acudiendo a la creación de empresas públicas como solución de última ratio. (ejemplo, servicios públicos económicos, telecomunicaciones, gas natural, electricidad, saneamiento y agua, postales, entre otros).

De esta manera, todas las actividades económicas privadas se encuentran bajo el influjo del Estado regulador, mientras que en el caso de los servicios públicos deberemos hacer distinguos: en los servicios públicos sociales, el Estado asume el rol prestacional, aun cuando debe hacerse hincapié en que en tales servicios el Estado concurre con el sector privado en su satisfacción⁴⁵. De otro lado, en los servicios públicos económicos veremos al Estado Garante en su esplendor, propendiendo y propiciando hacia la prestación privada de los servicios públicos, motivando que la iniciativa privada se oriente a la inversión en los grandes servicios públicos económicos y obras de infraestructura. Claro está, en caso los esquemas de promoción de la inversión privada no resulten, siempre quedará por vía de la subsidiarie-

⁴⁴ ESTEVE PARDO, José. *El Estado Garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, 2015.

⁴⁵ Sobre esta interesante materia, punto de encuentro del derecho constitucional moderno y el derecho administrativo actual, véase, RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La Administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

dad, la posibilidad de crear una empresa pública, siempre como solución de *última ratio*, y sujeta a las reglas específicas restrictivas fijadas en el artículo 60° de la Constitución.

En tal sentido, bajo este esquema, y siempre hablando de los grandes servicios públicos económicos, la participación del Estado en tales servicios no es ya la expresión de un rol prestacional, ni de una actividad administrativa económica reservada a éste, sino que se vislumbra como un concepto que parte del reconocimiento de que el Estado debe brindar un régimen jurídico para la regulación de ciertas actividades económicas (los servicios) esenciales para la vida en colectividad, y que además tengan especiales características económicas que aconsejen una intervención estatal correctiva sobre la materia, ideas que surgen de la interpretación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 58° de la Constitución, cuando se señala que bajo el régimen de iniciativa privada libre en el marco de una economía social de mercado, el Estado cumple un rol de intervención sobre varias actividades, entre las cuales destacan los servicios públicos.

Ciertamente, hay que diferenciar este último concepto constitucional del servicio público (como título de intervención, que se asemeja mucho a lo establecido en el numeral 5) del artículo 195° de la Constitución que se refiere a la intervención del Estado en los servicios públicos locales), de la norma establecida en el artículo 119° de la Constitución, la cual no tiene nada que ver con el concepto estricto de servicio público, sino que por el contrario, emplea dicha expresión (ya lo hemos dicho, polisémica) en el sentido de “asuntos públicos” o “asuntos propios del Estado”.

Por tanto, ¿quién y cómo define qué es servicio público económico en nuestro ordenamiento jurídico? Es el legislador, el cual mediante una ley expresa, determinará la aplicación del régimen jurídico del servicio público a una actividad económica, fundamentando dicha decisión en la esencialidad de la misma, así como en la existencia de variables económicas y de mercado que aconsejan la intervención y control del Estado sobre dicha actividad.

Así lo reconoce la más calificada doctrina nacional, la cual señala lo siguiente:

a) El profesor Jorge Danos Ordóñez, señala que:

La Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) de carácter material que consideramos se encuentra tácitamente en el artículo 58° y que consiste en que debe tratarse de actividades materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos, y (ii) en segundo lugar, un requisito de carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del tribunal Constitucional.

El carácter esencial es consustancial a la naturaleza de los servicios públicos. Sólo pueden recibir esta calificación aquellas actividades económicas necesarias para la comunidad, que son indispensables para la satisfacción de las necesidades

materiales colectivas en orden a alcanzar el bienestar general y progreso social, contribuyendo a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes del país.

(...)

En cuanto al segundo requisito, referido a la formalidad que debe adoptarse para la calificación de una actividad económica como servicio público, existe consenso en nuestro país de que se requiere una declaración por norma legal, condición que viene tácitamente impuesta por la necesidad de que sea el legislador quien determine el carácter esencial o no para la colectividad de una actividad, a la vez que establezca el régimen jurídico específico para cada tipo de servicio público.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que si bien nuestro ordenamiento jurídico “no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales” (servicios públicos), la determinación de qué actividades económicas califican dentro del mismo “resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular”, generando para el Estado una tarea especial de promoción y aseguramiento, lo que a su vez permite apreciar “la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto” (Fundamento N° 37 STC 0034-2004-AI).

La necesidad de que la calificación de servicio público sea declarada por vía legal y la condición se trate de prestaciones esenciales para la colectividad, constituyen requisitos indispensables para que una actividad económica pueda ser caracterizada como servicio público. La carencia de cualquiera de estas notas tipificantes establecidas por la Constitución podría ser cuestionada mediante los mecanismos de control jurisdiccional de la supremacía constitucional (proceso de inconstitucionalidad, etcétera).⁴⁶

b) Por su parte, el reconocido autor nacional Diego Zegarra, señala con claridad en su obra “El Servicio Público. Fundamentos”, que una actividad es considerada como servicio público, cuando el legislador la declara como tal. Así, señala dicho autor que, “*a propósito de que una actividad sea considerada servicio público, como se desprende de la legislación revisada, es el legislador peruano el que establece dicha calidad, dependiendo ello fundamentalmente del interés general, elemento este último cuyo carácter es evidentemente variable en el tiempo y en el espacio*”.⁴⁷

c) Pero el referido autor nacional no es el único que refiere dicha opinión⁴⁸. Acompaña esta postura el autor nacional Víctor Baca Oneto, quien comparte el razonamiento del

⁴⁶ DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana. *Revista THEMIS*. Lima, v. 44, n. 55, p. 255-264, 2008. p. 258-259

⁴⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego: El servicio público... *Op. Cit.* p. 351.

⁴⁸ Del mismo parecer es VIGNOLO CUEVA, Orlando. El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009. p.151, quien señala que la declaración de una actividad o sector económico como servicio público debe realizarse por una ley formal

profesor español José Luis Martínez López Muñiz, cuando define al servicio público de la siguiente manera:

En este sentido, suscribimos plenamente la definición propuesta por Martínez López Muñiz, para quien el servicio público comprende “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del Poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce.”⁴⁹

d) De otro lado, el profesor Christian Guzmán Napuri, señala sobre el tema que,

Debe entenderse que la determinación de una actividad como un servicio público debe estar establecido mediante una Ley, dado que la misma expresa precisamente la decisión de la colectividad en su conjunto. Máxime si la calificación antedicha implica limitación a derechos fundamentales, en particular, libertad de empresa. El principio de legalidad garantiza que la regulación de los servicios públicos se realizará de manera permanente y no se someterá a avatares políticos.⁵⁰

Tal como puede apreciarse, la doctrina peruana más relevante que ha escrito sobre el tema, es unánime en establecer claramente que la definición de una actividad económica como servicio público depende del legislador, el cual en base a la “esencialidad” del servicio para la colectividad, lo declarará así como tal. Con lo cual, no existen servicios públicos “inherentes” o virtuales o “servicios públicos no declarados como tales por el legislador” en nuestro ordenamiento legal.

Sin perjuicio de la claridad de lo señalado por los autores nacionales citados, la gran mayoría de la mejor doctrina internacional a nivel comparado en el derecho administrativo reciente, es unánime en señalar que para que una actividad económica sea considerada servicio público, debe ser declarada como tal por el legislador. Basta con citar algunos ejemplos que transcribimos a continuación:

a) En España, el catedrático español Gaspar Ariño Ortiz, señala lo siguiente⁵¹:

Se califican técnicamente como “servicios públicos” un conjunto de actividades que, a la vista de la evolución y circunstancias de la vida de la sociedad, han devenido indispensables y esenciales para la comunidad, de tal manera que ésta se apoya

⁴⁹ BACA ONETO, Víctor. Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009. p. 363, quien cita a MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ José Luis. El sector eléctrico en España. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. Madrid, v. 12, n. 4, p. 313-372, 1991. p. 318 y 319.

⁵⁰ Cfr. GUZMÁN NAPURI, Christian. Las teorías existentes sobre el servicio público. *Revista Foro Jurídico*. Lima, v. 1, n. 1, p. 75-86, 2002. p. 79.

⁵¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General. Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*. Navarra: Thomson – Aranzadi, 2007. p. 188.

necesariamente en ellos para su supervivencia y funcionamiento como tal. La determinación de cuáles sean en concreto estas actividades es una cuestión histórica y contingente, pero en cualquier caso la apreciación de cuando una necesidad se ha colectivizado y constituye una “necesidad pública indispensable” corresponde al Estado. Esta declaración formal de servicio público, por sus trascendentales efectos (que ya veremos), debe ser adoptada mediante Ley formal (del Parlamento), que declare servicio público un sector de actividad determinado.

b) Por su parte, el catedrático emérito de la Universidad de la Coruña, José Luis Meilán señala claramente que *“conviene retener, algo que es importante para la configuración actual del servicio público. La reserva ha de hacerse por ley; o de otro modo la declaración formal del servicio público debe hacerse por ley”*⁵².

c) Adicionalmente, el catedrático José María Souviron señala que,

*La declaración de reserva de un servicio al sector público queda atribuida exclusivamente al legislador cualquiera que sea el ente público beneficiario de la reserva. Por eso los entes públicos sin potestad legislativa (por ejemplo, los entes locales) precisarán al efecto de una ley previa que atribuya esa reserva a su favor. Por eso mismo ha de excluirse en todo caso el uso al efecto de la mera potestad reglamentaria. Deberá efectuarse además a través de una expresa y específica declaración legal que contemple un tipo de servicio o servicios determinados y no una reserva en abstracto. Por ello mismo tampoco sería posible que, aun por ley, se efectúe una habilitación genérica al Ejecutivo para que éste establezca la eventual reserva al sector público de cualesquiera servicios o de servicios no determinados legalmente con carácter previo.*⁵³

Por otro lado, en Latinoamérica, conviene citar a calificados autores que han señalado expresamente que el servicio público es determinado por el legislador. Para una muestra significativa, cabe señalar lo que señalan los destacados catedráticos y publicistas argentinos Juan Carlos Cassagne y Alberto Bianchi.

a) Señala el maestro Cassagne que,

La concepción tradicional del servicio público ha debido evolucionar a fin de adaptarla a la cambiante realidad económica y social y al nuevo papel que se le asigna al Estado como promotor y árbitro de la competencia.

Dicha evolución ha operado principalmente en tres sentidos. En primer lugar, en cuanto al ámbito o extensión de la propia categoría que ahora se restringe a las actividades llevadas a cabo mediante prestaciones de naturaleza económica que

⁵² MEILÁN GIL José Luis. El servicio público en el contexto constitucional y comunitario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. La Coruña, n. 9, p. 527-542, 2005. p. 532.

⁵³ SOUVIRÓN MORENILLA José María. *La actividad de la Administración y el servicio público*. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 196-197.

satisfacen necesidades primordiales o esenciales de los ciudadanos previamente configuradas como tales en la ley.

De la exigencia de una previa declaración legislativa para configurar el servicio público se desprende la no admisión del servicio público implícito o virtual, tal como se postulaba en la denominada teoría tradicional.

En consecuencia, el criterio material ha desplazado al criterio subjetivo y la categorización del servicio se produce por obra exclusiva del legislador.⁵⁴

b) Por su parte, Bianchi anota que:

No puede haber servicio público sin una ley que lo califique como tal. Este es otro requerimiento específico que surge de varias fuentes. En primer lugar, el legislador debe determinar (...) cuáles son las necesidades básicas de la comunidad ante la cual es responsable y representa. Luego, si aquéllas van a estar sometidas a un régimen que supone la máxima regulación estatal, elementales razones de seguridad jurídica indican que esta calificación se haga por ley.

Veamos ahora la diferencia que existe entre esta noción y la titularidad estatal. No es lo mismo que el Congreso califique una actividad como servicio público a que el Estado se apropie de ella. Va de suyo que, en el primer caso, el Congreso identifica una actividad como servicio público, en tanto que en el segundo la retira de la actividad y sólo la devuelve (delega) temporalmente bajo un régimen contractual. Como ya dije, no creo que la calificación por ley de una actividad como servicio público implique de suyo, o tenga como efecto necesario un retiro o expropiación de esa actividad. Su titular será quien la ejerza, el Estado o los particulares; lo que habrá variado en todo caso, es su régimen jurídico, el cual puede surgir de una ley general o particular y específica para dicha actividad.⁵⁵

⁵⁴ CASSAGNE Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Tomo II. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2011. p. 182-183.

⁵⁵ BIANCHI, Alberto: Una noción restringida de servicio público (Aportes para su cuarta etapa). *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, v. 15, n. 53, p. 299-349, 2005.

Cabe señalar que este autor, anteriormente ya había señalado su posición clara respecto de que la calificación de una actividad como servicio público depende de la decisión del legislador. Cfr. BIANCHI, Alberto. Prólogo. In: MARTINEZ DE VEDIA, Rodolfo. *La organización en la regulación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003. p. 10-11, donde señaló que:

"...Tengo para mí que, salvo las funciones propias del Estado, todo lo restante, como regla, debe estar librado a la iniciativa privada, sin perjuicio de que aquél pueda llevarlas a cabo también en concurrencia con los particulares, si lo cree necesario o conveniente.

Hecha esta primera división inicial, las actividades privadas por su naturaleza tienen una mayor o menor incidencia en el interés social o general y, por ende, merecen una mayor o menor intensidad en la regulación estatal, manifestada en la determinación de quién puede ejercerlas, dónde, cómo y a qué costos o bajo qué régimen de precios. Pues bien, el máximo grado de intensidad en la regulación se da, en aquellos países que han hecho suya la noción de "servicios públicos", cuando una actividad ha sido calificada como servicio público. De tal suerte, una actividad comercial o industrial de alto interés social puede recibir esa calificación.

La pregunta, entonces, es quién otorga esa calificación y cuáles son sus efectos. Y es allí donde toda la construcción jurídica sobre los servicios públicos se torna confusa y aparecen las explicaciones divergentes. En mi opinión (pero esto tan sólo es una explicación más, de las muchas que se han dado), una manera sencilla de evitar la confusión en

Pero si aún no quedara claro lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también es clarísima al señalar que la calificación de una actividad como servicio público depende del legislador. La STC Exp. N° 0034-2004-AI (Sentencia medio pasaje universitario) en su Fundamento 37 es meridianamente clara cuando señala que la determinación de un servicio público depende del legislador.

37. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto.

Elo en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares.

En tal sentido, la revisión de la mejor doctrina, permite verificar que en nuestro país la calificación de una actividad como servicio público, depende del legislador en base a un fundamento finalista, que es la esencialidad de tales servicios, su relevancia para la colectividad, fundamento que no debe perder de vista las importantes variables económicas que subyacen a la calificación de una actividad como servicio público⁵⁶.

En tal sentido, el concepto de servicio público en nuestro país será uno de corte objetivo: entendido como un régimen jurídico de derecho público para ciertas actividades económicas definidas como esenciales para el colectivo por el legislador, quien deberá efectuar dicha calificación de manera cuidadosa y caso por caso, cuidando no sacrificar inútilmente la libertad de empresa y los derechos fundamentales económicos de libertad de las personas privadas.

Asimismo, el servicio público económico ya no será pues una actividad materialmente administrativa o una actividad prestacional, sino que será una actividad económica de base o materialmente privada sujeta a control y regulación estatal en un régimen de derecho público en atención a la esencialidad valorada por el legislador de dicha actividad económica.

torno a la noción de servicios públicos es admitir que solamente habrá servicio público allí donde la ley (formal del Congreso) haya impuesto tal calificación".

⁵⁶ Básicamente, en la literatura económica, la existencia de fallas de mercado vinculadas a la competencia, como lo son la existencia de monopolios naturales en los segmentos de las industrias calificadas como servicios públicos, asimetrías informativas y de negociación, y fundamentalmente altos costos hundidos de inversión y presencia de economías de escala. Sobre tales condicionantes económicos véase, LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Servicios de interés económico general... *Op. Cit.*

Esto implica además que siendo una actividad económica esencialmente privada, interesa mucho su sometimiento a las reglas de la iniciativa privada y a la competencia⁵⁷.

Por tanto, la misión constitucional del Estado y los servicios públicos permanece, aún con la idea del Estado garante. El Estado verdaderamente subsidiario no se “desentiende” del servicio público, sino que lo promueve, lo impulsa, lo garantiza, busca que sea prestado, “hace que se preste”. Sólo cuando todos sus esfuerzos para que el sector privado desarrolle esta prestación resulten vanos, estará siempre la posibilidad de usar el poder garante desde el punto de vista subsidiario y acudir a la última ratio de las soluciones empresariales públicas. Pero siempre teniendo como norte, la idea de que los medios privados son los más eficientes para cumplir con los fines públicos. Mejor dicho: los fines no cambian, estarán siempre, sólo que los medios pueden cambiar, y mejor si son medios eficientes.

Conviene además dejar claramente establecido que esta teorización del Estado garante calza perfectamente con el concepto de servicio público económico propuesto. No calza bien con los servicios sociales, ya que estos se tratan de auténticas actividades administrativas prestacionales, que tienen origen constitucional expreso, a fin de cumplir con deberes de prestación hacia la colectividad, establecidos por la propia Constitución como de cargo de la Administración Pública.

Dicho lo anterior, y volviendo al campo de los servicios públicos económicos, conviene señalar que la doctrina ha señalado que el fundamento de la nueva regulación de los servicios públicos debe partir de la siguiente problemática (en términos descritos por el destacado profesor español Gaspar Ariño)⁵⁸:

- a. La conclusión de que los mercados de servicios públicos son mercados incompletos o imperfectos, donde junto a segmentos competitivos, existen segmentos de la industria en los que no hay competencia sino en muchos, casos monopolios naturales o monopolios multiproducto.
- b. La experiencia mostró la necesidad de introducir competencia en los servicios públicos, conjuntamente con la aplicación de un principio subsidiario de la acción estatal en cuanto a su rol prestacional y dejar que los privados asuman la prestación y formen los mercados, incentivando la competencia.
- c. La necesidad de descartar la idea de la titularidad estatal: lo que importa es garantizar la prestación eficiente del servicio.
- d. Aplicar fórmulas de desintegración vertical de los mercados, segmentar ámbitos competitivos, separándolos de los que no lo son.

⁵⁷ Sobre el tema, véase, SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

⁵⁸ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 1. ed. Lima: ARA Editores, 2004.

- e. Justificar intervenciones regulatorias únicamente por la existencia de fallas de mercado *concretas y aplicables a segmentos específicos de las industrias*: Asimetrías informativas, externalidades, internalidades, barreras de acceso.
- f. Quiebra del Estado de Bienestar e introducción de medidas de desregulación, liberalización y de eliminación de reservas de actividades económicas para el Estado.
- g. Deficiencia de las empresas públicas prestadoras de los servicios públicos.

En este contexto, para Gaspar Ariño, la apertura de los servicios públicos tradicionales a la competencia y a las leyes de mercado se caracteriza por las siguientes notas⁵⁹:

- a. *La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Se postula identificar las obligaciones o cargas de servicio público dentro de cada actividad*⁶⁰.
- b. *El abandono del concepto de reserva o titularidad de la actividad a favor del Estado.- Mediante la *depublicatio* de la actividad que pasa a ser considerada una actividad privada de interés general, sujeta a regulación estatal, pero derogando el monopolio o reserva legal de prestación a favor del Estado, con lo cual decae el uso del concepto de publicatio*⁶¹.
- c. *Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva, por un régimen abierto, en cuanto a la entrada al sector, bajo régimen de autorización cuando sea posible, o de concesiones regladas*⁶².
- d. *Se establecen obligaciones de “servicio universal” mediante la garantía de determinadas prestaciones que se consideran esenciales con una calidad determinada, para todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible*⁶³.

⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid: Ediciones Lustel, 2009. p. 722-743; 744-776.

⁶⁰ Sobre el tema de las obligaciones de servicio público (y su subdivisión en obligaciones generales y especiales), véase, FERNANDEZ GARCIA, María Yolanda. Estatuto... *Op. Cit.* p. 499 y ss.

⁶¹ Cfr. La correcta utilización de este término que hace el profesor BACA ONETO, Víctor. Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009. p. 359-392.

⁶² Esto último es lo que ha pasado en Perú, en los marcos sectoriales se pasó de un modelo basado en concesiones discrecionales a un modelo de concesiones regladas y contenido determinado previamente por la normativa sectorial.

⁶³ Sobre el tema, CARLON RUIZ, Matilde: Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO: *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos... *Op. Cit.* Pá CARLON RUIZ, Matilde: Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José. (Coords.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Madrid: Fundamentos e Instituciones de la Regulación - Lustel, 2009. p. 463-535. En el Perú, véase, con provecho: CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto; SOLAR, Guelly. *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones*. Arequipa: Editorial Adrus, 2010.

En tal sentido, serán características del “nuevo” servicio público, en un resumen teórico que se alimenta de la construcción formulada por el citado profesor español Gaspar ARIÑO las siguientes⁶⁴:

1. Se trata de una actividad industrial / económica que se someta a un régimen jurídico especial que *garantice* su prestación efectiva e ininterrumpida.
2. La titularidad estatal no es dato esencial. Puede serlo o no, pero el Estado tiene que procurar mediante su poder regulador que el prestador cumpla con las *obligaciones de servicio público*, las cuales están enfocadas a garantizar el cumplimiento de las viejas y clásicas pero vigentes “leyes de Roland”.
3. Los marcos legales establecen la segmentación jurídica y empresarial de las actividades económicas integrantes del servicio en: a) competitivas (aplicación de la regulación para la competencia) y b) no competitivas (regulación sustitutiva de la competencia). La *intervención regulatoria de tipo sustitutivo* se justifica únicamente en los segmentos no competitivos, en los demás segmentos se habla de regulación *para la competencia* y llegando al caso, sólo aplicación del régimen general de competencia (como sucede actualmente en algunos segmentos o servicios en las telecomunicaciones).
4. En materia de retribución del prestador por el servicio brindado, se aplicarán precios libres como regla general, tarifas reguladas como excepción.
5. El modelo de regulación que se asume es el denominado “*regulación para la competencia*”, que no la frene.
6. Abandono de las ideas de reserva estatal y monopolio en el servicio, lo cual implica descartar el concepto jurídico de la *publicatio* al menos en nuestro régimen legal.
7. El título para la prestación es la concesión, aún cuando adecuada a las nuevas realidades normativas, bajo la impronta de la desregulación, la privatización y la introducción de competencia entre los operadores de los distintos segmentos de los servicios.
8. Introducción de las ideas de “obligaciones de servicio público”, fundadas en la consecución de objetivos de eficiencia en la prestación del servicio, así como en la idea del servicio universal.

En todo este contexto, luego de haber analizado ampliamente la base constitucional del rol garante del Estado en materia de servicios públicos, corresponde analizar el marco legal vigente de los grandes servicios públicos económicos en nuestro país (electricidad, telecomunicaciones, saneamiento, gas natural y postales) así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de servicios públicos (STC Exp. N° 0034-2004-AI/TC, caso “Medio Pasaje”).

⁶⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 1. ed. Lima: ARA Editores, 2004. p. 611-675.

Revisadas las normas y la doctrina jurisprudencial señalada, podemos encontrar que las mismas permiten confirmar que nuestro ordenamiento sectorial ha adoptado un *concepto objetivo y finalista de servicio público*, abierto a la competencia y a la libre iniciativa privada, y desligado de la titularidad estatal y del concepto de reserva o publicatio, tal como puede apreciarse de las siguientes citas normativas:

- *D. Ley 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas*

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

- a. El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,
- b. La transmisión y distribución de electricidad.

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública”.

- *D.S. 013-93-TCC – TUO de la Ley de Telecomunicaciones*

“Artículo 40.- Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario. Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos”

- *D.S. 042-2005-EM: TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos*

“Artículo 79.- La distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público.

El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera”.

- *Ley 26338: Ley General de Servicios de Saneamiento*

“Artículo 3.- Declárese a los Servicios de Saneamiento (constituidos por la prestación regular de: servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural – art. 2 Ley 26338) como servicios de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional, cuya finalidad es proteger la salud de la población y el ambiente”.

- *Decreto Legislativo 685: Normas del servicio postal.*

“Artículo 2.- Declárase al servicio postal de necesidad y utilidad públicas y de preferente interés social. Su fomento y control corresponde al Estado”

Resulta clarísimo: en el proceso de definición de qué es servicio público para cada ordenamiento sectorial, nuestra legislación define de manera objetiva qué prestaciones o qué actividades económicas estarán sometidas al régimen jurídico especial y finalístico del servicio público, sin importar en dicha definición si tales actividades están sometidas o no a la titularidad estatal o privada. Por el contrario, se reafirma la prestación privada, mediante la

regulación de un régimen de concesiones regladas o títulos habilitantes predecibles para el acceso a la prestación de tales servicios.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la STC citada, Exp. N° 0034-2004-AI (Caso “Medio Pasaje”), también es explícita al recoger las ideas del régimen jurídico objetivo y finalístico del servicio público en los siguientes párrafos:

37. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto.

Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares.

39. (...) En ese sentido mientras una actividad económica pueda ser realizada por un particular, el Estado debe respetar su libertad de actuación y determinación económica; contrariamente, - y dado que el fin último es fomentar la competencia-, cuando la oferta privada resulte inexistente o cuando existiendo sea insuficiente, es evidente que no sólo esta habilitado a intervenir reconstruyendo el mercado, sino que tal intervención resulta imperiosa ante los riesgos que una situación como esta produciría en la población. Este es el caso de muchos de los servicios públicos calificados por la legislación y que responden al tipo de monopolios naturales, en cuyo caso, el Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible.

40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es sólo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención.

De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.*
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.*
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.*

d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

41. Resulta relevante tomar en cuenta que hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado.

42. Por ello, aun cuando el Estado –en ejercicio de su libre configuración política–, haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población.

Tal como puede apreciarse, notoriamente en todos los casos, tanto a nivel jurisprudencial como de los marcos legales de los grandes servicios públicos económicos nacionales, nuestro ordenamiento jurídico-administrativo ha adoptado un modelo de servicios públicos (al menos en lo que se refiere a los de alcance nacional) desligado de la titularidad estatal, y de la reserva prestacional a favor del Estado o *publicatio* que tanto se afirma como integrante del concepto de servicio público en la doctrina clásica europea (francesa y española) del derecho administrativo. Por el contrario, *bajo abierta influencia de los marcos regulatorios de modelos inspirados en las experiencias norteamericana (public utilities) y comunitaria (servicios de interés económico general), el Perú ha asumido un concepto objetivo y finalístico de servicio público, como actividades declaradas formalmente como tales por el legislador, el cual las somete a un régimen jurídico de derecho público y de contenido eminentemente regulador, a fin de que se cumplan los principios jurídicos de base de la prestación de estos servicios.*

De esta manera, ofrecemos nuestro concepto constitucional, jurídico-público para la materia que nos ocupa: *los servicios públicos económicos en sentido estricto y objetivo, serán actividades económicas de base privada o entregadas en todo caso a la iniciativa privada, sujetas a regulación económica implementada por el Estado, en orden a cumplir con los objetivos del marco legal del servicio, sin importar si es el Estado por medio de una empresa pública quien lo presta, o de lo contrario, si es que estamos frente a un prestador privado del servicio, con la condición de que se cumpla efectivamente con las diversas normas sectoriales que reflejan las viejas leyes de Roland de la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad en la prestación, en orden a satisfacer necesidades básicas o esenciales de la sociedad en conjunto, y permitir el desarrollo del conjunto de los servicios y actividades económicas que se montan sobre la infraestructura social levantada*

*por medio de los grandes servicios públicos*⁶⁵. Es decir, que se cumplan con los fines de garantía prestacional establecidos por el Estado como base para la existencia de una infraestructura social que permita el desarrollo de las personas en comunidad, rol integrador y superador de las desigualdades que permite sustentar constitucionalmente la existencia del servicio público, desde un punto de vista jurídico.

Conviene citar a Esteve Pardo, quien nos describe en qué consiste este rol “garante” del Estado, y con respecto a quién o quiénes se ejerce⁶⁶:

b. El nuevo concepto marco del Estado garante

Esa actividad tiene así un marcado componente garantista, pero no se trata ya del garantismo tradicional que marcó la construcción misma del Derecho administrativo por el que se dota a los particulares de un completo cuadro de garantías frente a los poderes de la Administración y su ejercicio.

La actividad de regulación responde así a un nuevo garantismo: el de los intereses generales frente a la actividad de unas empresas privadas que operan en régimen de mercado y competencia en unos sectores de una relevancia fundamental para la sociedad y los ciudadanos.

Este garantismo característico de la regulación viene a insertarse en un nuevo concepto de Estado de reciente elaboración: el Estado garante (Gewahleistungstaat en Alemania donde esta concepción está ya muy arraigada), un Estado cuyo objetivo no es prestar directamente, o mediante concesionarios bajo la dirección de la Administración, toda una serie de servicios – objetivo prioritario éste del llamado Estado prestacional, Administración Prestacional (Leistungsverwaltung)-, sino garantizar que esas prestaciones básicas se producen de acuerdo con unos principios que garantizan la igualdad de acceso y la atención a los intereses generales cuando son empresas privadas, sin ningún vínculo con la Administración, las que en régimen de mercado y libre competencia ofrecen esas prestaciones.

c. Independencia subjetiva de la regulación.

Pero no sólo se trata de garantizar los intereses generales frente a unos operadores privados que actúan con parámetros de mercado. La regulación debe también guardar distancias frente a los gobiernos y las Administraciones Públicas para evitar dicha promiscuidad e interferencia de objetivos políticos y otros de carácter partidista y electoralista que se han detectado e identificado como una de las causas principales de las disfunciones y crisis del régimen tradicional de los servicios públicos bajo titularidad pública.

⁶⁵ Definición que se inspira especialmente en el trabajo de CANALS I AMETLLER, Dolors: Principios, reglas y garantías... *Op. Cit.* p. 127-155. Asimismo, las enseñanzas previas de ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁶⁶ ESTEVE PARDO, José: Lecciones... *Op. Cit.* p. 464-465. Antes, ya, en ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013. Ahora, en ESTEVE PARDO, José: *La Administración Garante...* *Op. Cit.* p. 11-39.

Por ello el poder de regulación requiere de una posición independiente y distante, tanto de los operadores privados como del gobierno y de las Administraciones. De ahí la relevancia del elemento subjetivo de la regulación que necesita de instancias, autoridades o agencias independientes en donde ejercerla”.

En tal sentido, conviene recordar: los fines permanecen mientras que los medios o la prestación cambia de mano pública hacia mano privada. Pero ello no implica desconocer ni el rol regulador del Estado ni tampoco la eficacia de sus poderes públicos dirigidos hacia el aseguramiento de la prestación y el equilibrio de los intereses privados de los prestadores respecto de los intereses generales.

Asimismo, cabe señalar que por más que se diga lo contrario, el concepto de “regulación económica” no suplanta o sustituye al de servicio público⁶⁷. Por el contrario, el servicio público es un concepto jurídico, finalista, propio del derecho administrativo, que busca explicar una de las finalidades del Estado, la cual es garantizar la existencia de un sistema de prestaciones o actividades económicas prestacionales básicas o primarias, que permitan el funcionamiento normal de las actividades de los demás sectores de la economía y que además estén dirigidas a obtener el bienestar de la Nación y sus habitantes (ex. Art. 44º de la Constitución), lo que nos remite a la idea de la esencialidad de los servicios públicos, concepto jurídico que expresa el rol de “infraestructura social” que desarrollan los grandes servicios públicos económicos.

Piénsese por ejemplo en el régimen jurídico de la electricidad o de las telecomunicaciones, servicios públicos esenciales que deben existir para que funcionen las industrias y negocios privados (las cuales no funcionan sin electricidad) o por ejemplo toda la pléyade de servicios de la sociedad de la información, que se transmiten a través de los servicios portadores, calificados como públicos, de telecomunicaciones. La economía nacional funciona gracias a estos servicios básicos o esenciales, calificados por el legislador sectorial como servicios públicos, que deben ser prestados, por su *esencialidad*, bajo condiciones reguladas por el derecho administrativo, que permita cumplir con las notas básicas de su régimen de prestación, nuevamente, insistiendo, en las famosas “*lois de Rolland*”. Asimismo, hay que desechar, descartar por completo, la visión economicista que señala que los servicios públicos son meramente “actividades sin competencia o monopolios naturales”, esta situación sólo describe la realidad económica de las industrias que tienen la condición jurídica de servicios públicos, pero eso no suplanta la finalidad de la intervención administrativa.

El Estado, ya lo hemos dicho, interviene con sus herramientas y técnicas jurídico-administrativas sobre los servicios públicos económicos para garantizar su prestación obligatoria, regular, continua, etc. Por lo demás, la regulación económica es un concepto instrumental, que sirve para describir un conjunto de herramientas y técnicas novedosas de

⁶⁷ Señala el maestro CASSAGNE: “No hay que confundir la regulación económica con el servicio público. En rigor, el servicio público como síntesis de una actividad prestacional que satisface necesidades primordiales de los habitantes, constituye el objeto de la regulación económica”. En: CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Santiago de Chile, n. 12, p. 1-16, 2004.

ordenación jurídica (y económica) de los sectores calificados como servicios públicos, de tal manera que la “regulación” es un concepto descriptivo que engloba a los instrumentos con los cuales el Estado asegura los fines propios del régimen de los servicios públicos.

De esta manera, el concepto de servicio público económico antecede y prima sobre el concepto de la regulación, el concepto de servicio público es jurídico y finalista, y no puede ser sustituido ni descartado por el de “regulación económica”. Por último, la idea de servicio público, modernamente considerada, ya no implica “monopolio legal”, “reserva prestacional a favor del Estado”, “empresa pública”, o “tradición francesa”, sino que refleja, dentro del rol subsidiario del Estado, un concepto matriz de la intervención del Estado en la economía, que se dirige a garantizar la existencia de una “garantía prestacional” sobre dichas actividades económicas esenciales, con apertura a la competencia⁶⁸, con fomento de la inversión privada en todos sus niveles, con entendimiento de las nuevas ideas de la “regulación para la competencia” o *regulatory antitrust*, entre otras nuevas lindezas de influencia anglosajona que están avanzando imparables dentro del derecho administrativo moderno, al menos en lo que se refiere al derecho administrativo económico⁶⁹, circunstancia a la cual hay que darle la bienvenida, pero que ello no signifique adoptar actitudes tráfugas o de abandono del derecho administrativo.

Creo yo que, si ni siquiera Gaspar Ariño, administrativista de fuste⁷⁰, liberal confeso y quien en lengua española, es tal vez el mayor exponente de la doctrina en materia de servicios públicos, ha insinuado siquiera prescindir o promover la sustitución del concepto del servicio público (a lo sumo ha señalado que existe una nueva idea o un “nuevo servicio público” pero que ni siquiera ha afirmado sustituirlo por “la regulación económica”), entonces se hace evidente que carece completamente de sentido que por el mero capricho de aquellos que no entienden o ni siquiera hacen un esfuerzo por entender las instituciones del derecho administrativo, vayamos a tener que borrar de un plumazo o un nuevo “descubrimiento de la pólvora”, la historia, la fuerza y el peso de una institución fundamental de nuestra disciplina, la cual se entiende solamente en la evolución histórica, jurídica y económica de la misma. Además, no creo que la obra de estudiosos franceses, alemanes y europeos, quienes han teorizado sobre el tema por más de ciento cincuenta años, implique que hayan perdido su tiempo estudiando una institución que “*solamente describe actividades de monopolio natural o donde no hay competencia*”, afirmación por lo demás, temeraria, irresponsable y formulada desde la ignorancia del Derecho Administrativo, y sus instituciones.

⁶⁸ Sobre el tema, insistimos, SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. *in totum*.

⁶⁹ Tema que ya hemos analizado en HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, v. 20, n. 40, p. 302-344, 2010.

⁷⁰ Quien no solamente ha escrito de servicios públicos, sino también de contratos administrativos, organización administrativa, derecho de aguas y de la energía, entre otras materias.

Por lo demás, la competencia, la eficiencia y el “mercado” no son instituciones o becerros de oro a los cuales hay que adorar y adorar sin reparar en sus defectos o fallas. Claro que las tienen, y tampoco son fines en sí mismos. En materia de servicios públicos económicos los fines están dados: son fines públicos, el bienestar de la colectividad y la cohesión e integración social. Los medios, serán privados o eventualmente públicos, y a estos medios se les aplicarán las técnicas de la competencia, la eficiencia, y la regulación económica, pero estas últimas jamás sustituirán a los fines, siendo meros instrumentos de naturaleza contingente.

Sobre esto último hay que hacer hincapié: las instituciones del Derecho Administrativo pueden ser contingentes, su definición puede ser problemática, pero se trata de retos interesantes, de enfrentamientos intelectuales que merecen la pena. Lo que no podemos hacer es sustituir las técnicas jurídicas por materias o técnicas económicas, y pretender que estas ciencias no exactas nos hagan olvidar nuestra pertenencia como abogados y juristas a un sistema jurídico de derecho público.

6. El Tema Puntual de los Servicios Públicos Locales: el Rezago de la Visión Subjetiva del Servicio Público

Debemos reconocer que la teoría tratada explica muy bien a nuestro criterio, la problemática de los servicios públicos económicos e inclusive el tema de su relación con los servicios públicos sociales. Sin embargo, existe un tema que a la fecha no ha sido muy trabajado ni estudiado en nuestro medio, que es el de los servicios públicos locales o de competencia local. La Constitución reconoce su existencia en el artículo 195°, numeral 5), precepto que señala lo siguiente:

Artículo 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

Bajo este régimen constitucional, los servicios públicos de competencia local son los siguientes, y se encuentran establecidos como tales en el numeral 2) del artículo 73° de la Ley Orgánica de Municipalidades (“LOM”):

2. Servicios públicos locales

2.1 Saneamiento ambiental, salubridad y salud.

2.2. Tránsito, circulación y transporte público.

- 2.3. *Educación, cultura, deporte y recreación.*
- 2.4. *Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.*
- 2.5. *Seguridad ciudadana.*
- 2.6. *Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.*
- 2.7. *Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.*
- 2.8. *Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.*
- 2.9. *Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.*
- 2.10 *Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.*⁷¹

Precisamente, existe un reparto competencial entre las Municipalidades Provinciales y Locales conforme a la LOM (art. 79° y siguientes), la cual establece responsabilidades en cada ámbito (provincial y distrital) en materia de tales servicios públicos.

Ahora bien, lo que interesa es que en realidad, en el ámbito de los servicios locales, si existe una reserva prestacional a favor de las Municipalidades, toda vez que la propia LOM establece que estos servicios son de responsabilidad de tales instancias de gobierno, con lo cual podría afirmarse que existe una reserva prestacional, en el sentido de “*publicatio*” a favor de los gobiernos locales, quienes inclusive prestan varios de estos servicios en forma directa, percibiendo retribución a través de los arbitrios. Este tema, debería ser estudiado con atención porque son los servicios públicos más cercanos a los ciudadanos y además también tienen una importancia central en materia local. Sin embargo a la fecha no han merecido un estudio atento por parte de la doctrina.

Con todo, lo que interesa aquí es aclarar que la teoría y la legislación que sustentan la idea de lo aquí dicho sobre los grandes servicios públicos nacionales económicos difiere de la idea y la legislación en materia de servicios locales. Precisamente, porque estos últimos tienen un régimen legal basado en la idea de la responsabilidad prestacional a cargo de los gobiernos locales y la existencia de una verdadera *publicatio* y titularidad de tales servicios a cargo de los municipios.

En tal sentido, cuando el numeral 2) del artículo 73° de la LOM hace referencia a los servicios públicos locales, en realidad se está refiriendo a verdaderas actividades prestacionales o administrativas de los Municipios, y no tanto a servicios públicos económicos en mano local.

Por tanto, creo que el tema de los servicios públicos locales, no está tan vinculado a la teoría que se pueda trabajar sobre servicios económicos, aun cuando se les puede aplicar

⁷¹ Cláusula de residualidad a favor de la competencia prestacional de los Gobiernos Locales, regulada en el art. 87° de la Ley Orgánica de Municipalidades.

las técnicas concesionales y asimismo, la colaboración público-privada. Sin duda, se trata de un tema que merece una mayor atención y un mayor desarrollo en las futuras líneas que desarrollaremos sobre la materia.

7. Reflexiones conclusivas

Cabe concluir estos apuntes jurídico-administrativos, señalando que el análisis del marco constitucional, la doctrina y teoría jurídica, así como la jurisprudencia y la legislación sectorial nacional, permite darnos cuenta de que en nuestro país, al menos para el ámbito de los servicios públicos económicos y desde la Constitución de 1993 (y antes, desde el Decreto Legislativo 757 y la legislación sectorial modernizada de los grandes servicios públicos), se ha prescindido del “concepto subjetivo” del servicio público como una actividad administrativa, y en realidad *tenemos un concepto objetivo, más técnico, más acercado a la realidad del ssp como régimen jurídico de derecho público que materializa la intervención estatal en ciertas actividades económicas vitales para la vida en sociedad, intervención que se hace con la finalidad de garantizar el bienestar de la población y la cohesión e integración de la sociedad*. En suma, tenemos un concepto jurídico finalista y objetivo del servicio público en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a pesar de haber formulado un concepto jurídico depurado y consistente del servicio público, no deben dejarse de recordar las enseñanzas de don Gaspar Ariño respecto del mismo:

*Es éste un trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos tener finalmente, definido y configurado el concepto de “servicio público”, cambia radicalmente el marco socio-político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un sub-producto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. El Derecho Administrativo y sus normas no pueden elaborarse, como el Derecho Civil, con un sistema cerrado de conceptos, de contenido racional y permanente, pues su mismo objeto – la Administración y sus instituciones – son esencialmente contingentes y, por tanto, en alguna medida “irracionales”. Irracionales desde el punto de vista de la lógica formal, pero no desde el punto de vista de la experiencia y la constatación histórica que es un modo de lógica material sobre la que esencialmente se basa el Derecho Público. Por ello decía el juez Holmes que en las Ciencias Sociales y en el Derecho Público, una página de historia vale más que un volumen de lógica. ¡Qué gran verdad!*⁷²

En tal sentido, cabe afirmar, luego del análisis realizado, que, en este tiempo y bajo estas circunstancias (que lamentablemente, no son inmutables), lo siguiente:

- Los servicios públicos económicos en nuestro ordenamiento jurídico son siempre calificados como de utilidad pública, necesidad pública o interés nacional.

⁷² ARIÑO, Gaspar. Principios... *Op. Cit.* p. 614.

- Bajo el principio de subsidiariedad hay que distinguir entre actividades prestacionales (servicios públicos sociales) y actividades de garantía estatal (servicio público económico). En este último régimen, el Estado ya no presta directamente, sino que “hacen que se presten” los servicios públicos económicos vía la participación privada, sea a través de concesiones o asociaciones público-privadas. Sólo cuando no es posible incentivar a la inversión privada, será posible recurrir como extrema y ultima ratio a la empresa pública, en materia de servicios públicos económicos.
- Los servicios públicos económicos no son ya de titularidad estatal, sino que son actividades garantizadas por la intervención estatal, que controla su prestación, a título de “garante” del servicio.
- Los servicios públicos económicos son declarados como tales por el legislador, que dispone la aplicación de su régimen jurídico a actividades económicas calificadas como relevantes para la colectividad y su bienestar.
- Los servicios públicos económicos sean prestados por agentes privados o empresas públicas, se prestan bajo un régimen especial de derecho público que garantice su regularidad, continuidad, y universalidad, pero abiertos a la competencia y a la inversión privada.
- El título habilitante en los servicios públicos económicos, pese a la desregulación, continúa siendo la concesión, pero de carácter reglado, y esencialmente que opera como un título habilitante para estabilizar las relaciones jurídicas entre los concesionarios y la Administración responsable o garante del servicio. En todo caso, prima la libertad de empresa.
- Las reglas jurídico-públicas de prestación del servicio público económico no implican que no exista libertad de empresa. Por el contrario, la regulación económica, debe buscar equilibrar la consecución de los objetivos del servicio, y la libertad de empresa de los prestadores.
- La regulación de los servicios públicos económicos busca favorecer la competencia donde sea posible.

De tal manera que, aún cuando existan servicios públicos de alcance nacional (divididos a su vez en económicos y sociales) y de alcance local en nuestro ordenamiento jurídico (clasificación dada por el reparto competencial existente en nuestro país producto de la descentralización) lo cierto es que las notas características de la legislación sectorial en nuestro país, nos permiten construir un concepto jurídico genérico del servicio público económico para comprender dentro de él realidades disímiles, hermanadas bajo la idea finalista del servicio público, y del rol de garantía prestacional y el deber de regulación que asume el Estado respecto de tales actividades económicas, necesarias para la construcción de una sociedad mejor, más justa, fraterna e igualitaria, donde todos sean iguales bajo servicios públicos económicos de calidad.

8. Referencias

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: GEN – Editora Forense, 2012.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 10. ed. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2011.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General. Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*. Navarra: Thomson – Aranzadi, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La Empresa Pública. In: GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.). *El modelo económico en la Constitución española*. V. 2. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid: Ediciones Iustel, 2009.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. 1. ed. Lima: ARA Editores, 2004.
- BACA ONETO, Víctor. Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009.
- BARTOLOME NAVARRO, José Luis. El planteamiento de los “servicios públicos” como “servicios de interés general” en la Unión Europea. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009.
- BETANCOR, Andrés. *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Navarra: Editorial Civitas – Thomson Reuters, 2010.
- BIANCHI, Alberto. *La regulación económica*. Tomo I. Buenos Aires: Ábaco, 2002.
- BIANCHI, Alberto. Prólogo. In: MARTINEZ DE VEDIA, Rodolfo. *La organización en la regulación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- BIANCHI, Alberto. Una noción restringida de servicio público (Aportes para su cuarta etapa). *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, v. 15, n. 53, p. 299-349, 2005.
- BULLINGER, Martín. El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 56, n. 166, p. 29-49, ene./abr. 2005.
- CAIRAMPOMA ARROYO, Alberto; SOLAR, Guelly. *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones: el caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones*. Arequipa: Editorial Adrus, 2010.
- CANALS I AMETLLER, Dolors. Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general: el caso emblemático del sector de comunicaciones electrónicas. *Revista Española de Derecho Administrativo*. v. 40, v. 158, p. 127-155, abr./jun. 2013.
- CARLON RUIZ, Matilde. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Madrid: Thomson – Civitas, 2007.
- CARLON RUIZ, Matilde. Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José. (Coords.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Madrid: Fundamentos e Instituciones de la Regulación - Iustel, 2009.
- CASSAGNE Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Tomo II. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2011.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Santiago de Chile, n. 12, p. 1-16, 2004.
- CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo. Historia y futuro*. Madrid: INAP – Global Law Press, 2014.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge. El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana. *Revista THEMIS*. Lima, v. 44, n. 55, p. 255-264, 2008.

DIEZ-PICAZO, Luis María. Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José. (Coords.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel, 2009.

DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional... apud SENDIN GARCIA, Miguel Ángel. Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Editorial Comares, 2003.

ESTEVE PARDO, José. *El Estado Garante. Idea y realidad*. Madrid: INAP, 2015.

ESTEVE PARDO, José. La Administración Garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 66, n. 197, p. 11-39, may./ago. 2015.

ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ESTEVE PARDO, José. La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel, 2009.

ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ESTEVE PARDO, José. Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general. In: REBOLLO PUIG, Manuel (Org.). *La Regulación Económica. En especial, la Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel – Universidad de Córdoba, 2012.

FERNANDEZ GARCIA, María Yolanda. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Buenos Aires/Madrid: Ediciones Ciudad Argentina/INAP, 2003.

GUZMÁN NAPURI, Christian. Las teorías existentes sobre el servicio público. *Revista Foro Jurídico*. Lima, v. 1, n. 1, p. 75-86, 2002.

HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*. 2. ed. Lima: ARA Editores, 2013.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, v. 11, n. 5. 2008.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la "Regulación". *Revista Ius et Veritas*. Lima, v. 20, n. 40, p. 302-344, 2010.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de interés económico general*. Navarra: Civitas - Thomson Reuters, 2009.

MALARET, Elisenda. Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 47, n. 145, p. 49-87, ene./abr. 1998.

MARTIN REBOLLO, Luis. De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 34, n. 100-102 (3), p. 2471-2542, 1983.

MARTINEZ LÓPEZ MUÑIZ José Luis. El sector eléctrico en España. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. Madrid, v. 12, n. 4, p. 313-372, 1991.

MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. El Principio de Subsidiariedad. In: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Org.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley – Wolters Kluwers, 2010.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. La *publicatio* de recursos y servicios. In: COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord.). *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.

MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. Nuevo sistema conceptual. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, n. 3, p. 133-152, 1999.

MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Trad. Gabriel Domenech. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MEILÁN GIL José Luis. El servicio público en el contexto constitucional y comunitario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. La Coruña, n. 9, p. 527-542, 2005.

MODERNE, Franck. *Principios generales del derecho público*. Trad. Alejandro Vergara Blanco. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte geral)*. São Paulo: SBDP – Malheiros Editores, 2010.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. La actividad administrativa. Madrid: Ediciones Iustel, 2011.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Servicio Público y Mercado*. v. 1. Los Fundamentos. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, Madrid, 2009.

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre las Transformaciones del Derecho Público de Leon Duguit. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 54, n. 190, p. 61-100, ene./abr. 2013.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La Administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Tercera edición. Madrid: Ediciones Iustel, 2015.

SARMENTO, Daniel. La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica*. Tomo I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SENDIN GARCIA, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Editorial Comares, 2003.

SOUVIRÓN MORENILLA José María. *La actividad de la Administración y el servicio público*. Granada: Editorial Comares, 1998.

VIGNOLO CUEVA, Orlando. El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano. In: VIGNOLO CUEVA, Orlando (Coord.). *Teoría de los Servicios Públicos*. Lima: Editorial Grijley, 2009.

VILLAR PALASI José Luis. *La intervención administrativa en la industria*. Tomo Primero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.

VILLAR PALASÍ, José Luis. Prólogo. In: MEILÁN GIL, José Luis. *La cláusula de progreso en los servicios públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Editorial Palestra, 2005.

DIREITO FUNDAMENTAL AO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E CAPACIDADE ECONÔMICA DO CIDADÃO: REPENSANDO A UNIVERSALIDADE DO ACESSO À LUZ DA IGUALDADE MATERIAL

DANIEL WUNDER HACHEM*

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A noção jurídico-constitucional de serviço público no Direito brasileiro contemporâneo; 3. O direito fundamental ao serviço público adequado na Constituição de 1988: fundamentação teórica, conteúdo jurídico e consequências práticas; 3.1. O serviço público como direito *fundamental*: enquadramento constitucional e efeitos jurídicos decorrentes; 3.2. Conteúdo jurídico do direito fundamental ao serviço público *adequado*; 4. O princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos: capacidade econômica do cidadão e tutela administrativa igualitária dos direitos fundamentais sociais; 4.1. Igualdade material e a universalidade da titularidade dos direitos fundamentais sociais como *ponto de chegada* (e não como *ponto de partida*); 4.2. A universalidade de acesso aos serviços públicos de saúde e educação na Constituição brasileira de 1988; 5. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

O serviço público consiste em um dos capítulos mais clássicos, mais controvertidos e mais cambiantes do Direito Administrativo. Seu conceito tem se transformado ao longo dos anos, adquirindo sentidos diferentes em cada momento histórico e em cada ordenamento jurídico. Nem mesmo delimitando-se os aspectos temporal e espacial é possível encontrar uma acepção unívoca: num mesmo Estado, no mesmo instante, haverá tantos conceitos de serviço público quanto forem os autores que sobre ele vierem a dissertar. Por isso, renuncia-se aqui à sedutora tentativa de esmiuçar a rica literatura jurídica que enfrentou a temática

* Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro fundador e Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo. Diretor Acadêmico do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-Líder do NUPED – Núcleo de Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Advogado.

para o fim de apresentar as origens do instituto, as suas modificações conceituais,¹ as variadas significações por ele assumidas nos diversos sistemas normativos e no pensamento dos múltiplos juristas que se debruçaram sobre o assunto.² O propósito deste artigo é muito mais modesto: analisar a fundamentação e o conteúdo jurídico do direito fundamental ao serviço público adequado para, em seguida, repensar um dos traços que lhe caracteriza – o princípio da universalidade do acesso – à luz da capacidade econômica dos cidadãos e do princípio constitucional da igualdade material.

A *universalidade do acesso* consiste em um dos princípios cardeais que compõe o regime jurídico dos serviços públicos. Ele determina que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos.

Nesse aspecto, o tema não suscita maiores polêmicas. Questão mais espinhosa é saber se esse acesso *universal* admite tratamentos diferenciados pelo ente prestador, que levem em conta as condições econômicas distintas de cada indivíduo que pretenda fruir dos serviços. A controvérsia que se buscará discutir é se o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* se destina a atender à igualdade *formal* (todos têm idêntico acesso independentemente de suas diferenças fáticas) ou *material* (critérios discriminatórios de acesso podem ser aplicados conforme as distinções existentes no mundo dos fatos). Em outras palavras: seria essa *universalidade do acesso* um ponto de partida (desde o início todos possuem igual acesso) ou um ponto de chegada (garante-se que ao final todos terão acedido aos bens econômicos objeto do serviço)?

O enfrentamento do tema será dividido em três itens: **(2)** a identificação da *noção jurídica* de serviço público na Constituição brasileira de 1988; **(3)** a fundamentação normativa e o conteúdo jurídico do *direito fundamental ao serviço público adequado*; **(4)** a análise da ideia de *universalidade do acesso aos serviços públicos* sob o influxo do princípio da igualdade material e da capacidade econômica do cidadão.

2. A noção jurídico-constitucional de serviço público no Direito brasileiro contemporâneo

Não há disposição específica no ordenamento jurídico pátrio que defina textualmente o que vem a ser *serviço público*. A explicação sobre o significado dessa atividade desenvolvida pelo Estado pode ser realizada a partir da conjugação de seus aspectos *materiais*

¹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 511-552.

² Para uma perspectiva aprofundada e geral sobre a temática, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

(traços intrínsecos à própria atividade) e *jurídicos* (regime de princípios e regras sobre ela incidentes). A partir do ponto de vista *material*, os serviços públicos consistem em espécie de atividade econômica em sentido amplo. Esta se caracteriza pela produção, circulação e comercialização de bens e serviços de natureza *econômica*, isto é, de “objetos relativamente escassos, suscetíveis de posse e que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação de necessidades humanas”.³ São marcados notadamente pela sua utilidade (satisfazem necessidades do ser humano) e escassez (não se encontram na natureza em abundância e facilmente sujeitos à apropriação).⁴ Atividades como os serviços de educação, saúde, transporte, fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, entre tantas outras são peculiarizadas por essas notas. Independentemente de quem esteja autorizado a prestá-las (Estado ou sujeitos privados) e sob qual regime jurídico (mais ou menos benéfico ao destinatário), são serviços que envolvem bens escassos e úteis, e, portanto, representam atividade de caráter econômico.⁵

Sob tal perspectiva – *material* – é possível afirmar que o gênero “atividades econômicas em sentido amplo” engloba como espécies tanto os *serviços públicos* quanto as *atividades econômicas em sentido estrito*.⁶ São os aspectos *jurídicos* de cada uma delas, vale dizer, a forma como o Direito as disciplina, que permitem distinguir uma da outra, pois a partir dessa perspectiva elas se diferem expressivamente.⁷ A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 173, *caput*, que a exploração direta das atividades econômicas (em sentido estrito) está reservada à iniciativa privada, de modo que o seu desenvolvimento não constitui tarefa típica do Estado, sendo-lhe permitido realizá-las somente em hipóteses excepcionais.⁸ Quando são exploradas pelos particulares, são atividades regidas pelo conjunto de princípios e regras próprios do Direito Privado; quando empreendidas, excepcionalmente, pelo Estado, tal regime será parcialmente derogado por normas de Direito Público.

³ GASTALDI, José Pretelli. *Elementos de economia política*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 130 *et seq.*

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

⁷ Ricardo Marcondes Martins discorda da classificação que considera o serviço público uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, apresentando três fundamentos para embasar sua divergência. Os três são de ordem *jurídica*, não *material*: sustenta a incompatibilidade da atividade de “serviço público” com três princípios regentes das atividades econômicas (livre concorrência, propriedade privada e defesa do consumidor). Ocorre que o *regime jurídico* incidente – argumento sobre o qual se apoia o autor para distinguir “serviço público” de “atividade econômica” – é justamente o critério que *diferencia* essas duas modalidades de atividade econômica *lato sensu*. O que as assemelha, tornando-as espécies do mesmo gênero, é o seu *objeto*: produção e circulação de bens econômicos (escassos, úteis e tendentes à satisfação de necessidades humanas). Os princípios que as regem constituem, de fato, o fator que as diferencia completamente. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197-198.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “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”.

Já os serviços públicos constituem atividades econômicas *lato sensu* cuja prestação, em virtude de uma decisão estatal consolidada pelo ordenamento jurídico, é considerada atribuição típica do Poder Público, a quem incumbe o dever de garantir que serão oferecidas continuamente à população e sob a incidência de um regime principiológico peculiar de bases juspublicistas. São atividades econômicas (*lato sensu*) como quaisquer outras, que em princípio poderiam ser livremente exploradas pela iniciativa privada sob o regime de mercado, mas que o Estado reputou demasiadamente importantes para a satisfação de relevantes necessidades humanas que seria inadequado correr o risco de que elas deixassem de ser ofertadas pelos particulares ou de que se tornassem inacessíveis a uma parcela da população que delas necessitasse.⁹ Assim, através de normas jurídicas primárias atributivas de deveres-poderes às entidades estatais, o Poder Público dirige à Administração a obrigação de assegurar que tais atividades sejam prestadas permanentemente, estipulando princípios de observância obrigatória sobre elas incidentes para atingir a finalidade de que todos os cidadãos que delas necessitem possam acedê-las de maneira igualitária.

Essa inteligência se deduz do art. 175 da Constituição. O *caput* do dispositivo estabelece que “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”. Em seu parágrafo único, inciso IV, o enunciado determina que “a lei disporá sobre (...) a obrigação de manter serviço adequado”. O que se depreende daí é que: (i) o Estado tem um *dever* de garantir que os serviços públicos serão oferecidos à população, seja mediante a prestação direta por entes estatais, seja através da prestação por particulares pela via dos institutos da concessão ou da permissão; (ii) não se trata de um serviço qualquer, mas de um serviço *adequado*, em conformidade com princípios específicos a serem previstos na ordem jurídica, logicamente com o fito de alcançar a finalidade a que essa atividade se propõe, que é permitir a todos o acesso a esses bens e serviços úteis e escassos (e, portanto, econômicos) mesmo quando eles não estejam disponíveis no mercado.

Perceba-se que a ideia de *exclusividade* da titularidade das atividades que o sistema normativo considera serviços públicos não é um traço que marca a sua definição.¹⁰ É certo que a titularidade da atividade *enquanto serviço público* será exclusiva do Estado, pois se o ordenamento jurídico obrigá-lo a prestá-la ele não poderá se desincumbir de proporcionar a sua oferta contínua sob um regime jurídico especial. Mas casos há em que a Constituição autoriza que aquela mesma atividade que compete ao Estado prestar *na condição de serviço público* seja explorada pela iniciativa privada *na condição de atividade econômica em sentido estrito* (ainda que em tais casos ela seja fortemente regulada pelo Estado e o regime sofra o influxo de alguns princípios de Direito Público). É o que se passa com os serviços de educação, saúde, assistência e previdência, cujo fornecimento obrigatoriamente deverá

⁹ O Poder Público percebe, nas palavras de Augusto Neves Dal Pozzo, que aquela “atividade resulta primordial para a satisfação das necessidades sociais, não sendo possível oferecê-la sob a égide das leis de mercado”. DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117.

¹⁰ A esse respeito, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ser garantido pelo Poder Público, na qualidade de *serviços públicos* e sob o regime jurídico que lhes é inerente, mas cuja exploração está também autorizada pelos particulares, sob o regime próprio das atividades econômicas *stricto sensu* (mas parcialmente derogado por normas juspublicistas) e sob intensa regulação e fiscalização estatal.

Portanto, muito embora em diversas situações – na realidade, na maioria delas – a Constituição proíba a exploração dessas atividades econômicas *lato sensu* pelos particulares sob o regime privado, pois sua prestação incumbe preferencialmente (e, no mais das vezes, exclusivamente) ao Poder Público, não é isso que permite classificá-las como serviço público. Independentemente de tais atividades econômicas *lato sensu* poderem ser desenvolvidas concomitantemente pela iniciativa privada e de geralmente incumbirem com exclusividade ao Poder Público, o que faz delas serviços públicos é a obrigação que a Lei Fundamental faz recair sobre o Estado de manter a sua prestação (seja implementando-as diretamente, seja delegando a sua execução a particulares e fiscalizando-a) e os princípios jurídicos que as regem para assegurar que o objetivo a elas inerente será atendido (torná-las disponíveis a todos os que delas careçam). É disso que se trata a previsão constitucional da obrigação estatal de “manter serviço adequado”: ele deve ser adequado aos fins a que se destina, o que pressupõe a sua submissão a um regime jurídico especial e mais benéfico ao cidadão.

A partir dessas considerações se depreende que o serviço público é composto por três elementos: (i) o *subjetivo*, que consiste na titularidade do Estado, a quem cabe assegurar continuamente a sua prestação, fornecendo-os diretamente ou através de sujeitos privados por via da concessão ou da permissão; (ii) o *material* (ou *objetivo*), que diz respeito ao fato de se tratar de uma atividade de oferecimento de “utilidade ou comodidade material”¹¹ – isto é, de prestações fáticas – e destinada à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, direta ou indiretamente ligadas à garantia e promoção de sua dignidade; (iii) o *formal* (ou *jurídico*), que se refere ao regime jurídico especial ao qual a oferta de tais atividades se submete, composto por princípios e regras de Direito Público, que têm por objetivo garantir a sua prestação adequada, com qualidade e acessibilidade a todos os que deles necessitem.¹²

Desses três componentes, que devem estar sempre reunidos para que se possa considerar a atividade um serviço público, o mais decisivo para caracterizá-la como tal e

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 18.

¹² A formulação aqui apresentada inspira-se no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual “para estar presente um objeto mencionável como serviço público, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*; (b) consistir em atividade *material*; (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade; (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade); (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos*. México: Universidad Autónoma de México, 2005. p. 6-7.

diferenciá-la da maior parte das demais atividades estatais¹³ é o *material*, pois os outros dois são consequências diretas desse.¹⁴ É o fato de a atividade envolver a *prestação de utilidades e comodidades materiais voltadas à satisfação de relevantes necessidades humanas* que gera ao Estado a obrigação de garantir o seu fornecimento permanente (por suas próprias entidades ou por quem lhe faça as vezes) e que faz nascer a necessidade de sujeitá-la a um plexo de normas jurídicas de Direito Público, capaz de proporcionar o seu oferecimento sob condições protetivas ao cidadão.

Nesse ponto se pode identificar a íntima conexão do instituto do serviço público com os direitos fundamentais sociais. Estes últimos são consagrados pelo bloco de constitucionalidade – disposições constitucionais expressas e implícitas e tratados internacionais de direitos humanos – precisamente com o propósito de atender às necessidades elementares das pessoas, resguardando e promovendo a sua dignidade. A satisfação desses direitos depende diretamente de ações estatais orientadas à criação das condições imprescindíveis para tornar real e efetiva a sua fruição pelos indivíduos. Grande parcela dessas condições é composta, justamente, pelas *prestações fáticas* oferecidas pela via dos serviços públicos. Por isso, o serviço público se revela como o principal mecanismo de que dispõe a Administração para a realização dos direitos fundamentais sociais. Para cada um desses direitos – dentre aqueles que têm como principal destinatário a Administração Pública (art. 6º, CF) – o sistema constitucional estipula uma correlativa atividade estatal destinada a oferecer aos cidadãos prestações materiais imprescindíveis à fruição dos bens jurídicos jusfundamentais por eles protegidos.¹⁵ Daí a essencialidade dos serviços públicos para que o Estado logre propiciar às pessoas uma *tutela administrativa efetiva* dos seus direitos fundamentais sociais: a Administração tem o dever de prestar um *serviço público adequado*, ao qual corresponde o direito do cidadão de recebê-lo.

3. O direito fundamental ao serviço público adequado na Constituição de 1988: fundamentação teórica, conteúdo jurídico e consequências práticas

A existência, na ordem constitucional brasileira, de um *direito fundamental ao serviço público adequado* tem sido avalizada pela doutrina nacional. Romeu Felipe Bacellar Filho salienta a necessidade de se “reconhecer, no inciso IV, [do parágrafo único] do art. 175 da Lei Fundamental de 1988, o *direito fundamental ao serviço público adequado*, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”.¹⁶

¹³ *Vg.*, função legislativa, função jurisdicional, funções administrativas de fomento e de ordenação (poder de polícia).

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 735-736.

¹⁵ A correlação entre cada direito fundamental social enunciado no art. 6º da Constituição Federal com os respectivos serviços públicos prestados pelo Estado para atendê-los é realizada por: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176-182.

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad en*

A posição é igualmente afirmada por Adilson Abreu Dallari, ao aduzir que “o direito ao uso dos serviços públicos é um dos direitos fundamentais do cidadão”.¹⁷ A jusfundamentalidade do direito ao serviço público adequado é também defendida por Ana Cláudia Finger,¹⁸ Adriana Schier,¹⁹ Carolina Zancaner Zockun,²⁰ entre outros autores.

Não é difícil concordar com a afirmação de que os serviços públicos constituem um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tampouco é necessário desenvolver grandes fundamentações para demonstrar essa constatação, até porque já há um fortíssimo consenso na doutrina brasileira a propósito dessa relação de instrumentalidade.²¹ Questão distinta, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, é alçar o serviço público *adequado* – ele próprio – à condição de direito *fundamental*, tal como fazem os autores supracitados, com os quais se concorda no presente trabalho. Há inclusive autores que aceitam explicitamente a primeira assertiva, julgando tais atividades cruciais à promoção dos direitos sociais, mas negam a existência de um direito fundamental de acesso aos serviços públicos.²² Ou seja: uma coisa é dizer que os serviços públicos são necessários à realização dos direitos fundamentais e que o cidadão tem o direito a que eles sejam prestados; outra é sustentar que: **(3.1)** esse direito ostenta caráter *fundamental*; e que **(3.2)** ele não tem por objeto um serviço qualquer, mas sim um serviço *adequado*. Cumpre observar as repercussões jurídicas dessas duas ideias.

el Derecho Público, nº 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002. p. 64.

¹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 13, São Paulo, Malheiros, p. 210-215, 1999. p. 215.

¹⁸ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 12, Belo Horizonte, Fórum, p. 142-165, abr./jun. 2003. p. 163.

¹⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, f. 129.

²⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social... Op. Cit.*, p. 182-185.

²¹ Entre outros: GARCIA FILHO, José Cal. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 32, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-32, jul./set. 2008. p. 25; RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). *Serviço público: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 101; FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 143; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade... *Op. Cit.*, p. 64; ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social... Op. Cit.*, p. 183; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos... Op. Cit.*, p. 274 et seq; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

²² É o caso de Alexandre Santos de Aragão, como se extrai do seguinte excerto de sua obra: “deve ser frisado que ‘não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de alguns direitos fundamentais’ (...) Em outras palavras, os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos... Op. Cit.*, p. 506-507.

3.1 O serviço público como direito *fundamental*: enquadramento constitucional e efeitos jurídicos decorrentes

O que diferencia um direito qualquer de um direito que receba do sistema constitucional – explícita ou implicitamente – o qualificativo de *fundamental* é o regime jurídico ao qual cada um deles está submetido. Os direitos fundamentais se sujeitam a um conjunto específico de princípios e regras, que tem por finalidade emprestar-lhes uma proteção reforçada contra ações e omissões do Estado e dos sujeitos privados.

Na Constituição brasileira, os dois elementos de maior destaque que integram esse regime especial são a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e a proteção contra reformas constitucionais abolitivas (art. 60, §4º, IV).²³ O primeiro protege o cidadão contra: (i) a inércia do Poder Legislativo, tornando prontamente exigíveis em face da Administração e do juiz as pretensões jurídicas que decorrem dos direitos fundamentais, ainda que o legislador se omita em concretizá-los; (ii) as ações arbitrárias do Parlamento, obrigando a Administração a respeitar de imediato os direitos fundamentais e recusar-se a aplicar as leis que os contrariem, pois eles incidem diretamente sobre a atividade administrativa e não apenas na medida da lei; (iii) as omissões administrativas, permitindo o acionamento do Poder Judiciário nos casos em que as posições jurídico-subjetivas conferidas pelos direitos fundamentais forem exigidas perante a Administração, mas sejam por ela recusadas ou desprezadas. O segundo elemento resguarda a consagração constitucional dos direitos fundamentais contra tentativas do poder reformador de extirpá-los da Constituição.

Esses direitos, ademais, gozam de características peculiares, tais como a multifuncionalidade e a dupla dimensão (subjetiva e objetiva),²⁴ compelindo o Estado não apenas a atender às demandas individualizadas ou coletivas que lhe sejam exigidas pelos cidadãos, mas também a criar estruturas organizativas e procedimentais que viabilizem a sua fruição universalizada, bem como normas de proteção que proporcionem a sua tutela contra violações pelos particulares. Além disso, a sua restrição pelo legislador infraconstitucional subordina-se a uma série de critérios rigorosos que visam a salvaguardar a intangibilidade do seu núcleo essencial, tal como o dever de respeito aos princípios da proporcionalidade²⁵ e da razoabilidade.²⁶ No caso específico dos direitos sociais, a doutrina brasileira e o Supremo

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75; 422.

²⁴ Sobre o tema, ver: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.2, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, jul./dez. 2013.

²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 239 *et seq*; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-82; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. *passim*; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 752-765.

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 765-769.

Tribunal Federal têm reconhecido também a incidência da chamada “cláusula de proibição de retrocesso social”, defendida por alguns autores como um princípio que integra o regime jurídico especial desses direitos.²⁷

De tais ilações se denota a plêiade de implicações jurídicas concretas que derivam da classificação de um direito como *fundamental*. A atribuição desse caráter a determinados direitos é feita de duas formas pela Constituição, a qual enuncia dois critérios de reconhecimento de direitos fundamentais: um formal (Título II) e outro material (art. 5º, §2º). Primeiramente, são fundamentais os direitos formalmente inseridos no rol do Título II da Constituição, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Por decisão expressa do constituinte, as posições jurídicas abrangidas nesse apartado no texto constitucional (art. 5º a 17) desfrutam do regime jurídico reforçado a que se fez alusão. Em segundo lugar, por força do art. 5º, §2º, da CF são também fundamentais os direitos que, embora não constem textualmente nos enunciados da Constituição, enquadrem-se em uma das seguintes hipóteses: (i) estejam implícitos ou subentendidos nos dispositivos do Título II da Lei Maior; (ii) estejam proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional e se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iii) estejam previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (iv) mesmo que não estejam anunciados em texto normativo algum, decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados. O direito sob exame encaixa-se em todas essas situações (conquanto a presença de uma só já fosse o suficiente para reputá-lo um direito fundamental sob o prisma material).

O *direito fundamental ao serviço público adequado* consiste em um direito materialmente fundamental por quatro motivos: (i) está subentendido no art. 6º, uma vez que não há

²⁷ No Supremo Tribunal Federal, ver: “(...) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011). Na doutrina, ver: DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. *Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência*, v. 31, n. 95, Porto Alegre, AJURIS, p. 103-135, set. 2004; SCHULTE, Bernd. *Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301-332. Negando a existência de um princípio jurídico da “proibição de retrocesso social”, Jorge Reis Novais entende que essa concepção “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade. Tomada a sério por aquilo que anuncia, a proibição de retrocesso pode funcionar como *Leitmotiv* de luta política (*‘ni un paso atrás’*), mas não como princípio jurídico e, muito menos, de valor constitucional”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 244-245.

como se assegurar o acesso de todos titulares dos direitos sociais ali previstos sem que o Estado preste serviços públicos (não se atinge os fins se não se têm os meios); (ii) radica-se em uma posição jurídica que consta do art. 175, parágrafo único, IV da Constituição, pois se ao Poder Público incumbe a “obrigação de manter serviço adequado”, em contrapartida o cidadão tem o direito de recebê-lo, e seu conteúdo e importância se aproximam intimamente ao teor dos direitos sociais do art. 6º, eis que sem a prestação de serviços públicos adequados eles se tornariam letra morta; (iii) está previsto expressamente no Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”),²⁸ na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem,²⁹ na Declaração Universal dos Direitos Humanos,³⁰ na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,³¹ entre outros;³² (iv) decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF), pois os serviços públicos são indispensáveis para proporcionar aos cidadãos condições de existência digna e possibilitar sua participação ativa na comunidade política e social, além de serem imprescindíveis para atingir os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I a III, CF).

A consequência gerada por esse enquadramento do *serviço público adequado* no conceito de direito fundamental é o fato de sobre ele incidirem todos os traços peculiares ao regime jurídico jusfundamental acima sintetizados: aplicabilidade imediata, proteção contra emendas constitucionais abolitivas, multifuncionalidade, dupla dimensão (subjéctiva e objectiva), intangibilidade do conteúdo essencial, cláusula de vedação de retrocesso social, etc. Tal repercussão reforça a proteção jurídica dos titulares de direitos fundamentais sociais, já que à sua esfera de direitos se agrega mais essa *garantia* constitucional – termo técnico mais

²⁸ Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”): “Artigo 11.1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”.

²⁹ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a *manutenção dos serviços públicos*”.

³⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem *direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis*, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a *cuidados e assistência especiais*. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

³¹ Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher: “Artigo 14. (...) 2. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) *h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações*”.

³² A propósito do direito humano ao serviço público no cenário internacional, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXI, nº 361, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 395-425, oct. 2008.

preciso no caso em tela³³ – que tem o condão de potencializar os meios através dos quais será possível exigir do Estado a satisfação plena dos seus direitos.

Diversas implicações podem ser extraídas dessa condição jusfundamental que se outorga à garantia de um serviço público adequado. A título de exemplo, cite-se a tese desenvolvida por Adriana Schier, sustentando que o *conteúdo essencial* do regime jurídico do serviço público – que em sua leitura é composto pelos princípios da generalidade, da continuidade e da modicidade de taxas e tarifas – não pode ser revogado do art. 6º, §1º da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), por se encontrar protegido pela cláusula de vedação de retrocesso social.³⁴ Por sua vez, Carolina Zancaner Zockun propõe que em razão do *status* jusfundamental de que desfruta o direito ao serviço público adequado, “a ele deve ser conferida também a estatura de cláusula pétrea”, da qual resulta uma intangibilidade “que impede a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os serviços públicos que efetivam os direitos sociais”. Por conseguinte, “são cláusulas pétreas (implícitas, evidentemente) os serviços públicos de educação, saúde, trabalho, moradia, proteção à maternidade e à infância e assistência social”.³⁵

3.2 Conteúdo jurídico do direito fundamental ao serviço público adequado

Analisada a questão relativa aos efeitos jurídicos do reconhecimento do serviço público adequado como um direito fundamental do cidadão, cumpre realçar o seu conteúdo. A principal disposição constitucional que dá suporte à identificação desse direito – art. 175, parágrafo único, IV – foi clara ao adjetivar o serviço público que é devido pelo Estado: cuida-se de um serviço *adequado*. O termo, quando examinado em abstrato, pode parecer bastante indeterminado, mas as circunstâncias fáticas que envolvem o desenvolvimento de tais atividades pela Administração permitem que em concreto se verifique se o serviço que está sendo prestado é ou não adequado.

De toda sorte, como antes se procurou acentuar, a preocupação do constituinte ao incluir essa previsão certamente foi a de estabelecer o dever de oferecimento dos serviços

³³ As *garantias* fundamentais têm caráter instrumental em relação aos *direitos* fundamentais. Consistem em ferramentas para a sua tutela. Em sentido lato, são também consideradas direitos fundamentais, mas em uma acepção estrita recebem nomenclatura própria. Nas palavras de Regina Ferrari, “quando se trata de garantias fundamentais, se está fazendo referência a instrumentos de tutela que podem e devem conferir eficácia aos direitos fundamentais”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 538.

³⁴ Nas palavras da autora: “a preocupação que norteia a presente tese (...) é conferir uma especial proteção ao regime jurídico do serviço público, previsto no art. 6º, § 1º, da Lei 8987, de 1995, inclusive em relação à atividade legislativa futura. Isto porque (...) acredita-se que a efetivação dos direitos sociais instrumentalizados por tais serviços só será possível se tal atividade for prestada de forma universal, contínua e com tarifa módica, consagrando-se, assim, o núcleo essencial do regime jurídico previsto no citado dispositivo legal”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público...* Op. Cit., f. 151. Afirma ainda que “o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações – está protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social. Esse posicionamento permitirá proteger o regime do serviço público em si contra modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Idem*, f. 8.

³⁵ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social...* Op. Cit., p. 184.

públicos sob um regime jurídico especial, benéfico e protetivo ao cidadão, com o intuito de assegurar que sua prestação se destinará à finalidade que lhe é inerente: satisfazer as necessidades humanas fundamentais de todos aqueles que necessitarem dos bens e serviços úteis e escassos cuja oferta o ordenamento jurídico colocou à cura do Estado. É um regime que se assenta no Direito Público, por dois motivos relevantíssimos, destacados por Celso Antônio Bandeira de Mello. De um lado, porque essa disciplina jurídica é a que visa a “assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas”. De outro, porque ele faz recair sobre o serviço público “restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente”, com o fito de “impor, a um ou a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados, quanto limitações para que não atue abusivamente, isto é, de maneira a desrespeitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço”.³⁶

Esse regime jurídico de Direito Público necessário à garantia de que o serviço público será prestado *adequadamente*, que visa a assegurar a satisfação da garantia fundamental ora em debate, é composto tanto pelo *núcleo principiológico comum* de matriz constitucional que afeta toda e qualquer atividade administrativa (poder de polícia, fomento, potestades sancionatórias de cunho disciplinar, etc.), quanto por um *conjunto de princípios jurídicos específicos* que se dirige diretamente à prestação de serviços públicos. Assim, essa atividade está submetida, como todas as demais desenvolvidas pela Administração, aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, entre outros.³⁷ Mas há também um complexo normativo especificamente orientado a propiciar um serviço público *adequado*, que tem como objeto principal essa peculiar modalidade de atividade administrativa.

O legislador ordinário, pretendendo dar concretude e recheio semântico à noção constitucional de “serviço público adequado” (art. 175, parágrafo único, IV), descreveu no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 alguns dos parâmetros *mínimos* que hão de ser observados na prestação desses serviços. Segundo o dispositivo, “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Esses oito princípios representam condição necessária, mas não suficiente, para que o Estado preste um serviço realmente adequado. Trata-se de um rol meramente exemplificativo – indispensável, é verdade, mas não taxativo. Há ainda outros princípios jurídicos que recaem sobre o serviço público que não se encontram textualmente declarados nessa previsão e que são sustentados em sede

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil... *Op. Cit.*, p. 13.

³⁷ Para uma visão geral acerca dos contornos jurídicos desses princípios, consultar: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

doutrinária como normas incidentes sobre essa atividade, como é o caso do controle sob as condições de sua prestação.³⁸

A especificação legal do teor do direito ao serviço público adequado amplia a proteção jurídica do cidadão, pois ao menos em relação aos princípios ali anunciados a Administração ou o Poder Judiciário não poderão rejeitar a sua invocação. É certo que para se poder exigir, por exemplo, que os serviços públicos sejam prestados *continuamente e regularmente* não é necessário que a lei inclua os princípios da *continuidade* e da *regularidade* no conceito de serviço público *adequado*. Este já vem garantido pela Constituição e a identificação desses dois desdobramentos já poderia ser feita por uma interpretação constitucional do termo. Sua compostura jurídica e exigibilidade defluem das dobras do tecido constitucional, não da norma legal. Porém, não há dúvidas de que o fato de os seus contornos haverem sido precisados e explicitados pela legislação robustecem a sua potencial efetividade, já que ao menos no que toca à *existência jurídica* dos oito princípios alojados no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 não haverá mais espaços para controvérsias (ainda que se possa controverter a respeito do *conteúdo* específico de cada princípio – *v.g.*, possibilidade ou não de interrupção da prestação por inadimplemento do usuário face ao princípio da continuidade).³⁹

O cidadão titulariza, portanto, o direito fundamental a que a Administração Pública preste um serviço público adequado, que deverá observar os princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das taxas e tarifas, controle sob as condições de sua prestação, entre outros que se mostrem necessários à adequação do seu fornecimento ao fim a que ele se destina: satisfazer as necessidades dos membros da coletividade voltadas à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. É somente através da realização do direito ao serviço público adequado que o Poder Público logrará proporcionar à cidadania uma tutela administrativa efetiva dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 694-696; ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social...* *Op. Cit.*, p. 170-174. POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro...* *Op. Cit.*, p. 109-112; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 529. Sobre o tema do controle social dos serviços públicos, ver: AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. Acerca do controle no âmbito dos serviços públicos concedidos, conferir: BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

³⁹ Sobre a discussão acerca da possibilidade de corte do serviço público por falta de pagamento do usuário, ver, adotando posições diversas: LEAL, Rogério Gesta. O problema de prestação de serviço público essencial enquanto Direito Social Fundamental e sua contraprestação em face da incapacidade financeira do usuário. In: LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 135-149; CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 331-369; DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF). *Revista de Direito Público da Economia*, nº 24, Belo Horizonte, Fórum, p. 219-236, out./dez. 2008.

O conteúdo jurídico e as implicações de cada um desses princípios, em especial aqueles que integram o regime específico do serviço público, têm sido explorados pela doutrina brasileira com vistas a elucidar os seus desdobramentos e as consequências que eles acarretam sobre essa atividade administrativa.⁴⁰ É de extrema valia que a doutrina examine e sistematize criticamente os deveres específicos que pesam sobre a Administração em matéria de serviços públicos destinados à promoção dos direitos fundamentais sociais, iluminando a interpretação do ordenamento jurídico e esclarecendo quais são as incumbências explícitas e implícitas no Direito positivo que são endereçadas ao Poder Público para tornar real e efetivo o exercício de tais direitos. Um exemplo desse tipo de investigação é a obra de Carolina Zancaner Zockun, que analisa de forma completa e pormenorizada os serviços públicos que compete ao Estado prestar para imprimir efetividade a cada um dos direitos sociais albergados no art. 6º da CF, realizando uma confrontação crítica entre a legislação regulamentadora pertinente e as disposições constitucionais que versam sobre esses direitos.⁴¹

O que se buscará nesse momento é problematizar um dos mais destacados elementos que compõe o direito ao serviço público adequado, intrinsecamente relacionado com a ideia de tutela *igualitária* dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, com o princípio constitucional da igualdade material: o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos*.

4. O princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos: capacidade econômica do cidadão e tutela administrativa igualitária dos direitos fundamentais sociais

O princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* endereça à Administração Pública, no âmbito da prestação de tais serviços, a obrigação de garantir que os bens econômicos por eles oferecidos serão materialmente acessíveis a todo o universo de pessoas que deles carecerem. Significa, portanto, um dever *positivo* de instituir as condições fáticas necessárias para que o acesso aos serviços públicos seja realmente universal e esteja efetivamente ao alcance de todos no plano da realidade.

A questão controversa que se busca enfrentar nesse momento diz respeito à compatibilidade desse princípio com o estabelecimento de tratamentos diferenciados pelo ente prestador, baseados na diferença de condições existentes entre cada cidadão que pretenda utilizar dos serviços públicos. Retomando o questionamento suscitado nas considerações iniciais deste artigo, a polêmica que se procurará dirimir consiste na seguinte indagação: o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* tem por escopo alcançar a

⁴⁰ Ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público... Op. Cit.*, f. 46-51; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988... Op. Cit.*, p. 254-317; POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro... Op. Cit.*, p. 95-112; MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 239-274.

⁴¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social... Op. Cit.*

igualdade *formal* (todos hão de possuir igual acesso independentemente de suas distinções fáticas) ou *material* (aditem-se critérios discriminatórios de acesso de acordo com as diferenças presentes no mundo dos fatos)? Vale dizer: a *universalidade do acesso aos serviços públicos* deve ser encarada como um ponto de partida (desde o início todos devem ter idêntico acesso) ou um ponto de chegada (assegura-se que ao final todos terão acedido aos bens econômicos objeto dos serviços)?

Confira-se primeiramente algumas explicações da doutrina a propósito do princípio em apreço. De acordo com Enrique Silva Cimma, a noção de universalidade pressupõe que “o serviço público é obrigatório no sentido de que a prestação deve necessariamente cumprir-se, *sem que possa a autoridade beneficiar com ela a alguns e negá-la para outros*”.⁴² A posição é corroborada por Adriana Schier, segundo a qual o princípio da universalidade estabelece que “a prestação dos serviços públicos deverá ser assegurada a todos, buscando a sua máxima universalização, *sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão*”.⁴³ Intelecção similar parece ter sido acolhida pela Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, a qual prevê em seu art. 123, parágrafo único, que os serviços serão prestados “*sem distinção de qualquer espécie*”. O que está na base dessa compreensão é a vertente *formal* do princípio da igualdade.

Na acepção acima reproduzida, o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* implicaria uma vedação de tratamento diferenciado a pessoas situadas em condições diversas. Todavia, não é esse o sentido que o princípio em questão exprime na ordem jurídica brasileira. Universalizar a prestação de um serviço não significa prestá-lo “sem que possa a autoridade beneficiar (...) a alguns e negá-la para outros”,⁴⁴ “sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão”⁴⁵ ou “sem distinção de qualquer espécie”.⁴⁶ A Administração Pública pode sim ofertar um serviço público negando-o para determinados cidadãos, excluindo o seu acesso por determinados motivos e fazendo algumas espécies de distinção, *desde que isso seja necessário para que o fornecimento seja efetivamente universal e desde que a feição material do princípio da igualdade reclame a adoção de um critério diferenciado na prestação*.

⁴² SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. El servicio publico. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60 (grifos ausentes no original).

⁴³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público... Op. Cit.*, f. 177-178 (grifos ausentes no original).

⁴⁴ SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. El servicio publico. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60.

⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público... Op. Cit.*, f. 177-178. Registre-se que, da análise global da obra da autora, não parece que ela realmente negue a possibilidade de tratamento diferenciado com base em condições fáticas distintas em que se encontrem os cidadãos. A passagem transcrita, no entanto, denota uma ideia diversa, por ser enfática ao rechaçar a exclusão de determinados indivíduos do acesso aos serviços públicos, “qualquer que seja o motivo da exclusão”.

⁴⁶ Art. 123, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de São Paulo (1990).

A essência desse princípio consiste em garantir que a *universalidade* dos cidadãos que de fato necessitem terá acesso aos bens úteis e escassos que são disponibilizados por meio do serviço público, o que pressupõe que a Administração *deverá* atentar-se para as diferenças de condições em que se encontra cada indivíduo ou grupo social, cuidando para alcançar inclusive as pessoas de baixa renda e as que habitam em regiões afastadas dos centros onde se concentram as prestações daquele tipo de serviço. Mostra-se mais acertada, portanto, a interpretação segundo a qual universalizar “significa prestar de forma adequada os respectivos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários. (...) o serviço só estará *efetivamente universalizado* quando toda a população for atendida”.⁴⁷ Prestar de forma adequada a toda a população não implica necessariamente tratar a todos de forma idêntica, sem traçar qualquer diferenciação.

É preciso tomar cuidado com a carga semântica que se atribui à expressão “discriminação”. Observe-se a explicação de Marçal Justen Filho, para quem a igualdade nos serviços públicos impõe “tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições.”⁴⁸ Note-se a diferença das duas orações, que embora possam em uma rápida leitura parecer contraditórias, na realidade não o são, desde que se entenda bem o sentido de “discriminatório”. Ao afirmar, em um primeiro momento, que não se admite o tratamento discriminatório para que seja respeitada a igualdade, o que está por trás do pensamento do autor é a ideia, manifestada logo em seguida, de que não poderá haver critérios distintos de acesso aos serviços *para as pessoas que se encontrem em igualdade de condições*.

Isso se confirma quando o referido jurista sustenta, na sequência, que a *universalidade* é um desdobramento da *igualdade*, e “significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos *que se encontrem em situação equivalente*, de modo indeterminado. Admite-se, como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados”.⁴⁹ Dessa maneira, sendo diversas as circunstâncias fáticas em que se enquadram dois indivíduos, é admitido o tratamento discriminatório, desde que haja uma correlação lógica e constitucionalmente respaldada entre o fundamento que deu origem ao discrimen e o regime diferenciado que foi dispensado aos cidadãos.

Assim, o princípio da *universalidade do acesso aos serviços públicos* não proíbe em absoluto o seu oferecimento de modo discriminado: ele o faz apenas se as situações vivenciadas pelas pessoas que quiserem aceder-lhes forem idênticas. Ocorrendo o contrário – isto é, se o quadro fático de cada potencial usuário for diferente – o princípio da universalidade não apenas não veda como também *obriga* o Estado a fornecer tratamento distinto, que seja capaz de atender às peculiaridades de cada caso e reduzir as disparidades existentes na

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...* Op. Cit., p. 259.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 31.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 746 (grifos ausentes no original).

sociedade. Conforme adverte Dinorá Musetti Grotti, “a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações comparáveis, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam a eventuais diferenças de cuidados. Qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra”.⁵⁰

Uma vez entendida essa concepção de universalidade, que se inspira no valor da igualdade *material* e que se acolhe neste trabalho, cumpre dela arrancar consequências práticas, talvez não tão facilmente palatáveis quanto a sua formulação teórica. Tome-se como objeto de análise os serviços públicos de saúde e de educação. Quanto ao primeiro, a Constituição assim estipulou no art. 196: “a saúde é *direito de todos* e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Em relação ao segundo, consignou no art. 208 que “a educação, *direito de todos* e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. No art. 206, determinou que o ensino será ministrado com base em diversos princípios, entre os quais o da “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”. E no art. 211, §4º, dispôs o constituinte que “na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a *assegurar a universalização* do ensino obrigatório”. E no art. 208, I e §1º, definiu a educação básica, de caráter obrigatório e gratuito, como um “direito público subjetivo”.

Ao determinar que saúde e educação são *direitos de todos* e que o Estado tem o dever de assegurar o seu *acesso universal e igualitário*, não há como negar que sobre tais serviços públicos incidam os princípios da *universalidade* e da *igualdade*. Porém, a relação entre eles e os impactos jurídicos por eles produzidos não são tão perceptíveis. Se fosse a igualdade tomada em sua acepção *formal*, seria natural afirmar-se que *toda e qualquer pessoa* deve ter idêntico acesso aos bens econômicos oferecidos por esses serviços.⁵¹ Entretanto, se essa igualdade for encarada sob o prisma *material*, pergunta-se: seria compatível com o princípio da *universalidade* asseverar que *toda e qualquer pessoa* tem direito a usufruir desses serviços gratuitamente, inclusive quem possua condições financeiras para adquiri-los de outros particulares e os encontre disponíveis no mercado? Se todos os brasileiros resolvessem matricular-se em instituições públicas de ensino fundamental e médio e utilizar os serviços do Sistema Único de Saúde sem nenhuma contraprestação pecuniária direta, haveria como garantir *acesso universal* para todos? Seria esse um tratamento *materialmente* igualitário? Será, afinal de contas, que essa acessibilidade total e irrestrita, sem critérios de discrimina-

⁵⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988...* Op. Cit., p. 300.

⁵¹ São bens de valor econômico, tanto é que, por haver habilitação constitucional autorizativa, encontram-se disponíveis no mercado sendo comercializados por escolas, universidades e hospitais privados.

ção entre quem pode aceder a esses bens de outra maneira e quem não pode, é compatível com as noções de *universalidade* e igualdade *material*?

Antes de se tentar responder a essas perguntas, cabe empreender uma brevíssima digressão a respeito da vinculação entre a ideia de igualdade *material* e a consagração constitucional dos direitos fundamentais sociais, para então verificar os impactos dessa conexão sobre a questão da universalidade do acesso aos serviços públicos. Isso porque, a concepção liberal de direitos fundamentais refuta a ideia de que a igualdade *formal* – tratar a todos, indistintamente, exatamente da mesma forma – possa ser afastada em matéria de prestação de serviços públicos para admitir um tratamento *discriminatório* exigido pela igualdade *material*. Dizer que saúde e educação são direitos sociais *de todos* não significa necessariamente dizer que *todos* devam ter igual acesso aos *serviços públicos* de saúde e educação. A afirmação pode chegar a arrepiar alguém que não consiga compreender a diferença entre o fundamento dos direitos de liberdade e a razão de ser dos direitos sociais.

A referência social que passa a gravar os direitos fundamentais no constitucionalismo da segunda metade do século XX se afasta da abordagem liberal do século precedente, que pretendia conceder idênticas posições jurídico-subjetivas a todas as pessoas e ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social para fins de concessão de direitos e vantagens. O critério que passa a nortear essa concessão é o da igualdade *material*, que pressupõe a consideração das desigualdades existentes entre os cidadãos no momento de estipular a quais direitos fundamentais e prestações estatais cada um deles faz jus. Essa nova visão de igualdade que acompanha o Estado Social diverge do prisma formal desse princípio, que se prestava a manter o *status quo* de cada indivíduo proibindo o tratamento diferenciado pelo Estado. Ela dá ensejo a uma perspectiva pautada na transformação da sociedade, com vistas à proteção real dos segmentos mais desfavorecidos, o que implica admitir pontualmente medidas que destoem da igualdade formal para promover a igualdade substancial.⁵²

A cláusula do Estado Social produz uma vinculação sobre a atividade estatal que se exprime fundamentalmente em três vertentes: (i) a interpretação de toda legislação deve ser feita à luz do princípio social, de sorte que havendo mais de uma alternativa hermenêutica possível, impõe-se a adoção daquela que estiver em maior conformidade com a *igualdade social*; (ii) o legislador fica obrigado a dispensar tratamento diferenciado às *situações sociais distintas*, notadamente em termos de distribuição de bens materiais, serviços públicos e prestações positivas, sem que essa diferenciação de trato por razões de justiça social possa ser reputada inconstitucional por suposta afronta ao princípio da igualdade em sua faceta

⁵² MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 60, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000. p. 346.

formal; (iii) o legislador fica proibido de elaborar leis que atentem contra a igualdade material e o princípio social, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.⁵³

Somente à luz dessa racionalidade, orientada em torno do princípio da igualdade *material*, é possível entender a razão pela qual as Constituições contemporâneas consagram *direitos fundamentais sociais* e os ordenamentos jurídicos em geral impõem às Administrações Públicas a incumbência de prestar *serviços públicos* para satisfazê-los. O objetivo em ambos os casos é o mesmo: favorecer *juridicamente* os sujeitos menos favorecidos economicamente, como forma de compensar as desigualdades financeiras que eles ostentam *faticamente*, quando comparados com os integrantes das classes mais abastadas. Nesse preciso ponto se entrecruzam os temas da titularidade universal dos *direitos fundamentais sociais* e da universalidade do acesso aos *serviços públicos*, os quais devem ser entendidos conjugadamente. Note-se como as definições dessas duas categorias jurídicas, nos termos adotados na presente pesquisa, encontram-se imbricadas.

Os *direitos sociais*, no tocante à sua função prestacional, podem ser compreendidos como direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, os quais o seu titular poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado.⁵⁴ Por sua vez, afirmou-se que os *serviços públicos* são atividades de oferecimento de bens econômicos de cunho material, destinados à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, ligadas à garantia e promoção de sua dignidade, que o Poder Público reputou demasiadamente importantes para relegá-las à sorte da iniciativa privada, com o receio de que elas deixassem de ser ofertadas ou se tornassem inacessíveis a uma parcela da população que delas necessitasse. Em suma, o que o titular de direito fundamental social carece é o que o Estado através do serviço público tem o dever de oferecer: bens econômicos (porque úteis, escassos e suscetíveis de atender às necessidades humanas), que podem ser comercializados no mercado se o ordenamento jurídico assim autorizar, imprescindíveis à realização da dignidade da pessoa.

O que se denota do exame conjunto dessas duas definições é que o *serviço público* não é uma atividade que tem por objetivo tornar todos os cidadãos eternamente dependentes das ações estatais. Esses serviços são criados e o Estado é obrigado a prestá-los para que se garanta o seu oferecimento contínuo e em condições favoráveis às pessoas. Isso não quer dizer que a *única* forma de se fruir dos bens jurídicos tutelados pelos direitos sociais seja mediante a utilização de serviços públicos. O particular que contrata serviços de educação e saúde no setor privado – quando tem meios financeiros para adquiri-los e os encontra

⁵³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del Derecho administrativo*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 360.

⁵⁴ Sobre a caracterização de tais direitos a partir do conteúdo mencionado, ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 443; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 41.

sendo comercializados – frui igualmente desses mesmos bens jurídicos. Ele tem os seus direitos à educação e à saúde satisfeitos, obtendo-os por meio de uma atividade econômica (*stricto sensu*) e não de um serviço público.⁵⁵ Na própria definição acima apresentada se verifica que, *em termos de formulação teórica*, se o cidadão tiver acesso ao bem jurídico jusfundamental por outros meios que não necessite do seu oferecimento pelo Poder Público, ele não será investido na posição jurídica de exigi-lo do Estado gratuitamente (ainda que sob o prisma do Direito positivo seja possível chegar-se a resultado diverso).

A conclusão a que se chega com esse raciocínio enseja a seguinte proposição: *do ponto de vista político, a partir da lógica que preside o Estado Social, encarnada na igualdade material, se o indivíduo possuir condições financeiras e encontrar disponíveis no mercado os bens econômicos, sociais e culturais tutelados pelos direitos fundamentais sociais, logrando acesso a eles por outros meios que tornem prescindível a sua obtenção mediante serviços públicos ofertados pelo Estado, seria um contrassenso admitir que em tais circunstâncias ele estivesse investido na posição jurídica de exigir da Administração a sua prestação gratuita*. Em outras palavras: para que a *universalidade* dos cidadãos tenha acesso aos bens jurídicos protegidos pelos direitos sociais, faz-se necessário que o Poder Público *trate desigualmente as situações desiguais, na medida das suas desigualdades*, em observância ao princípio da igualdade *material*.⁵⁶

Perceba-se como a interação entre esses dois princípios que regem os serviços públicos – universalidade e igualdade (material) – podem (e devem) levar a resultados diversos daqueles que geralmente se costuma defender. Sob o ponto de vista *político*, tendo como foco a *justiça social* que se pretende promover na sociedade, infere-se que a pessoa que puder desfrutar de serviços fornecidos por farmácias e hospitais privados, bem como de instituições de ensino particulares, não deveria poder recebê-los sem qualquer custo do Poder Público. Isso porque, o Estado presta serviços públicos – notadamente os que são oferecidos gratuitamente – com a finalidade de atender às necessidades humanas daqueles que *não podem (porque não têm dinheiro) ou não conseguem (porque não há disponibilidade) adquiri-las da iniciativa privada*. A questão é saber se do ponto de vista *jurídico* a afirmação encontra amparo no Direito positivo, pois uma coisa é criticar o modelo vigente, a outra é saber se ele pode funcionar de forma diversa sem que sejam feitas alterações no plano normativo.

Uma primeira consideração a ser feita é que a aplicabilidade dessa proposição diz respeito, como se depreende dos elementos que a compõem, somente aos serviços públicos

⁵⁵ Como já se disse, quando prestadas pelo Estado tais atividades – educação e saúde – são serviços públicos, mas nesse caso a Constituição autorizou que fossem também exploradas economicamente pela livre iniciativa como atividades econômicas, ainda que submetidas a forte regulação e fiscalização estatal e sujeitas a determinadas normas de Direito Público.

⁵⁶ Conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

cuja titularidade não seja exclusiva do Estado e que sejam por ele fornecidos gratuitamente. Quanto àqueles que o Poder Público oferta em regime de exclusividade e sem exigir uma contraprestação pecuniária, o raciocínio da distinção de tratamento com base no critério financeiro não se aplica, visto que os bens econômicos fornecidos pela atividade estatal *não se encontram disponíveis no mercado*. Logo, para que qualquer cidadão tenha acesso aos bens econômicos por eles proporcionados não haverá alternativa senão recebê-los na forma de serviços públicos.

Sendo serviços públicos de titularidade exclusiva estatal cuja prestação seja remunerada diretamente por aqueles que utilizam o serviço, aplica-se o critério de discriminação com base nas condições financeiras de cada indivíduo. No Direito brasileiro, seria o caso de serviços como fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, distribuição de gás canalizado, entre tantos outros. O que se justifica nesses casos é a previsão de uma política tarifária que contemple diferenciações entre os cidadãos de reduzido poder aquisitivo e aqueles que apresentam altos níveis de consumo, algo que, de mais a mais, já conta com ampla aceitação teórica e prática (*v.g.*, tarifas sociais) e por isso dispensa maiores discussões.

A segunda consideração consiste no fato de que é imprescindível verificar a natureza de cada serviço público, para só então se poder afirmar se cabe ou não dispensar um tratamento discriminatório aos cidadãos com vistas à promoção da igualdade material. Com base na primeira observação, o foco de análise no Direito brasileiro se reduziria aos serviços de educação, saúde, assistência social, pois o serviço de previdência social também acabaria excluído da aplicação da proposição em debate. Isso porque, cuida-se de um serviço de caráter contributivo e de filiação obrigatória, nos termos do art. 201 da Constituição Federal. Os bens ofertados por meio dele nada mais são do que uma contrapartida das contribuições previdenciárias que são recolhidas de todos os segurados obrigatórios e facultativos. Restam, então, assistência social, educação e saúde, por se tratarem de serviços fornecidos *gratuitamente e sem exclusividade estatal*.

No caso da assistência social, a possibilidade de instituir um regime diferenciado, excluindo boa parcela da população do acesso a esse serviço, é de fácil compreensão, pelo fato de que já se encontra voltado a um público específico: “pessoas que estão fora do mercado de trabalho, sem cobertura previdenciária e passando por dificuldades financeiras que lhes impedem de viver dignamente”.⁵⁷ Por definição, não é um serviço dirigido à generalidade dos cidadãos, que envolva medidas de que todos necessitam, já necessitaram, ou algum dia irão necessitar. Os requisitos para o indivíduo ter acesso a ele são bem peculiares. Nesse âmbito, falar que pessoas abastadas não têm direito à sua prestação nada mais é do

⁵⁷ ZOCCUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social... Op. Cit.*, p. 101.

que um “óbvio ululante”.⁵⁸ De toda forma, o fato é que aqui a proposição se aplica – e sem maiores polêmicas.

A controvérsia viceja no campo dos serviços públicos de educação e saúde. Estes sim se destinam à totalidade dos cidadãos, não possuem caráter contributivo, encontram-se liberados à exploração pela iniciativa privada e, bem por isso, em geral encontram-se amplamente disponíveis no mercado. Os habitantes de um Município onde estejam instaladas escolas públicas e privadas que possuam recursos financeiros para pagar os valores cobrados pelas instituições particulares podem usufruir gratuitamente dos serviços ofertados pelos estabelecimentos públicos de ensino? Se o sujeito possui um patrimônio que lhe permita custear o tratamento de sua enfermidade, mas isso implicasse a necessidade de vender o seu imóvel de veraneio e o seu único automóvel, obrigando-o a passar as férias em casa e a utilizar o transporte coletivo urbano para ir trabalhar, pode ele exigir do Estado a prestação gratuita dos serviços pelo Sistema Único de Saúde?

Os argumentos que costumam surgir nessa discussão normalmente são dois: (i) o fato de que todas as pessoas que pagam impostos devem ter direitos iguais em relação à prestação de serviços públicos; (ii) a existência de expressas previsões constitucionais dispondo que educação e saúde são direitos de *todos* e que o acesso a esses serviços é *universal e igualitário*. O primeiro não procede de forma alguma. Os *impostos* não consistem em tributos vinculados a uma atividade determinada,⁵⁹ que tenham como contraprestação direta um serviço público individualizado em favor do contribuinte.⁶⁰ Eles não se confundem com as *taxas*.⁶¹ Aliás, sua função primordial é justamente gerar a distribuição de renda. Não haveria falta de lógica alguma na afirmação de que embora os ricos paguem tributos, só os pobres podem usufruir gratuitamente dos serviços públicos que acabam sendo por eles custeados, nos casos em que eles também sejam explorados em regime de atividade econômica pela iniciativa privada e os mais abastados possam acedê-los por outros meios. Assim, não é o fato de que os sujeitos economicamente privilegiados pagam impostos que lhes outorga algum direito à utilização gratuita dos serviços públicos de educação e saúde. Do mesmo modo, não é o fato de determinados indivíduos não estarem sujeitos ao pagamento de impostos diretos (*v.g.*, isenção de imposto de renda) que lhes retira o direito à utilização

⁵⁸ RODRIGUES, Nelson. *O óbvio ululante: primeiras confissões (crônicas)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. A expressão de Nelson Rodrigues foi também tomada por empréstimo, para tratar de tema diverso, por VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, Porto Alegre, Síntese, p. 147-161, 2001.

⁵⁹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 143.

⁶⁰ Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

⁶¹ Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

sem custos de serviços públicos: o fator que lhes investe na posição jurídica de recebê-los gratuitamente do Estado não é a sua sujeição ou não ao dever de pagar impostos.

Já o segundo argumento merece maior atenção. Ele pode ser apreciado sob dois pontos de vista que merecem ser enfrentados separadamente: **(4.1)** o prisma *teórico*, relacionado à *universalidade* da titularidade dos direitos sociais; **(4.2)** o viés *jurídico-normativo*, referente à *compatibilidade* da adoção de um tratamento diferenciado com o *Direito positivo*.

4.1 Igualdade material e a universalidade da titularidade dos direitos fundamentais sociais como ponto de chegada (e não como ponto de partida)

Sob o ângulo *teórico*, é preciso posicionar-se a respeito da explicação relativa à universalidade dos direitos fundamentais sociais. É comum a afirmação de que um dos traços marcantes dos direitos humanos é a *universalidade* de sua titularidade, segundo a qual eles são direitos “de todos, sem qualquer distinção de nascença, sexo, cultura, fortuna, cor, raça, religião ou ideologia”, de sorte que, sob a perspectiva *subjéctiva* (dos *sujeitos* que os titularizam), eles são direitos “necessariamente inclusivos e gerais”.⁶² Após questionar se essa universalidade subjéctiva admite a previsão de direitos destinados a proteger somente determinadas categorias de pessoas ou setores da sociedade, José Adércio Leite Sampaio aponta que para a racionalidade do liberalismo clássico, fundada na ideia de igualdade formal, a resposta seria negativa. Isso porque, para aquela linha de pensamento, abandonar a nota universalizante da titularidade dos direitos fundamentais acarretaria um perigo à isonomia, “crivando os direitos com elementos feudais e potencializando a formação, outra vez, de bolsões de privilegiados”. Mostra o autor que para a lógica liberal não seria aceitável a existência de direitos humanos que não pudessem “ter todos ou qualquer um por titular”.⁶³

Conforme se expôs alguns parágrafos atrás, essa mentalidade entra em crise a partir da segunda metade do século XX com as transformações operadas pelo constitucionalismo social e pela consolidação do paradigma do Estado Social de Direito. As Constituições deixam de tratar os direitos fundamentais como “posições jurídicas individuais formalmente iguais, sem conexão alguma com a situação real de poder (...) dos titulares”,⁶⁴ tal como eram concebidos no Estado Liberal de Direito. Ou seja, os direitos fundamentais não são mais encarados como faculdades jurídicas oferecidas indistintamente a todos os cidadãos pela Constituição, independentemente da possibilidade real de cada um de exercitá-las ou não. Opera-se uma relação de *tensão* entre as premissas do modelo liberal, que pressupunha leis gerais e abstratas que não diferenciasssem o tratamento dispensado aos indivíduos (ainda que eles se encontrassem em situações distintas), e a cláusula do Estado Social. De

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 552.

⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Idem*, p. 53.

⁶⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del Derecho administrativo*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 364.

acordo com essa última, “o Estado há de intervir nas posições jurídicas (especialmente, nas de caráter patrimonial, ainda que não somente nelas) dos faticamente mais favorecidos para que seja possível realizar o fim estatal de conseguir mais igualdade e mais justiça social (entendidas estas, também, como resultados empíricos)”.⁶⁵

Em face disso, levando em conta a multiplicidade de condições de vida experimentadas pelas pessoas e de opressões por elas sofridas, os direitos sociais passam ser tutelados nas Constituições com o propósito de reduzir as diferenças substanciais existentes entre os indivíduos no mundo dos fatos, objetivando promover uma igualdade *material* que propicie a todos reais possibilidades de exercer os seus direitos de liberdade. É por esse motivo que “os direitos sociais não configuram um *direito de igualdade* [formal], baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um *direito das preferências e das desigualdades*, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.⁶⁶ Portanto, a proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais reclama o fornecimento de um trato distinto para cidadãos que se encontrem em situações diversas, inclusive como forma de possibilitar que todos possam, de fato, desfrutar de todos os direitos que são assegurados à universalidade dos cidadãos no plano *jurídico*, mas que por conta da opressão e da exploração humana e das demais intempéries da vida nem sempre logram ser exercidos por todos no plano *fático*.

Toda essa transformação demanda uma adequação da ideia de *universalidade* da titularidade dos direitos fundamentais, para que ela se adapte aos propósitos a que se destinam os direitos sociais. Se aplicada sobre eles de maneira automática a lógica liberal da igualdade formal, garantindo a todos a mesmíssima possibilidade de exercício e fruição desses direitos, eles perdem a razão de ser, que é justamente favorecer *juridicamente* as pessoas que se veem desfavorecidas *faticamente*. Uma explicação sobre o modo de enxergar a universalidade da titularidade dos direitos sociais é arquitetada por Gregorio Peces-Barba Martínez, que parece apropriada para explicar o fenômeno na conjuntura de Estados Sociais em que são inúmeros os direitos sociais constitucionalmente previstos e escassos os recursos para atender integralmente à totalidade da população.

Primeiramente, pontua o autor que em matéria de direitos humanos há uma *universalidade da moralidade básica* a eles inerente: é universal a *moralidade* dos direitos fundamentais, composta pela dignidade humana e pelos valores de liberdade, igualdade, segurança e solidariedade. Ela consiste na fonte axiológica de onde se originam os direitos humanos, concebidos como pretensões morais positivadas pelo Direito na forma de posições jurídicas. Trata-se de uma universalidade *como ponto de partida*, pois todos os indivíduos podem igualmente e desde logo exigir o respeito de seus direitos fundamentais no que toca aos valores que integram essa moralidade básica. Com base nela, determina-se que todos os

⁶⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 19.

⁶⁶ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 105.

seres humanos devem ser considerados fins e não meios e devem ter condições de vida social que lhes permitam escolher livremente seus planos de vida. Destaca o autor que essa universalidade é uma marca da moralidade que informa esses direitos e não de cada um dos direitos em si. Ela é compatível com a ideia de historicidade e variabilidade dos direitos fundamentais, visto que a cada momento histórico e em cada espaço territorial distinto a percepção a propósito do conteúdo desses valores se transforma.⁶⁷

Em seguida, Peces-Barba refere-se à *universalidade dos direitos específicos*, os quais se centram nos grupos que, por questões culturais, físicas, econômicas, sociais, etc., encontram-se em situação de inferioridade que reclama compensação por intermédio dos direitos fundamentais. São direitos não assegurados a todos os indivíduos, mas conferidos especificamente às minorias como mulheres, idosos, consumidores, crianças, pessoas com deficiência, etc. Tais direitos são dotados de uma universalidade *como ponto de chegada*. Embora não sejam universais sob o ponto de vista da *titularidade* (nem todos são titulares desses direitos especiais), os direitos fundamentais atribuídos a coletivos específicos têm a finalidade de reestabelecer a igualdade, com o objetivo de permitir a todos o acesso à moralidade básica dos direitos fundamentais (dignidade, igualdade, liberdade, etc.). Através da igualdade como diferenciação (tratar desigualmente os desiguais), esses direitos específicos conduzem a uma universalidade *como ponto de chegada*, ao proporcionar a equiparação dos seus titulares desfavorecidos aos valores que compõem a moralidade básica universal. Em virtude de sua proteção e promoção, todos acabariam tendo acesso à tutela do conteúdo axiológico dessa moralidade.⁶⁸

Finalmente, o autor analisa a *universalidade dos direitos econômicos e sociais*. Sustenta que num contexto de dificuldades de se implementar a cláusula do Estado Social, tais direitos não podem ser considerados universais *como ponto de partida*, como se fossem direitos de titularidade de todos os homens, inclusive daqueles que possuem condições financeiras para satisfazê-los diretamente por outros meios disponíveis (educação, saúde, etc.). Os direitos econômicos e sociais são direitos que atendem a necessidades que seus titulares não podem satisfazer por si mesmos, e que comprometem fundos públicos e ações positivas do Estado. Torna-se, portanto, um excesso não justificado (tratar *igualmente os desiguais*) atribuí-los a pessoas que possuam capacidade econômica suficiente para realizá-los independentemente do apoio estatal. Assim como os direitos específicos das minorias, a universalidade dos direitos econômicos e sociais não é um *ponto de partida*, mas sim um *ponto de chegada*, porque são atribuídos aos carentes e necessitados como forma de igualar o seu acesso aos valores da moralidade básica (dignidade, igualdade, liberdade, etc.). Essa compreensão da universalidade dos direitos sociais pretende ser uma solução

⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 310-313.

⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 204-212.

prática ao problema da escassez de recursos como elemento desencadeador de crises do Estado Social.⁶⁹

A proposta de Peces-Barba é interessante, mas deve ser compreendida com certa cautela. O fato de o sujeito rico, proprietário de vários imóveis, não necessitar que o Estado lhe conceda um lugar para morar não significa que ele não seja titular do direito social à moradia. Os direitos sociais são multifuncionais como os demais direitos fundamentais, de maneira que as funções por eles exercidas não se esgotam na função *prestacional*. O indivíduo exemplificado tem direito a que o Estado não intervenha ilegitimamente no lugar onde ele mora, por força da função *defensiva* do seu direito fundamental à moradia. Ainda que ele não fosse rico, mas fosse proprietário de apenas um imóvel, destinado para fins residenciais, e não tivesse outros bens para saldar uma dívida, essa mesma função *defensiva* do seu direito à moradia bloquearia a tentativa de penhora judicial empreendida por um credor que o estivesse executando. O fato de ter onde morar não elimina o seu direito fundamental à moradia. Logo, o fato de ele não necessitar pôr em marcha a função *prestacional* desse direito não faz com que ele deixe de titularizá-lo e de poder desfrutar dos seus demais efeitos jurídicos.

Da mesma forma, o sujeito que não utiliza – porque não necessita – os serviços públicos de educação básica do Estado, não deixa de ser titular do direito à educação. Mesmo estudando em uma escola privada, o seu direito social à educação impõe ao Estado, em virtude de sua função de *prestação normativa de proteção*, o dever de criar normas que disciplinem a autorização e o funcionamento das instituições de ensino particulares e fiscalize o cumprimento dos requisitos normativamente estabelecidos para assegurar o padrão de qualidade dos serviços, nos termos dos arts. 208, VII e 209, II da Constituição.⁷⁰

À vista de tudo o quanto foi dito, a forma mais adequada para compreender a questão parece ser a seguinte: (i) os direitos fundamentais são, em princípio, direitos *potencialmente* titularizados por todos; (ii) a titularidade de cada direito específico no tocante a cada indivíduo só pode ser aferida em termos concretos, verificando-se se o sujeito em questão se enquadra faticamente na descrição prevista no enunciado normativo veiculador do direito (v.g., uma criança não poderá exercer um direito assegurado aos idosos, tampouco um homem poderá desfrutar do percentual de vagas reservadas às mulheres em um concurso público); (iii) no caso dos direitos sociais que não se destinam expressamente a pessoas e grupos dotados de características específicas, mas sim à generalidade das pessoas (v.g., saúde, educação, trabalho), todos os indivíduos os titularizam, ainda que nem sempre possam usufruir da sua função de *prestações fáticas*, cuja exigibilidade dependerá da situação concreta em que cada um se encontra e do seu enquadramento nas hipóteses normativas que disciplinam esses direitos.

⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 318-320.

⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VII – garantia de padrão de qualidade. (...) 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".

Por exemplo: todas as pessoas são *potencialmente* titulares do direito fundamental à inadmissibilidade de provas ilícitas em um processo, mas alguém que jamais figure em uma relação processual não poderá invocá-lo ou exercê-lo.⁷¹ Por sua vez, o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, CF) é titularizado por essa particular categoria de pessoas. A assistência social, como antes se disse, é um direito fundamental que se dirige a um setor social determinado, não cabendo àqueles que nele não estão inseridos postular os benefícios decorrentes desse direito, já que suas condições fáticas não se encaixam na descrição normativa que o prevê.⁷² E tratando-se de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal a *todos*, como é o caso da educação e da saúde, eles são de fato por *todos* titularizados, o que não significa que necessariamente a totalidade dos seus titulares poderá, em quaisquer circunstâncias, desfrutar igualmente de sua função *prestacional*.

A *universalidade* dos direitos fundamentais sociais como a saúde e a educação, no que toca à sua função *prestacional*, há que ser encarada como um *ponto de chegada*: embora nem todos possam, *de partida*, exigir as respectivas prestações estatais positivas gratuitamente, já que alguns não necessitam delas e podem obtê-las de outras formas ou pagar por elas, esses direitos são universais como um *ponto de chegada*, porque a sua previsão pressupõe que todos acedam através deles, com ou sem o auxílio do Estado, o conjunto valorativo que compõe a *moralidade básica* dos direitos humanos (dignidade, liberdade, igualdade, etc.). Do contrário, se a sua função *prestacional* for atribuída identicamente a todos, o que ocorre é que eles, por estarem sendo “concebidos como direitos universais desde o ponto de partida, não conseguem manter a universalidade no ponto de chegada”. E assim acabam servindo para manter as desigualdades que a sua proclamação visava a corrigir, operando, “para aqueles beneficiários que não os necessitam realmente, como os privilégios medievais e potencializam a desigualdade. Tratam igualmente os desiguais com consequências injustas”.⁷³

Posta a questão nesses termos, a conclusão a que se pode chegar é a de que, sob o viés *teórico*, à luz da cláusula do Estado Social, não se pode fechar os olhos para a distinção entre aqueles que só podem obter os direitos fundamentais sociais pela via de serviços públicos gratuitos e aqueles que podem pagar por eles. A prestação desses serviços de forma gratuita para ambas as classes de pessoas mencionadas é incompatível com o fim a que se destina a função *prestacional* dos direitos fundamentais sociais. Sua previsão tem o objetivo de garantir essas prestações sem custos àqueles que não têm outra forma de consegui-las, pois assim, por meio desses direitos, promove-se uma equiparação dos desiguais. Tal assertiva não faz com que eles deixem de ser direitos de todos: eles o são,

⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 5º. (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁷² A respeito dessa questão, ver os exemplos trazidos por: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 48-50.

⁷³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 210-211.

mas isso não significa que todos devam alcançar os bens econômicos por eles protegidos necessariamente da mesma forma.

4.2 A universalidade de acesso aos serviços públicos de saúde e educação na Constituição brasileira de 1988

Questão diversa é saber se a implementação prática da vedação de acesso gratuito aos serviços públicos de saúde e educação é autorizada constitucionalmente. A Constituição Federal, como antes se viu, de fato estabelece que saúde e educação são serviços públicos de acesso *universal e igualitário*. Impende verificar se essas expressões comportam a instauração de um tratamento diferenciado entre os que podem adquirir os serviços da iniciativa privada e os que não podem, sem com isso acarretar ofensa ao princípio da igualdade. Para averiguar se essa diferenciação de trato transgride ou não o princípio da isonomia, recorre-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Segundo o autor, os requisitos a serem observados para se atestar se uma discriminação hostiliza ou não a igualdade são os seguintes: (i) o fator de discriminação: (i.i) não pode ser algo que singularize *no presente e definitivamente* o sujeito que receberá tratamento diverso para atingir exclusivamente um determinado indivíduo, devendo, ao revés, englobar situações que poderão ser reproduzidas futuramente; (i.ii) tem necessariamente de *residir na pessoa, situação ou coisa a ser discriminada*, não sendo admitida a acolhida de um fator discriminante que seja neutro ou alheio a elas, pois só podem ser tratadas de forma diversa situações que sejam de fato diferentes entre si; (ii) deve haver, em abstrato, uma *correlação lógica* entre o *fator de discrimen* e o *regime diferenciado* que será dispensado a duas situações diversas, ou seja, o tratamento desigual deve justificar-se com base no fundamento que lhe deu origem, sendo adequado para corresponder a ele; (iii) haverá de existir, no plano concreto, uma *consonância entre a diferenciação adotada e os valores protegidos pela Constituição*, devendo tratar-se de uma distinção que se harmonize com o conteúdo axiológico dos princípios inscritos no sistema constitucional, visto que não bastará a presença de um nexó racional entre o fator discriminante e o regime diferenciado se ele não encontrar respaldo no ordenamento jurídico.⁷⁴

Quanto ao primeiro critério, no caso em apreço o *fator de discriminação* consiste na diferença de poder aquisitivo: pessoas de baixa renda não ostentam meios de aceder a esses bens econômicos pela via do mercado, o que os torna *faticamente* distintos e *efetivamente* carentes da prestação desses serviços pelo Poder Público, ao passo que aqueles que possuem recursos financeiros em maior quantidade encontram-se em uma situação *fática* diversa, pois podem ter acesso à saúde e à educação por meio de estabelecimentos particulares e *prescindem* dos serviços públicos. Trata-se de fator que cumpre os requisitos (i.i) e (i.ii). Em relação ao segundo parâmetro, há uma clara correlação lógica entre esse fundamento e o *regime diferenciado* que se pretende instituir: oferta gratuita dos serviços públicos aos que

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade...* Op. Cit., p. 23-43.

realmente dele necessitem e fornecimento mediante contraprestação pecuniária àqueles que desfrutam de condições para adquiri-los de outros particulares. Cuida-se de um tratamento desigual dispensado àqueles que de fato possuem padrões distintos de poder aquisitivo: cobra-se de quem pode pagar, isenta-se de pagamento quem não pode.

Chega-se então ao terceiro critério: seria essa diferenciação (onerosidade/gratuidade), que guarda correlação lógica com o fator de discrimen (poder aquisitivo), compatível com a Constituição brasileira de 1988? A resposta é distinta conforme o serviço que estiver em análise: educação ou saúde. No caso da educação, o constituinte tomou uma decisão política: se é fornecido por instituições oficiais de ensino, sua prestação será gratuita. Consta do art. 206, IV, com todas as letras: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) *gratuidade do ensino público* em estabelecimentos oficiais”. Logo, por mais que do ponto de vista *teórico e político* fosse recomendada a cobrança dos serviços públicos de educação de quem pode pagar (considerando que eles se encontram disponíveis no mercado), e que sob o prisma dos dois critérios lógicos do princípio da igualdade material fosse admitida a diferenciação de tratamento, esse último critério – *jurídico-normativo* – impede a cobrança de quem quer que seja.

Não é o que ocorre, todavia, com os serviços públicos de saúde. Diferentemente do que se passou com a educação (e também com a assistência social),⁷⁵ o constituinte não entabulou a *gratuidade* entre os princípios orientadores do Sistema Único de Saúde (SUS). Nas hipóteses em que pretendeu fazê-lo, estipulou-a expressamente. No caso da organização das ações públicas de saúde, consoante o art. 198, incisos I a III, são três as diretrizes norteadoras: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.⁷⁶ Assim, do ponto de vista *constitucional*, não há uma vedação para que os serviços de saúde sejam cobrados.

O legislador ordinário fixou, no art. 43 da Lei nº 8.080/1990, que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Esse dispositivo leva alguns autores a sustentarem que, por imposição *legal*, estaria proibida a cobrança direta do cidadão em contrapartida às ações e serviços de saúde prestados pelo Estado, a quem competiria custeá-los com as verbas orçamentárias.⁷⁷ No entanto, outra parcela da doutrina entende que, a partir de uma interpretação sistemática do dispositivo à luz

⁷⁵ De acordo com o art. 203 da Constituição Federal, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...)”.

⁷⁶ Sobre o sentido e os desdobramentos de cada uma dessas diretrizes, ver o excelente trabalho de: PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

⁷⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 73; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. p. 26; WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 162.

da ordem constitucional, é possível em determinados casos que o Poder Público cobre pela prestação desses serviços. É o caso de autores como Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo, Fernando Borges Mânica e Saulo Lindorfer Pivetta.⁷⁸

Assiste razão à segunda corrente. Vale observar que o art. 198, § 1º da Constituição Federal dispôs textualmente que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. E o art. 195 estabelece que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei (...)”. Concorde-se, assim, com a leitura de Saulo Pivetta, quando assinala ser “plenamente viável que, por meio de lei, sejam estabelecidos mecanismos remuneratórios pela utilização das ações e serviços de saúde, seja através da Contribuição Social para a Saúde (como tentou ser feito, sem sucesso, no processo de elaboração da Lei Complementar nº 141), ou através de taxa (quando é realizada a cobrança de serviços específicos)”.⁷⁹ O autor inclusive exemplifica com o caso do art. 32 da Lei nº 9.656/1998 (regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde), que estipulou a possibilidade de ressarcimento do SUS pelas operadoras privadas, quando aqueles que contrataram os seus serviços usufruam de serviços prestados pelo sistema público que se encontrem dentro da cobertura do plano ou seguro de saúde.

Do exposto, o que se conclui é que a *universalidade do acesso* aos serviços públicos de saúde impõe a garantia de que ele seja oferecido a todos os que dele necessitarem, o que não significa que todos poderão fruí-lo exatamente da mesma forma, sendo possível a cobrança pautada no critério do poder aquisitivo e da capacidade econômica do cidadão. A base jurídico-constitucional para essa afirmação não se encontra somente na ausência de previsão expressa da *gratuidade* como diretriz do Sistema Único de Saúde. Ela deriva de uma das concepções de *justiça social* que é agasalhada pela Constituição brasileira de 1988. Conforme premissa lançada em outro estudo, ao qual se remete para evitar repetições,⁸⁰ para que se promova o desenvolvimento não basta que o Estado assegure a *igualdade de oportunidades*, fornecendo o mínimo necessário para que todos os cidadãos se encontrem no mesmo ponto de partida. É crucial que ele proporcione simultaneamente uma *igualdade de posições*, reduzindo as distâncias existentes entre as diferentes posições sociais.

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 245; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 172; MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 136; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde... Op. Cit.*, f. 162 et seq.

⁷⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde... Op. Cit.*, f. 163.

⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

Em um país como o Brasil, com níveis de disparidade tão elevados entre os mais ricos e os mais pobres,⁸¹ não se pode pretender que todos recebam idêntico tratamento em matéria de serviços públicos. É justamente através de uma tratativa desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades, que o Estado logrará promover o desenvolvimento social. Impõe-se, nas palavras de Dinorá Musetti Grotti, a “realização de uma igualdade pelo serviço público, isto é, a busca de uma igualdade de fato à custa de restrições à igualdade de direito”.⁸²

5. Referências bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad en el Derecho Público*, nº 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.
- CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. *Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil*. 02.01.2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.
- COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.
- CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 13, São Paulo, Malheiros, p. 210-215, 1999.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

⁸¹ Uma recente pesquisa demonstrou que as 124 pessoas mais ricas do país concentram um patrimônio de 544 bilhões de reais, o que equivale a cerca de 12,3% do PIB nacional. CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. *Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil*. 02.01.2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

⁸² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988... Op. Cit.*, p. 304.

- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF). *Revista de Direito Público da Economia*, nº 24, Belo Horizonte, Fórum, p. 219-236, out./dez. 2008.
- FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 12, Belo Horizonte, Fórum, p. 142-165, abr./jun. 2003.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA FILHO, José Cal. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 32, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-32, jul./set. 2008.
- GASTALDI, José Pretelli. *Elementos de economia política*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXXI, nº 361, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 395-425, oct. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.2, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. O problema de prestação de serviço público essencial enquanto Direito Social Fundamental e sua contraprestação em face da incapacidade financeira do usuário. In: LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 60, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos*. México: Universidad Autónoma de México, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del Derecho administrativo*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Editorial Jurídica Venezolana, 2009.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). *Serviço público: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- ROCHA, Silvío Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- RODRIGUES, Nelson. *O óbvio ululante: primeiras confissões (crônicas)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista da AJURIS: Doutrina e Jurisprudência*, v. 31, n. 95, Porto Alegre, AJURIS, p. 103-135, set. 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. El servicio publico. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, Porto Alegre, Síntese, p. 147-161, 2001.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO: O INTERESSE PÚBLICO ENTRE EFICIÊNCIA E DIGNIDADE*

LUZARDO FARIA**

Sumário: 1. O princípio da eficiência na prestação de serviços públicos no Estado Social de Direito: por uma eficiência administrativa social; 2. Entre o público e o privado: a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de serviço público; 3. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e princípio da continuidade dos serviços públicos: fundamentos para a não interrupção de serviços públicos essenciais; 4. O princípio da supremacia do interesse público e a suspensão do fornecimento de serviços públicos essenciais por inadimplemento do usuário; 5. Referências.

1. O princípio da eficiência na prestação de serviços públicos no Estado Social de Direito: por uma eficiência administrativa social

Sabe-se que, principalmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, é possível se falar, no Brasil, na existência de um *Direito Administrativo Constitucional*, pautado pela harmonia da interpretação do interesse público com os valores constitucionais. Nesse novo paradigma, os direitos e princípios fundamentais possuem um papel essencial no delineamento da atividade administrativa. A função da Administração Pública, com isso, passa a ser a de efetivar e maximizar todos os direitos fundamentais, através das ferramentas previstas no ordenamento constitucional e legal.¹

Ao se reputar essa tarefa à Administração, espera-se dela, por óbvio, êxito. A missão de ser o principal ente maximizador dos direitos fundamentais é conferida à Administração

* Prêmio de 1º lugar – Menção Honrosa – do Concurso de Artigos Jurídicos promovido no marco do *Seminário Internacional Eficiência e Ética na Administração Pública*, ocorrido nos dias 10 e 11 de agosto de 2015 e realizado pelos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUCPR, da UFPR e da UniBrasil.

** Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisador-bolsista do PIBIC/UFPR/TN.

¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 53.

Pública exatamente porque a sociedade possui uma expectativa de que o aparato administrativo, em seus mais diversos nuances, será capaz de corresponder às suas necessidades. Em poucas palavras: a sociedade, enquanto legitimadora democrática do Poder Público, espera que a Administração cumpra seus deveres com *eficiência*.

A eficiência, como é notório, foi elencada como princípio constitucional expresso da Administração Pública com a Emenda Constitucional nº 19/98. Essa previsão expressa, porém, talvez até tenha sido desnecessária. Afinal, parece ser inegável que uma estrutura estatal ineficiente não corresponde com os deveres fundamentais do Estado de Direito. Paulo Modesto, nesse sentido, pontua que a eficiência é uma característica própria do Estado Social. Para o administrativista baiano, a obtenção de recursos dos cidadãos por meio de impostos apenas torna-se justificável quando há resultados socialmente relevantes. Sempre pareceu legítimo que os contribuintes “cobrassem” do Estado uma adequada prestação de serviços públicos, pois é a própria sociedade que possibilita a existência desse sistema de providência social. No final da década de 90, porém, esse dever de dar um “retorno” à comunidade foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro, gerando para os administradores exigências positivas, que impõem uma ação (e não apenas uma abstenção) voltada para a satisfação das necessidades da população.²

É, também, óbvio, por outro lado, que um Estado *pretensamente eficiente* - que se distancia dos pressupostos principiológicos constitucionais para atingir o resultado pretendido pelo administrador - não é capaz de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, valor maior do sistema constitucional pátrio. Por essas razões, em se tratando de eficiência administrativa, deve-se questionar, sempre, “as soluções apressadas, cujo fatalismo inexoravelmente esconde uma faceta antidemocrática”.³ Faz-se necessária, então, uma análise específica do conteúdo jurídico deste princípio no ordenamento constitucional brasileiro.

De início, deve-se afirmar (ainda que isso possa parecer lógico) a força jurídico-normativa do princípio da eficiência. Alguns estudiosos defendem que a eficiência, por não ser um conceito desenvolvido essencialmente no âmbito do Direito, não ostentaria efetividade jurídica. Essa tese, porém, não merece prosperar.⁴ Primeiramente, porque, como lembram Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, não existem conceitos que, *a priori*, podem ser considerados essencialmente jurídicos. O da moralidade inicialmente parece pertencer ao campo da ética; o da democracia, à ciência política; o da justiça, à sociologia e à filosofia; etc. Seguindo essa lógica, no máximo apenas o princípio da legalidade poderia ser

² MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*. Brasília, ano 51, n. 2, abr./jun. 2000. p. 106.

³ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 145.

⁴ Cabe, aqui, ressaltar a lição de Paulo Modesto sobre o assunto, para quem “o termo eficiência não é privativo de nenhuma ciência; é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua aceção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.” Cf. MODESTO, Paulo. Notas para um debate... *Op. Cit.* p. 107

considerado essencialmente jurídico.⁵ Não há, todavia, qualquer dúvida acerca da juridicidade de todos os princípios acima elencados.

O que deve ser feito, nesses casos, portanto, é uma *filtragem constitucional* desses conceitos.⁶ Isto é, assim que tais valores são inseridos no ordenamento jurídico, a sua conformação constitucional passa a ser um papel hermenêutico do operador jurídico. O princípio da eficiência, então, (assim como todos os outros) deve ser lido, interpretado e aplicado levando em consideração o contexto e a normativa constitucional.⁷

Essa é, também, a indicação de Romeu Felipe Bacellar Filho. O administrativista afirma que, por mais que não se concorde com determinadas premissas que levaram à inclusão da eficiência como princípio constitucional expresso da Administração Pública, sua aplicação não deve ser rechaçada. Enquanto legítimo produto da atividade do constituinte reformador, o princípio da eficiência deve ser recebido na Constituição de modo a se adequar com o restante do texto constitucional. Para isso, lembra Bacellar Filho, o princípio da eficiência deverá sofrer um constante processo de *interpretação conforme à Constituição*, para evitar leituras descontextualizadas que podem conflitar com a essência da Lei Maior, e, ao mesmo tempo, deverá ser aplicado em conjunto com os demais postulados da Administração Pública, participando do fenômeno das “deslocações compreensivas” e da ponderação realizada na aplicação dos princípios no caso concreto.⁸

Pautando-se em uma hermenêutica constitucional sistemática e vinculativa, assim que uma norma é positivada no ordenamento jurídico, sua interpretação deve, de fato, se dar em conformidade com todo o bloco de constitucionalidade. É por tal motivo que, no caso brasileiro, o princípio da eficiência, enquanto norma jurídica, não pode ser lido a partir dos ditames da lógica gerencialista da Administração Pública.⁹ A Constituição Federal de 1988 tem escolhas claras no sentido de instituir um Estado Social de Direito, que vincula a Administração Pública, entre outros objetivos, à *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* e à *redução das desigualdades sociais e regionais*. É, portanto, nesses preceitos que a aplicação do princípio da eficiência nos serviços públicos deve ser baseada.

⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 243.

⁶ O conceito de “filtragem constitucional” é desenvolvido pelo constitucionalista Paulo Ricardo Schier. Segundo Schier, a ideia de “filtragem constitucional” parte de premissas como “a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.” Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoliberalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2015.

⁷ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional... Op. Cit.* p.86.

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222-223

⁹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.* p. 243.

Outra precipitada ideia que deve ser desconstruída é a de que a *eficiência administrativa* deveria seguir os moldes da *eficiência economicista privada*. Para isso, lembre-se que a eficiência não foi desenvolvida - como defendem os especialistas da Ciência da Administração que orquestraram a reforma do Estado na década de 90 - apenas na iniciativa privada. Pelo contrário: o dever de agir com eficiência é próprio da Administração Pública (talvez até mais do que da esfera privada)¹⁰. Como já explicitado acima, sempre foi juridicamente inadmissível um ente administrativo que, deliberadamente, não agisse com eficiência, seja na escolha dos meios que utiliza, seja na persecução do fim que lhe é devido.

Esta tentativa de *fuga do Direito Administrativo* - no sentido de desprivilegiar o interesse público e criticar, dentre outros fatores, as prerrogativas da Administração Pública e o rigor do princípio da legalidade - é uma característica há muito conhecida da mentalidade gerencial.¹¹ Esse processo, no entanto, é incompatível com os ditames do Estado Social e Democrático de Direito. O regime jurídico-administrativo foi constitucionalmente formulado para que a Administração Pública possa atingir o interesse público transcrito na Constituição; isto é, grosso modo: a garantia dos direitos fundamentais e a concretização da dignidade da pessoa humana.

José Torres Pereira Junior, em posição com a qual aqui se concorda, considera inconstitucional essa tentativa de fugir e flexibilizar o regime jurídico-administrativo. Para o autor, é aceitável (e inevitável) que na iniciativa privada a eficiência seja um instrumento a mais para a perseguição de lucro. A atividade administrativa, porém, não pode se pautar por esse axioma. Em suas palavras, "cabe ao Estado promover o bem comum, a dignidade da pessoa humana e a paz social".¹²

O ideal de uma Administração Pública gerencialista, responsável pelas direções tomadas na Reforma Administrativa da década de 1990, pautando-se em características como orientação para resultados, flexibilidade e adoção de técnicas de administração privada para eficientizar o sistema, impôs ao Estado uma incessante busca por produtividade.¹³ Esse

¹⁰ Nesse sentido, Emerson Gabardo lembra que, em última análise, a iniciativa privada sequer possui um dever propriamente dito de ser eficiente. Se não o for, sofrerá as consequências do mercado, obviamente. Todavia, essa não deixa de ser uma opção sua. A eficiência privada é disponível; a administrativa, não. O administrador público, por força constitucional, está sempre encarregado de agir com eficiência na organização e na atuação da função pública. Cf. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...* Op. Cit. p. 21.

¹¹ A expressão "fuga do Direito Administrativo" com o sentido aqui ventilado é desenvolvida pela doutrina administrativista espanhola, já na década de 1990. Cf. MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Sebastián. Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo". *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 140, , mai./ago., 1996, p. 25-30.

¹² PEREIRA JUNIOR, José Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44

¹³ ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*. Brasília, v. 48, n. 03, set/dez, 1997. p. 117. Nessa linha, Luiz Carlos Bresser Pereira, um dos responsáveis pela reforma administrativa, aponta a existência de três tipos de orientação (técnica, econômica e política) que devem reger a Administração Pública Gerencial. Vale, por ora, ressaltar a orientação técnica, que se caracteriza, segundo Bresser Pereira pela: (i) passagem do controle de procedimentos para o controle de resultados; (ii) tentativa de redução do custo do serviço público; (iii) máxima preocupação com o controle financeiro; (iv) grande relevância conferida à avaliação de desempenho dos funcionários; (v) disposição ao cumprimento de metas; (vi) ampliação da

“*fetichismo econômico*”¹⁴ na análise do princípio da eficiência administrativa, entretanto, é claramente contrário ao legalismo jurídico. Para os que interpretam a eficiência a partir de uma mentalidade economicista, o sistema jurídico se preocupa demasiadamente com aspectos formais, o que inviabiliza a realização de uma gestão “eficiente” dos bens e recursos públicos. Os defensores dessa linha de pensamento, portanto, pautam-se prioritariamente em uma racionalidade material que encontra na análise de resultados o mais apurado método de controle de “eficiência”.¹⁵

Sofisticando seu posicionamento com base na teoria da análise econômica do Direito, os economicistas passaram a sustentar que, a partir da aplicação de métodos econômicos para a análise de problemas jurídicos, a eficiência deveria ordenar uma luta contra o desperdício de bens públicos.¹⁶ Fábio Ulhoa Coelho, seguindo essa linha, afirma claramente que “eficiência significa algo ligado ao aproveitamento dos recursos disponíveis, dos bens e conhecimentos técnicos amealhados pela civilização ao alcance de alguma atividade útil” e que “o aproveitamento será tanto *mais eficiente* quanto *menor forem as perdas* ou a dispersão”.¹⁷

A legitimidade buscada por essa Administração Pública Gerencial é fundada, principalmente, no controle de resultados eficientes. Entende-se que o administrador deve utilizar os meios que mais entender eficientes para atingir seus objetivos legais. Pretende-se, com essa extinção do controle de meios (típico da administração burocrática), flexibilizar o regime jurídico-administrativo, privilegiando uma lógica que, como já observado, se preocupa primordialmente com os *resultados* produzidos pela atividade administrativa.¹⁸

A Administração Pública do Estado Social não pode, porém, aceitar o critério da eficiência enquanto mero controle de resultados da atividade administrativa. Afinal, a eficiência administrativa abrange não só a análise dos fins atingidos, como também a dos meios empregados. Não basta, então, que o resultado seja célere, ágil, econômico e produtivo.¹⁹ Um ato jamais será eficiente se, para atingir o resultado pretendido, infringiu outros princípios e valores constitucionais. Assim, segundo o referido princípio, *a atividade administrativa deve*

autonomia de gestão; e (vii) avaliação das performances. Cf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania* - a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 115.

¹⁴ Por “fetichismo econômico” entende-se mentalidade economicista que desprestigia a justiça e que não leva em consideração os custos políticos e sociais das ações estatais, tendo como fundamento uma precária concepção de eficiência, que se baseia principalmente no controle de resultados para avaliar a eficiência atividade administrativa. Cf. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...* Op. Cit. p. 141-142.

¹⁵ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003. p.145-146.

¹⁶ GABARDO, Emerson. *Idem*. p. 148-149.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do Direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari et alli (Org.). *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 157.

¹⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial*. Curitiba, 2001. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 128

¹⁹ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...* Op. Cit. p. 97.

*objetivar a produção de resultados efetivos, conforme a finalidade prevista lei, dentro de um prazo razoável, agindo de forma simples e objetiva, sem formalidades exacerbadas, utilizando os meios e os recursos que estiverem à sua disposição de modo otimizado.*²⁰

Parece ser evidente, também, que o debate acerca da eficiência ou ineficiência da atuação administrativa depende dos *critérios de julgamento* que serão utilizados para fazer essa análise.²¹ Com efeito, pode-se analisar a eficiência da Administração Pública sob um prisma econômico, administrativo (no sentido de “parâmetro da ciência da administração”), sociológico, etc. Segundo a hermenêutica jurídico-constitucional, porém, a análise (e os critérios) só pode ser uma.²²

Para se chegar a esses critérios deve-se lembrar que a Administração Pública brasileira encontra-se inserida no paradigma do Estado Social de Direito e que, por tal motivo, deve seguir os fundamentos essenciais desse modo específico de organização política. Não se admite, portanto, qualquer modelo de eficiência que não seja aquele pautado pela concretização dos direitos fundamentais - principalmente os sociais.²³

Fábio Wanderley Reis afirma que no paradigma do Estado Social e Democrático de Direito a Administração Pública possui uma *responsabilidade social* para com os cidadãos, que devem cobrar do aparato estatal eficiência na persecução dos objetivos impostos por essa responsabilidade.²⁴ A eficiência que aqui se defende como própria de uma Administração Pública coerente com a Constituição Federal, portanto, é uma *eficiência administrativa social*.

Administrativa, em primeiro lugar, porque é um conceito de eficiência tomado a partir do ordenamento jurídico. Em que pese seja sempre interessante o intercâmbio intelectual entre as mais diversas áreas do conhecimento, a eficiência estudada como princípio jurídico possui uma conotação específica, cujo conteúdo só pode ser atingido a partir do exame das ferramentas do regime jurídico-administrativo. É uma eficiência, enfim, específica, voltada especialmente à atividade da Administração Pública.

E *social* porque o Estado brasileiro encontra-se inserido, por força dos mandamentos constitucionais, no paradigma do Estado Social de Direito. A Constituição, baseando-se principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, elenca como objetivos fundamentais da República: (i) a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e

²⁰ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.* p. 242.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 13.

²² A existência de apenas um conjunto de parâmetros jurídicos para análise da eficiência estatal, como aqui defendida, coaduna-se com a doutrina de Emerson Gabardo, que afirma que “no sistema constitucional brasileiro, eficiência sem estado Social não é eficiência em uma interpretação jurídica”. Cf. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional...* *Op. Cit.* p. 163.

²³ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade...* *Op. Cit.* p. 158.

²⁴ REIS, Fábio Wanderley. *Política e racionalidade - problemas de teoria e método de uma sociológica crítica da política*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 13.

a redução das desigualdades sociais e regionais; (iv) e a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação. E, para o cumprimento dessas metas, assegura aos cidadãos uma série de direitos fundamentais sociais, os quais devem ser efetivados pela Administração Pública através, principalmente, dos serviços públicos. Tendo esse contexto em vista, é inegável que a eficiência administrativa possui, sobretudo, uma essência e um fim de conteúdo social.

O dever gerado pelo princípio da eficiência, destarte, é o de que a *Administração Pública utilize os meios mais adequados ao alcance ótimo das finalidades juridicamente estabelecidas* (descritas acima).²⁵ Lembre-se que, em última análise, a finalidade legal, sob a perspectiva do princípio da juridicidade,²⁶ será sempre o atendimento do interesse público, caracterizado na Constituição Federal nos princípios e direitos fundamentais. Determinando, portanto, a busca finalística do ponto ótimo descrito em Lei, o princípio da eficiência exige que “a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou”.²⁷

O exposto acima acerca da eficiência administrativa social serve, principalmente, para demonstrar que esse princípio possui uma força e um conteúdo jurídico-normativo próprio, que lhe diferencia da eficiência privada. A lição que buscou se passar - e que será fundamento para a análise da problemática acerca da suspensão de serviços por inadimplemento - é a de que a Administração Pública não age apenas voltada à busca pelos resultados menos custosos. Sua direção, claramente, é a de efetivar a dignidade da pessoa humana e cumprir os objetivos fundamentais da República.

2. Entre o público e o privado: a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações de serviço público

A aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor às relações de serviço público é um tema de grande discussão na doutrina e na jurisprudência. Por sua amplitude, portanto, essa matéria exige estudos específicos e analíticos. Este, portanto, não é o momento adequado para a realização dessa profunda reflexão.

Não há, no entanto, como se olvidar dos impactos que essa (possível) aplicabilidade traz para a análise dos casos de suspensão de serviço público por inadimplemento do usuário. Assim sendo, sabendo da abrangência e da importância do tema, realizar-se-á apenas algumas breves considerações sobre o assunto, a fim de se tentar demonstrar até que ponto se entende ser o CDC aplicável nas relações advindas da prestação de serviços públicos.

²⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.* p. 246-249.

²⁶ Segundo Cármen Lucia Antunes Rocha, o princípio da juridicidade determina que a legalidade deve ser entendida de um modo mais amplo, englobando o Direito como um todo (principalmente a Constituição) e não apenas a lei formal como anteriormente se entendia. Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 83 e ss.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 32-33.

Ainda que existam diversas posições mais específicas sobre o *status jurídico* do usuário de serviço público, pode-se perceber, de modo geral, duas visões distintas de se encarar essa problemática: (i) uma fundamentada na lógica do *Direito Privado*, que, por mais que ainda tenha o objetivo de proteger os cidadãos hipossuficientes frente aos grandes fornecedores, se baseia, principalmente, nas normas do Código de Defesa do Consumidor; (ii) e outra, baseada no *Direito Público*, que, ao tomar o sentido de serviço público extraído da Constituição Federal, encara o usuário como cidadão integrante de um grupo social e que busca garantir a adequada prestação do serviço para toda a coletividade.²⁸

Apesar de as duas lógicas visarem à proteção dos cidadãos, o enfoque dado por cada uma delas é bastante diferente. Enquanto a visão consumista intenciona a proteção do usuário *per se*, individualmente, a publicista busca proteger os cidadãos enquanto membros da coletividade, tendo por objetivo a instituição de um sistema prestacional *equânime, universal, adequado e contínuo*.²⁹

Deve-se ressaltar, porém, a impropriedade de se realizar uma separação estanque entre o *Direito Público* e o *Privado* nos dias atuais. Essa divisão, tomada como óbvia por muitos, é fruto do desenvolvimento do Estado Liberal. Com a queda do absolutismo monárquico no final do século XVIII e início do século XIX, o *Direito* ocidental europeu passou a dividir claramente o que seria o âmbito de atuação do Estado (*Direito Público*) e o dos indivíduos (*Direito Privado*). A desconfiança em relação ao Estado nesse período era tamanha que a função do *Direito Público* não era outra senão a de garantir a existência do espaço de liberdade dos indivíduos.³⁰

Com a Constituição Federal de 1988, porém, essa concepção divisionista cai por terra. Devido ao fenômeno da constitucionalização do *Direito Privado*, torna-se mais difícil - senão impossível - identificar institutos jurídicos que não sofram reflexos dos princípios gerais do *Direito Público*. Como bem assinala Romeu Felipe Bacellar Filho, “a Constituição abala as estruturas do *Direito Privado*”,³¹ penetrando em toda a malha do ordenamento jurídico e contribuindo significativamente para a derrocada da fronteira entre o *Público* e o *Privado*.

A concepção unitária de sistema jurídico ganha ainda mais evidência no paradigma do Estado Social. Afinal, com a “transferência para o Estado de novas funções de inclusão e compensação, a delimitação entre *Direito Público* e *Privado* deixa de ser ontológica para assumir uma mera feição didático-pedagógica.”³² Nesse mesmo sentido, Pietro Perliengieri afirma que “se em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares da-

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 475.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Idem*. p. 476.

³⁰ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito: In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 37

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 81.

³² ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção... *Op. Cit.* p. 36.

quela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público”.³³

A temática analisada nesse trabalho é um dos mais claros exemplos dessa confluência entre o Direito Público e o Privado: estuda-se, aqui, se o inadimplemento de uma obrigação por parte de um usuário pode fazer com que uma empresa privada concessionária de serviço público interrompa a prestação desse serviço para não contrair prejuízos. A concorrência entre institutos tidos como típicos do Direito Público ou do Direito Privado nesse caso é evidente, o que demonstra manifestamente o fato de que o Direito é um todo indivisível, cuja separação em disciplinas se dá apenas por razões didáticas.

Por esse motivo, deve ser afastada a noção de que o Código de Direito do Consumidor é um diploma legislativo do Direito Privado e que, por tal motivo, não se aplicaria de modo algum às relações de serviço público. Ainda que essa seja a solução menos trabalhosa, não é, definitivamente, a mais correta. O caminho a ser seguido, desse modo, é o do estudo contextualizado e sistematizado das normas dispostas no CDC, para que se tenha em mente sua função e sua natureza jurídica. O primeiro passo, nesse sentido, é analisar a conjuntura histórica na qual o CDC foi desenvolvido.

No Brasil, o fenômeno da liberalização dos serviços públicos tornou-se mais acentuado na década de 1990. Com as diversas alterações legislativas levadas à cabo naquela época - em nível constitucional e infraconstitucional - pode-se dizer que passou a existir um clima de concorrência no âmbito dos serviços públicos. Isso fica evidente, por exemplo, com a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (8.987/95) que, em seu art. 29, XI,³⁴ estabelece como incumbência do Poder Concedente o incentivo à competitividade.

Essa concessão de maior liberdade para atuação dos prestadores privados de serviço público é acompanhada, inevitavelmente, por um afastamento do Poder Público no que se refere à garantia e à promoção dos direitos dos usuários. Logicamente, quando *abre-se espaço* para atuação de *agentes privados*, *perde-se espaço público*. Ou seja, com a liberalização nas concessões de serviços públicos, reduz-se a garantia de proteção do usuário, ao passo que diminuem as condutas impostas pelo Poder Concedente às empresas concessionárias.

É diante desse contexto que se passa a afirmar a existência de uma *relação de consumo entre o usuário e o prestador de serviço público*, acompanhada, obviamente, da *aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor* nessa relação. Por mais que, como visto acima, não se possa negar a influência da lógica consumeirista no Direito dos Serviços Públicos nos

³³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53.

³⁴ Lei 8.987/95. Art. 29. Incumbe ao poder concedente: XI - incentivar a competitividade.

últimos anos, deve-se ter em mente, sempre, que não existe entre o usuário e o prestador a mesma contraposição de interesses que há entre o fornecedor privado e o seu cliente.³⁵

A natureza da relação (se de consumo ou de Direito Público) entre usuário e prestador de serviço público é uma discussão ainda mais específica e problemática, que não cabe ser enfrentada no presente trabalho. Como breve indicativo, pode-se citar a lição de César Guimarães Pereira, que defende que é nos *campos de liberdade* deixados pela Administração para negociação entre o usuário e o prestador privado “que, por excelência, encontra aplicação o CDC, suprimindo o afastamento do Poder Concedente com a imposição ao concessionário de obrigações similares às que caracterizam as relações privadas”.³⁶ Para os fins a que este artigo se dedica, porém, o que se deve analisar é tão somente se as normas do Código de Defesa do Consumidor podem ser aplicadas a essas relações de serviços públicos.

Lembre-se, diante disso, que o CDC possui algumas normas típicas do âmbito do Direito Administrativo, que lá foram inseridas para reforçar a garantia que os usuários tem a uma correta prestação dos serviços públicos.³⁷ É o caso, por exemplo, do art. 22,³⁸ que reafirma uma série de princípios norteadores da prestação de serviços públicos, entre os quais, destaca-se, aqui, o da *continuidade dos serviços essenciais*. O art. 6º, X, ao elencar a “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” como direito básico dos consumidores e o art. 4º, VII, ao listar a “racionalização e melhoria dos serviços públicos” como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo seguem essa mesma direção.

Por outro lado, há dispositivos do CDC que claramente se aplicam a determinados serviços públicos e a outros, não. É o caso, por exemplo, do art. 39, I,³⁹ que proíbe a venda casada. Em algumas situações, como nas de fornecimento de serviço público de água e tratamento de esgoto, é aceitável, por questões de funcionalidade prática, que se exija que todo usuário de serviço de abastecimento de água esteja também ligado à rede de coleta de esgoto. Trata-se, de fato, de serviços distintos; no entanto, como são prestados sempre por apenas um fornecedor, não há qualquer espaço para se defender a aplicabilidade da referida norma do CDC. Em contrapartida, todavia, tem-se o setor das telecomunicações, no qual seria manifestamente ilegal a obrigatoriedade de compra conjunta dos serviços de telefonia e de internet, por exemplo, por se tratar de um âmbito no qual há maior liberdade de escolha para o usuário.

³⁵ DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108-109.

³⁶ PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148-149.

³⁷ OLIVEIRA, Maria Cristina César de. O Código de Defesa do Consumidor e a Administração Pública. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 22, p. 82-94, 2003, p. 88-89.

³⁸ Código de Defesa do Consumidor. Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

³⁹ Código de Defesa do Consumidor. Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

Deve-se lembrar, ainda, que embora o usuário de serviço público não seja propriamente um consumidor, “*foi a ele equiparado para fins de proteção*”. Portanto, o usuário recebe a proteção do CDC [...] ainda que não seja destinatário final e que o serviço seja gratuito”.⁴⁰ Ou seja, ainda que não se caracterize uma relação de consumo. Essa parece ser a solução mais adequada (ainda que temporária) ao problema aqui apresentado.

Enquanto não for editada alguma *lei nacional de defesa dos usuários de serviços públicos* - o que é, aliás, dever do Congresso Nacional, por força do mandamento disposto no art. 27 da Emenda Constitucional 19/98 -⁴¹ a inaplicabilidade irrestrita do CDC pode trazer graves danos aos cidadãos. Sendo certo que a “privatização” de serviços públicos aumenta o espaço de liberdade para negociação existente entre usuário e prestador - no qual, por excelência, aplica-se o CDC - inadmitir a aplicabilidade de determinadas normas do CDC a usuários que se encontrem em outras situações, teria por consequência o privilégio dos usuários atendidos por prestadoras privadas, em detrimento daqueles que tem o Estado como prestador. Ou seja, na relação de serviço público na qual o prestador fosse alguma empresa privada o usuário teria um diploma legislativo para protegê-lo; no caso de prestação direta por algum órgão ou ente estatal, porém, ele estaria desprotegido. É evidente que essa lógica não merece prosperar.

A bem da verdade, o Código de Defesa do Consumidor foi editado com um objetivo parecido com o que norteia muitos princípios do regime jurídico-administrativo: *a especial tutela dos direitos do consumidor/cidadão que, frente à empresa fornecedora/Administração Pública, vê-se em uma situação de hipossuficiência*. Em razão disso, por admitir (i) que *existem normas típicas de Direito Administrativo dispostas ao longo do CDC* e (ii) que *a essência ou o espírito do CDC é muito semelhante ao que espera de uma legislação de proteção aos usuários de serviços públicos*, entende-se, na falta desta, pela aplicabilidade daquele, desde que as normas consumeristas postas em questão passem pela *filtragem constitucional* responsável pelo delineamento do regime jurídico-administrativo.

Assim, tem-se que determinadas normas do CDC - como o art. 22, que elenca como obrigação das empresas concessionárias ou permissionárias o fornecimento de “serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” - constituem-se como um reforço legislativo que incrementa o regime jurídico-administrativo no sentido de possibilitar a efetivação, na maior medida do possível, dos direitos fundamentais sociais concretizados por meio de serviços públicos.

⁴⁰ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 338.

⁴¹ Emenda Constitucional nº 19/98. Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

3. Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e princípio da continuidade dos serviços públicos: fundamentos para a não interrupção de serviços públicos essenciais

Por mais que a delimitação do significado dos serviços públicos seja uma opção política,⁴² o legislador (seja o ordinário ou o constituinte reformador) pouco espaço possui para configurá-lo. Afinal, a identificação legal de determinada atividade como serviço público só será válida se atender a certos pressupostos. A essencialidade à coletividade é considerada um desses pressupostos, motivo pelo qual os serviços, para serem considerados públicos, além de serem prestados pelo Estado (aspecto orgânico) sob o regime de direito público (aspecto formal), devem possuir como objetivo último a satisfação das necessidades dos cidadãos (aspecto material).⁴³

O elemento material, inclusive, pode ser entendido como o principal dos três componentes dos serviços públicos - até porque os dois outros dele decorrem - sendo o principal parâmetro de diferenciação destes para as atividades econômicas *strictu sensu*.⁴⁴ É exatamente porque os serviços públicos envolvem, em sua essência, “a prestação de utilidades e comodidades materiais voltadas à satisfação de relevantes necessidades humanas”,⁴⁵ que a Administração Pública é obrigada a garantir a permanência de seu funcionamento e que seu regime é formado por normas de Direito Público, voltadas ao atendimento do interesse público.

Pode-se dizer, pois, que o princípio da continuidade decorre desse elemento material dos serviços públicos.⁴⁶ Lembre-se que, em princípio, todas as atividades que exploram

⁴² Como lembra Daniel Wunder Hachem, “o serviço público consiste em um dos capítulos mais clássicos, mais controvertidos e mais cambiantes do Direito Administrativo. Seu conceito tem se transformado ao longo dos anos, adquirindo sentidos diferentes em cada momento histórico e em cada ordenamento jurídico.” Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p. 123. No mesmo sentido, Dinorá Musetti Grotti adverte que “não há um serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal - ou na própria lei ordinária, desde que editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas -, decorrendo, portanto de uma decisão política”. Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 88

⁴³ VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel (Coords.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 277.

⁴⁴ Segundo a doutrina de Eros Roberto Grau, atividade econômica (*lato sensu*) é gênero do qual decorrem duas espécies: atividade econômica *strictu sensu* (art. 173, CF) e serviços públicos (art. 175). As atividades econômicas em sentido estrito, desse modo, são consideradas aquelas que estão à livre Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101 e ss.

⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado... *Op. Cit.* p. 128.

⁴⁶ Como lembra Luis Antônio Rizzato Nunes, a essencialidade (e o conseqüente dever de continuidade na prestação) do serviço público pode ser correlacionada com a urgência de sua prestação, ou seja, com a necessidade concreta percebida pelos usuários quanto à fruição daquele serviço. Cf. RIZZATO NUNES, Luis Antônio. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 104.

bens ou serviços com valor econômico (úteis e escassos) poderiam ser consideradas atividades econômicas. Os serviços públicos, então, *a priori*, são atividades econômicas como quaisquer outras, que inclusive poderiam estar à livre disposição da iniciativa privada para exploração. O Estado, no entanto, por reputar aquela atividade como essencial para a comunidade, assume para si o monopólio de sua titularidade, com o intuito de mantê-la sempre acessível a todos que dela quiserem fruir.⁴⁷ É o ordenamento jurídico, portanto, que atribui à Administração Pública o dever de prestar esses serviços, trazendo-os, assim, para o âmbito de incidência das normas do regime jurídico-administrativo.

No momento que o Estado toma para si a titularidade da prestação de determinado serviço, parece lógico deduzir que dele se espera uma prestação contínua, sob pena de, não satisfazendo as necessidades presentes naquela situação, violar a dignidade dos cidadãos atingidos. Pode-se dizer, então, que a função do princípio da continuidade é *garantir aos cidadãos que os serviços públicos não sejam suspensos ou interrompidos, para que aqueles sempre possam usufruir ao menos de uma parcela mínima destes, considerada imprescindível à concretização da dignidade da pessoa humana*. A necessidade de haver certa continuidade na prestação de serviços públicos, portanto, relaciona-se intimamente – ainda que não derivada originariamente disso – com a *proteção do mínimo existencial*.

Antes de dispor sobre a definição do conteúdo do mínimo existencial no Direito Constitucional brasileiro, é imperioso ressaltar as origens de seu desenvolvimento – até mesmo para tornar possível uma maior adaptabilidade desse instituto à realidade brasileira. O mínimo existencial nasce no constitucionalismo alemão, onde não há, diferentemente do Brasil, um rol expresso de direitos sociais. Dessa forma, tornou-se necessária a elaboração doutrinária e jurisprudencial de uma parcela de direitos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana que vinculassem o Estado à garantia de um “*mínimo social*” a todos os cidadãos.⁴⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, analisado o Direito alemão, pontua que Otto Bachof, em pioneira doutrina, foi o responsável pelo desenvolvimento teórico desse instituto, partindo da ideia de que para assegurar a todos condições mínimas de vida com dignidade, seria necessária a garantia de determinados recursos materiais.⁴⁹

O primeiro reconhecimento expresso do “direito ao mínimo existencial” deu-se pelo Tribunal Constitucional alemão apenas em 1975. Diversas cortes constitucionais, desde então, passaram a acatar o referido instituto em suas decisões, extraíndo-o dos postulados do princípio da dignidade da pessoa humana e dos fundamentos do Estado Social de Direito. No Brasil, ainda que a Constituição de 1988 não tenha trazido expressamente uma menção

⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado... *Op. Cit.*. p. 126.

⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 209-210.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 317-318.

ao mínimo existencial, a garantia desse instrumento é aceita pacificamente na doutrina e na jurisprudência.

Ana Paula de Barcellos, ao estudar esse tema, pontua que para os cidadãos que não possuem condições materiais mínimas de existência digna os direitos fundamentais tornam-se pouco mais que papel e tinta.⁵⁰ É exatamente, então, para garantir que nenhum cidadão seja privado de usufruir de seus direitos fundamentais que existe o instituto do mínimo existencial. Considera-se o direito ao mínimo existencial, por tal motivo, um direito-condição. Afinal, nada mais é, em sua essência, senão a condição material necessária para a eficácia de todo o sistema de direitos fundamentais.⁵¹ Por isso, inclusive, pode ser relacionado àquele que Hannah Arendt elencou como o direito humano mais fundamental de todos: o direito a ter direitos.⁵²

Ainda que a formulação de um conceito próprio de mínimo existencial seja uma tarefa demasiadamente árdua e desproporcional aos fins deste trabalho, entende-se que o referido instituto deve ser encarado como *a previsão constitucional (implícita), protegida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, do conjunto de necessidades materiais básicas dos cidadãos, que deve ser assegurado pelo Estado, capaz de, dentro da conjuntura história, econômica, regional e social analisada, propiciá-los meios dignos para o livre desenvolvimento de sua personalidade.*⁵³

Há de se reconhecer que a dignidade da pessoa humana, enquanto *mandado de otimização* que é,⁵⁴ será efetivada em maior ou menor grau, a depender das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto. É inadmissível, todavia, que a Administração Pública se preste à efetivação de determinado direito fundamental em uma linha inferior a da mínima dignidade humana.⁵⁵ E a esse ponto é importante destacar a diferença entre os chamados

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 136.

⁵¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170.

⁵² Cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 327 e ss.

⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais e supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 286.

⁵⁴ "Mandados de otimização" é como são definidos os princípios na doutrina de Robert Alexy, ou seja, normas que determinam que o direito em questão deva ser aplicado na maior medida possível, tendo em vista sempre o contexto jurídico-social que o envolve. Alexy entendia que as normas principiológicas não impõem condutas gerais e pré-determinadas, mas tão somente *prima facie*, o que significa que nem sempre sua efetividade será total, podendo sofrer com a incidência de outros fatores não previstos. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., 2. tir. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 67-69. Os princípios diferenciam-se, nesse ponto, portanto, das regras, já que estas representam um comando definitivo, sendo indiscutivelmente aplicado quando se satisfizerem os pressupostos de sua existência. Nesse sentido, em teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, as regras seguem a lógica do "tudo-ou-nada": ou uma regra é válida e, por tal motivo, deve-se aceitar todos os seus efeitos jurídicos ou não o é, e não se pode exigir nenhuma das consequências que prevê. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *Op. Cit.* p. 211.

mínimos existenciais vital e sociocultural. O primeiro impõe ao Poder Público o dever de *garantir, por meio de prestação ou abstenção, as condições mínimas para que os indivíduos possam simplesmente manter-se vivos*. O segundo, por sua vez, refere-se a um conceito mais amplo, do qual se extrai que *o mínimo existencial tem por objetivo não apenas garantir a mera existência fisiológica dos cidadãos, mas integrá-los à comunidade, propiciando-os meios efetivos de exercício do livre desenvolvimento de sua personalidade*.⁵⁶ Oportuno registrar que aqui se defende essa segunda concepção, entendendo que o mínimo existencial relativo aos serviços públicos abrange mais do que os serviços que serviriam apenas para garantir a existência fisiológica dos usuários. Afinal, na ordem constitucional de 1988, não basta simplesmente viver; deve-se viver com dignidade.

Como será melhor analisado no tópico a seguir, o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos é, por vezes, descartado, quando ocorre falta de pagamento por parte do usuário. Ou seja, há quem defenda que, por falta de condições financeiras, o Estado permita que direitos fundamentais sejam tutelados à baixo do mínimo existencial, consagrando, em última análise, uma violação direta à dignidade dos mais carentes.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, porém, o Estado jamais - ainda que em razão de inadimplemento de alguma obrigação - poderá admitir a efetivação de direitos fundamentais à baixo das condições consideradas mínimas para se viver uma vida com dignidade. Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Marçal Justen Filho, para quem *“a carência de recursos não admite a supressão da existência e da dignidade da pessoa humana.”*⁵⁷

Eurico Bittencourt Neto lembra, nessa mesma linha, que é exatamente nos momentos de carência financeira que o direito ao mínimo existencial faz-se mais necessário. Assegura-se, desse modo, que, mesmo em períodos de crise, a possibilidade de se viver com dignidade estará garantida, o qual é, enfim, o grande objetivo da Constituição Federal de 1988. O administrativista afirma, ainda, que *“ao legislador e, muito menos, ao administrador público, não cabe sacrificar recursos indispensáveis à garantia de meios mínimos para a assegurar a vida com dignidade, em função de outras prioridades quaisquer: é a Constituição democrática e social que o diz, quando se erige sobre o postulado da dignidade da pessoa humana”*.⁵⁸

Correlacionando, enfim, o mínimo existencial com o princípio da continuidade dos serviços públicos, chega-se à conclusão de que é possível se falar em um *“serviço público mínimo”*, caracterizado pelas prestações estatais (ou de quem lhe faça as vezes) mínimas referentes a determinado serviço público, que devem ser prestadas continuamente, com o intuito de propiciar condições materiais dignas de vida a todos os seus utentes. Esse instituto, por decorrer diretamente do mínimo existencial, ostenta a qualidade de dever ser efetivado

⁵⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 79-80.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 310.

⁵⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao mínimo existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords.). *Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 169-170

sob qualquer circunstância, podendo ser exigido enquanto direito subjetivo oponível ao Estado - inclusive frente a considerações de ordem financeira.⁵⁹

Como pontuado acima, os serviços públicos são assim considerados por terem sido reputados pelo Estado como essenciais ao desenvolvimento da coletividade e ao atendimento do interesse público. É por essa razão que essas atividades econômicas são subtraídas do âmbito da exploração privada e passam a ser submetidas, por uma opção estatal, ao regime jurídico-administrativo.

Nessa ótica, todos os serviços são, em maior ou menor grau, essenciais. No ordenamento jurídico brasileiro atual, porém, as mais diversas atividades econômicas são cobertas pelo roupagem jurídica de serviços públicos: de fornecimento de água a telecomunicações; de radiodifusão de sons e imagens a transporte ferroviário; de serviço postal a portos marítimos, fluviais e lacustres; etc. Diante dessa ampla variedade de serviços públicos, ainda que todos atendam a específicas necessidades da sociedade, não há como se negar que alguns são mais essenciais para os cidadãos do que outros.

O presente trabalho, portanto, foi construído no objetivo de analisar a questão do inadimplemento de usuários desses serviços *ainda mais essenciais* (como fornecimento de água e energia elétrica, por exemplo), uma vez que sua prestação contínua está ligada diretamente à satisfação da dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo existencial, nos termos acima expostos.

4. O princípio da supremacia do interesse público e a suspensão do fornecimento de serviços públicos essenciais por inadimplemento do usuário

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, autor da mais difundida teoria acerca do conteúdo jurídico do *princípio da supremacia do interesse público* no Direito Administrativo brasileiro, pode-se considerar interesse público como sendo o resultado da “*dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo partícipe da sociedade*”. Isto é, em outras palavras, a comunhão dos interesses que os indivíduos possuem enquanto membros da sociedade.⁶⁰

As duas principais lições que se pode tirar desse conceito são que o interesse público: (i) *não se confunde e também não é algo contrário ao interesse dos indivíduos*, tratando-se, tão somente, do resultado do conjunto da dimensão pública dos interesses dos indivíduos (sendo que a dimensão privada, caracteriza, logicamente, o interesse privado); (ii) *não se identifica, sempre, com o interesse do Estado*, uma vez que este também possui

⁵⁹ PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de serviços públicos... *Op. Cit.* p. 303.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 59-60; 62.

interesses de dimensão pública e particular. O interesse público só se encontra com o interesse do aparato estatal, portanto, quando se está considerando a dimensão pública deste.⁶¹

Por dimensão pública - vale ressaltar - entende-se a parcela dos interesses que o indivíduo sustenta simplesmente por ser parte de um grupo social. O clássico exemplo para explicar essa questão - e principalmente diferenciar as dimensões pública e privada do interesse público - é o instituto da desapropriação. É *legítimo* que aquele que vá ter seu imóvel desapropriado, seja para qual fim for, não deseje essa desapropriação, tendo em vista os danos individuais que isso lhe causará. Esta é, portanto, a *dimensão privada* dos seus interesses juridicamente tutelados. Por outro lado, não há como se negar que, enquanto *membro de uma coletividade*, esse mesmo indivíduo possui *interesse na existência* do instituto da desapropriação, porque, em outras situações, isto lhe trará incontáveis benefícios. Esta segunda circunstância, obviamente, reflete a *dimensão pública* dos interesses daquele cidadãos. É por este motivo, inclusive, que - desde que haja um respeito ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o qual resulta, nesse caso, no direito do desapropriado a uma prévia e justa indenização - a dimensão pública - ou seja, o interesse público - sobrepor-se-á à dimensão privada - ou seja, ao interesse privado. Eis, dessa forma, a estrutura básica do *princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o privado*.

Ainda que o princípio da supremacia do interesse público comporte diversas outras discussões e análises interessantes, já é possível, com o exposto, relacioná-lo ao objeto desse trabalho, isto é, à *possibilidade de suspensão de serviços públicos por inadimplemento do usuário*.

Por força do art. 175 da Constituição Federal, recorde-se, o Estado é o ente *aprioristicamente* competente para prestar serviços públicos. Diz-se assim porque a referida norma abre, também, a possibilidade de prestação indireta, por meio de regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. É como se o constituinte, ciente das impossibilidades fáticas do Estado de atender com satisfação a todas as necessidades sociais, admitisse o auxílio da iniciativa privada na árdua tarefa que é a prestação de serviços públicos.

É natural e legítimo, diante desse contexto, que as empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, prestem-nos com o objetivo de atingir lucro.⁶² Exigir outro posicionamento seria completamente inadequado com a disposição da norma constitucional mencionada acima. A diferenciação - ao menos em um primeiro momento - é clara: a *Administração Pública* busca o *interesse público*; a *iniciativa privada*, o *lucro*.

⁶¹ Analisando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, é essa a conclusão a que chega Daniel Wunder Hachem. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. p. 62-63.

⁶² Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "para o concessionário, a prestação do serviço é um *meio* através do qual obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é *meio* por cuja via busca sua *finalidade*, que é a boa prestação do serviço." Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso... *Op. Cit.* p. 730.

Ocorre, porém, que, ainda que em regime de concessão ou permissão, o Estado não deixa de ser o titular do serviço público.⁶³ Por tal motivo, ainda que a empresa privada delegatária esteja buscando o lucro com aquela atividade, é dever incessante do Estado intervir, regular e controlar a prestação do serviço, a fim de garantir que “o elemento ‘lucro’ não se sobreponha aos valores da dignidade do usuário, igualdade na prestação e aos direitos fundamentais do cidadão”.⁶⁴

É em razão dessa busca do concessionário por lucro que se desenvolve o problema da interrupção de serviço público por falta de pagamento do usuário. Até o presente momento deste trabalho, seria lógico imaginar que não existe qualquer dúvida quanto à impossibilidade dessa suspensão, pelos seguintes motivos (já analisados acima): (i) a *noção social (e não de controle de resultados) da eficiência administrativa*; (ii) a *aplicabilidade da disposição do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor e o conseqüente dever de respeitar o princípio da continuidade da prestação de serviços públicos essenciais*; (iii) a *proteção ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana*.

É o art. 6º, parágrafo 3º, II, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos,⁶⁵ então, que dá início a toda essa discussão. A referida norma prevê que não se caracteriza como descontinuidade a interrupção do serviço, após aviso prévio, quando se estiver diante de um caso de inadimplemento do usuário. Diante dessa disposição, alguns especialistas entendem que o princípio da continuidade deve ser encarado como uma regra geral.⁶⁶ Assim, não haveria incompatibilidade entre o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 6, par. 3º, II da Lei de Concessões. Por essa corrente, ao prever a hipótese de suspensão por inadimplemento, a Lei 8.987/95 teria criado uma situação específica, a qual deveria ser respeitada frente a generalizações.

É evidente que, no âmbito das relações privadas, quem não adimplir uma obrigação contraída poderá não receber o bem ou serviço objeto do contrato, pois, sem realizar o pagamento, não possuirá o direito de recebê-lo. Em outras palavras: na iniciativa privada, o fornecedor que não for adimplido não está obrigado a entregar o bem ou prestar o serviço para que haja sido contratado.

⁶³ Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, “o prestador do serviço trava com o Estado uma relação jurídica de colaboração, permanecendo com o Poder Público a titularidade do serviço.” Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002. p. 157.

⁶⁴ VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico... *Op. Cit.* p. 278.

⁶⁵ Lei nº 8.987/95. Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

⁶⁶ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão de fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 16, n. 62, p. 86-123, abr./jun. 2007. p. 99.

Os serviços públicos, porém, como já analisado, estão fora do âmbito das relações privadas, estando submetidos às determinações do regime jurídico-administrativo. Por tal motivo, o inadimplemento em uma relação de serviço público não pode ser encarado com a mesma simplicidade e objetividade que o é no Direito Privado. A tese de que “se o usuário não cumprir com sua principal obrigação, ou seja, com o pagamento pelo uso do serviço, será legítima a suspensão ou interrupção do fornecimento pelo prestador, que não é obrigado a prestar gratuitamente o serviço”,⁶⁷ não merece prosperar. As condições financeiras e econômicas do usuário (diferente das do consumidor-cliente) devem, entre outros fatores, ser consideradas nesse cenário.⁶⁸

Frise-se, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro determina que a responsabilidade de adimplemento de obrigações contraídas recai, salvo específicas exceções, sobre o *patrimônio do devedor* - jamais contra a sua *pessoa*. Também por este motivo, portanto, a interrupção de serviços por inadimplência torna-se inadequada.⁶⁹ A concessionária, em casos como esses, deve se valer dos meios jurídicos adequados - como, por exemplo, ações de cobrança ou de execução - para receber o tributo vencido e não pago. Até porque o sistema de “serviço público tem por mola propulsora a lei, e não o pagamento de taxa”.⁷⁰ Ou seja: o atendimento às finalidades legais é prioritário em relação ao pagamento, o qual tem de ser buscado pelas vias adequadas, não se permitindo a interrupção como forma de cobrança.

Ao suspenderem o fornecimento, as concessionárias, além de negarem acesso a serviços essenciais, praticam uma espécie de “*justiça privada*”, furtando-se de utilizar os meios de legais de cobrança.⁷¹ Ou seja, para forçar o usuário a pagar seus débitos, priva-o de serviços essenciais do seu dia-a-dia. Ocorre, porém, que práticas de constrangimento ou ameaça para cobrança de débitos são expressamente vedadas ao fornecedor por força do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.⁷² A proibição a esse tipo de conduta é tamanha que, em seu art. 71,⁷³ o CDC chega a tipificar como criminosa as práticas de ameaça e coação na cobrança de dívidas.

⁶⁷ CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. v.1. 1ª. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 360.

⁶⁸ PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de serviços públicos... *Op. Cit.* p. 338

⁶⁹ COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Limites à suspensão do fornecimento de energia elétrica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Intertemas*. Toledo, v. 12, n. 12, p. 387-402, 2007. p. 397.

⁷⁰ CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 363.

⁷¹ DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 219-236, out./dez. 2008. p. 266.

⁷² Código de Defesa do Consumidor. Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

⁷³ Código de Defesa do Consumidor. Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o

E nem se argumente que a impossibilidade de suspensão do fornecimento de serviço por falta de pagamento acarretaria uma atividade administrativa ineficiente. O princípio constitucional da eficiência administrativa social, como visto no primeiro tópico, é um *plus*, que gera apenas mais um dever - dentre tantos outros existentes - ao Poder Público. Identifica-se, nesse sentido, mais propriamente com um ponto de chegada do que com um ponto de saída. Isto é, pauta uma recomendação a ser observada pela Administração Pública para que esta percorra um caminho que leve à satisfação do interesse público.

A Administração Pública constitucional, como também já foi explicado, possui um dever inexorável de interpretar e aplicar as leis a que se submete em conformidade com os direitos fundamentais. Disso, extrai-se o reconhecimento de que a Administração pode, inclusive, deixar de aplicar determinada lei que, diante das especificidades do caso concreto, venha a infringir direitos fundamentais. A situação torna-se ainda mais patente quando a aplicação da lei, no caso concreto, tenha por consequência a violação daquele regime extraordinário dos direitos fundamentais, que é o mínimo existencial.⁷⁴

É possível, portanto, inclusive sustentar a inconstitucionalidade do art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95. Afinal, além de desrespeitar o princípio da continuidade dos serviços públicos, afronta, também, o princípio da supremacia do interesse público, vez que dá mais importância ao interesse privado da concessionária de ter o seu crédito adimplido. Embora se admita legítimo e juridicamente tutelado este interesse da concessionária, não se pode negar a existência de uma dimensão pública de um interesse difundido na sociedade no sentido de que a Administração Pública respeite a Constituição e proteja os direitos fundamentais e a dignidade dos hipossuficientes.

Existe, portanto, um *interesse público geral* de que os cidadãos que, por determinadas razões, não possuam condições financeiras para pagar suas contas de água ou luz, por exemplo, não se vejam excluídos da prestação desses serviços, vez que essenciais, sendo-lhes assegurada, sempre, as condições mínimas para que possam desenvolver suas personalidades livre e dignamente.

O interesse público na não interrupção de serviços essenciais por torna-se ainda mais evidente quando o usuário é o Poder Público. Em um cenário onde os serviços públicos, cada vez mais, são prestados mediante o regime de concessão ou permissão, é possível que, diante do inadimplemento contratual por parte da Administração Pública direta ou indireta, as empresas concessionárias interrompam a prestação desses serviços. Nesses casos, é inegável que a suspensão do fornecimento de água e luz a um hospital ou a uma escola pública afetaria sobremaneira diversos cidadãos, consistindo em uma violação ainda mais direta do interesse da coletividade em prol dos interesses privados das empresas concessionárias.

consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

⁷⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração... *Op. Cit.* p. 166.

Reconhece-se, certamente, a força daquele argumento dos que defendem a interrupção de que “a não possibilidade de suspensão do serviço para usuário inadimplente poderia acarretar previsível inadimplência em massa, colocando em risco a viabilidade da prestação do serviço em questão”.⁷⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em 2004, reunindo suas duas Turmas de Direito Público para pacificar a questão da legitimidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento do usuário, julgou o Recurso Especial nº 363.943-MG, por meio do qual se assentou o entendimento da possibilidade do corte de luz. No caso, o Ministro Relator Humberto Gomes de Barros asseverou que a adoção da tese de impossibilidade de suspensão acarretaria naquilo que se passou a chamar de “efeito dominó”: “ao saber que o vizinho está recebendo de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. [...] Falida, a concessionária interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras até a iluminação pública”.⁷⁶

Existe, no entanto, uma solução interpretativa que, ao mesmo tempo que não coloca em risco o sistema de prestação de serviços públicos, prestigia os direitos fundamentais dos cidadãos hipossuficientes.

O voto-vencido do Ministro Luiz Fux no referido julgamento traz alguns indicativos de solução para esta questão com os quais aqui se concorda. Na ocasião, o Ministro bem lembrou que se deve fazer uma distinção “entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no *limite da sobrevivência biológica*”. E ponderou, ainda, que “a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte *considerado o interesse da coletividade*, que significa não fazer o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, *nem o de uma pessoa que não possui 40 reais para pagar sua conta de luz, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança.*”

Aqui se entende, portanto, que a suspensão dos serviços por inadimplemento só poderia ocorrer nos casos em que o usuário tinha a *possibilidade financeira* de pagar as faturas e, por algum motivo próprio, não o fez. Assim, defende-se que a impossibilidade de suspensão por inadimplemento dá-se tão somente nos casos em que o indivíduo deixou de adimplir seu débito porque, financeiramente, não o podia fazer naquele momento.

Lembre-se, nesse sentido, que a observância do princípio da boa fé já é considerada um dever da Administração Pública, que deve agir com lealdade e honestidade para com os cidadãos, protegendo sua confiança e respeitando a segurança jurídica.⁷⁷ Nessa linha há, inclusive, quem fale em uma “*boa fé administrativa*”, caracterizada pela responsabilidade da Administra-

⁷⁵ CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento... *Op. Cit* p. 356.

⁷⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 363.943/MG, *Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS*, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 01/03/2004, p. 119.

⁷⁷ FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público - Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 316.

ção Pública de corresponder, conforme os padrões éticos e morais exigidos pela sociedade, à legítima confiança que os cidadãos possuem na tutela do interesse público.⁷⁸

Parece ser lógico, portanto, pensar que, se a boa fé atualmente é entendida como um postulado a ser seguido pela Administração Pública nas suas mais diversas relações jurídicas, esse *cânone hermenêutico-integrativo*⁷⁹ também deva ser levado em consideração, pela Administração, ao analisar as condutas dos cidadãos. Dessa forma, a Administração, nos casos de inadimplemento de usuário, deve privilegiar aqueles que estão de boa fé e que, como dito acima, só não pagaram suas faturas porque não possuíam os meios financeiros necessários para isso.

Pode-se dizer, então, que a inscrição da expressão “*considerando o interesse da coletividade*” no art. 6º, par. 3º, II, da Lei de Concessões, é o que salva o dispositivo de sua inconstitucionalidade,⁸⁰ porque abre a brecha para a incidência da supremacia do interesse público. Com esse termo quis o legislador proteger o usuário de boa fé das sanções que podem ser impostas ao inadimplente de má fé. Em razão disso, aliás, a suspensão só poderá ser determinada após o devido processo legal no âmbito do Poder Judiciário, onde será analisado se o não pagamento das faturas deu-se por má fé (ou má vontade) do usuário ou por impossibilidade financeira, caso em que não se deve admitir a interrupção.⁸¹ Essa tarefa, evidentemente, não será fácil. Não é possível, todavia, elencar critérios para a caracterização a priori da hipossuficiência do usuário vítima da suspensão. É apenas no curso do processo, com a devida instrução probatória, que, a cada caso concreto, poder-se-á inferir se o cidadão estava ou não imbuído de má fé quando deixou de quitar suas faturas.

Claro que, ainda assim, a solução não estaria satisfatoriamente resolvida. Como foi analisado anteriormente, a concessionária possui um interesse legítimo e juridicamente tutelado de ser paga pelos serviços que presta. Ademais, é exatamente a expectativa de pagamento que faz com que empresas privadas se interessem em participar de licitações para auxiliar o Estado prestando serviços públicos. Portanto, embora se saiba que em matéria de serviços públicos “a figura estelar não é seu titular nem o prestador dele, mas o usuário”, pois “é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe”,⁸² não se pode olvidar dos direitos das concessionárias.

Com efeito, Leila Cuéllar, buscando uma solução que pudesse harmonizar a proteção dos direitos dos usuários com o necessário adimplemento do crédito da concessionária,

⁷⁸ NASSA, Thulio Caminhoto. *A boa fé no regime jurídico de direito administrativo*. São Paulo, 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. f. 83.

⁷⁹ A função da boa-fé como prisma fundamental para interpretação e consequente integração das lacunas normativas é bem analisada em: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 429.

⁸⁰ Faz-se a ressalva de que, mesmo com a inclusão dessa expressão, há quem defenda a inconstitucionalidade do dispositivo. Cf. MARTINS, Plino Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento - Prática abusiva - Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2000, ano 89, n. 778, ago. 2000, p. 108-109.

⁸¹ RIZZATO NUNES, Luis Antônio. Curso... *Op. Cit.* p. 111.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso... *Op. Cit.* p. 695

indica uma possibilidade de se atender o princípio da universalidade de acesso aos serviços públicos à luz da igualdade material, sem, com isso, alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Segundo Cuéllar, a criação de um fundo de universalização (por meio das tarifas pagas pelos outros usuários) ou, até mesmo, a responsabilização (temporária) do Estado pelos débitos daqueles usuários mais carentes podem ser respostas adequadas ao problema aqui enfrentado.⁸³ Assim, estar-se-ia garantindo a prestação de serviços públicos essenciais aos usuários inadimplentes por falta de condições financeiras, sem que, com isso, algum dano sensível fosse causado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Diante disso, ainda que o tema da suspensão de serviços públicos por inadimplemento do usuários comporte diversas outras discussões e análises, espera-se ter chegado ao objetivo que norteou o desenvolvimento do presente trabalho: *a demonstração de que, segundo a Constituição Federal de 1988, o Estado, por força de princípios como o da eficiência administrativa social, da continuidade na prestação de serviços público e da supremacia do interesse público, não pode admitir a interrupção do fornecimento de serviços a usuários que tornaram-se inadimplentes apenas porque de fato não possuíam condições financeiras de quitar seus débitos, garantindo a esses cidadãos mais carentes as condições mínimas de uma vida digna.*

5. Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., 2. tir. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*. Brasília, v. 48, n. 03, set/dez, 1997.
- ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito: In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- ARENDRT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão de fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 16, n. 62, p. 86-123, abr./jun. 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁸³ CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento... *Op. Cit* p. 366.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao mínimo existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico (Coords.). *Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 363.943/MG, *Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS*, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 01/03/2004, p. 119.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania - a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998.

CARAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do Direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari *et alli* (Org.). *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito - PUC/SP*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Limites à suspensão do fornecimento de energia elétrica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Intertemas*. Toledo, v. 12, n. 12, p. 387-402, 2007.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. v.1. 1ª. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 219-236, out./dez. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais e supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público - Fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.

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

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Sebastián. Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Madrid, v. 140, mai./ago., 1996.

MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento - Prática abusiva - Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 89, n. 778, ago. 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*. Brasília, ano 51, n. 2, abr./jun., 2000.

NASSA, Thulio Caminhoto. *A boa fé no regime jurídico de direito administrativo*. São Paulo, 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

OLIVEIRA, Maria Cristina César de. O Código de Defesa do Consumidor e a Administração Pública. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 22, p. 82-94, 2003.

PEREIRA JUNIOR, José Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REIS, Fábio Wanderley. *Política e racionalidade - problemas de teoria e método de uma sociológica crítica da política*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

RIZZATO NUNES, Luis Antônio. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial*. Curitiba, 2001. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoliberalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel (Coords.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PARTE II

IMPACTOS DA INEFICIÊNCIA E DA CORRUPÇÃO NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL



O ADVOGADO E A CORRUPÇÃO NO BRASIL: CONTRIBUIÇÃO PARA A EMERGÊNCIA DE NOVOS PAPEIS VOLTADOS À PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA*

Sumário: 1. Introdução; 2. Os deveres do advogado num contexto de combate e prevenção à corrupção; 3. A Participação do Advogado na Prevenção da Corrupção; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho destina-se a mapear alguns elementos e tendências, em caráter não exaustivo, acerca do papel desempenhado pelo advogado na prevenção a comportamentos ilícitos e antiéticos na Administração Pública. Os acontecimentos recentes de corrupção em grau sistêmico que têm sido noticiados pela imprensa nacional recolocam o tema em destaque e movimentam as instituições a se organizarem para coibir essa prática, possuindo a advocacia relevante função a ser exercida nesse contexto.

A corrupção é um fenômeno social que pode ser analisado sob diversas perspectivas e por diferentes ciências. O assunto sempre recebeu grande atenção de estudiosos brasileiros. No plano histórico-antropológico, autores clássicos das ciências sociais buscaram explicá-lo enfatizando o acentuado personalismo e ausência de uma cultura do Público na formação da sociedade brasileira¹.

* Professor Doutor de Direito Administrativo na Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal) e pelo Max-Planck Institut (Hamburgo, Alemanha). Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Administrativo Democrático da Universidade de São Paulo - NEPAD-USP Ex-Procurador do Estado do Paraná. Sócio-fundador de Justino de Oliveira Advogados. Contato: gustavo@justinodeoliveira.com.br. O autor agradece aos advogados Telma Lisowski e Otávio Venturini, cujas participações primorosas foram essenciais para a conclusão deste trabalho.

¹ “O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais

Essas leituras clássicas, que ligam o fenômeno da corrupção a traços culturais históricos patrimonialistas do Brasil, têm sido revisitadas por outros autores², sob a crítica de que esse tipo de compreensão empobrece a análise e engessa a possibilidade de mudança social.³ A ressalva é importante, pois as novas interpretações revelam a complexidade do tema e outras possibilidades de compreensão, para além da mera ligação a vetustos traços de nossa cultura. Outras ciências humanas, como a psicanálise⁴ e a psicologia, também trazem um “olhar” próprio e contributivo para deslindar a lógica do fenômeno da corrupção.

A evidente relevância social do tema faz com que o Direito dispense um grande número de leis e normas para reger o assunto⁵. Por muito tempo, porém, a legislação preocupou-se quase exclusivamente com o combate a comportamentos desviados, tipificando condutas e impondo sanções para casos em que já esteja configurada a ilicitude, sobretudo na seara criminal. Uma explicação possível para essa forma de proceder está na tradicional concepção de que as penas, além do caráter retributivo, também teriam uma função preventiva, é dizer, teriam a capacidade de inibir comportamentos ilícitos na medida em que o agente ficaria desestimulado a praticar o ato sob o risco de posterior punição.

Essa compreensão tem sido duramente criticada pelas mais modernas teorias da pena, como exemplifica a elucidativa afirmação de Klaus Günther: “Penas intimidatórias são,

normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.” HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 82.

² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009; OUZA, Jessé; GRILLO, André. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Editora UFMG, 2009.

³ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.

⁴ “A lógica da corrupção é aquela que faz com que um representante de uma instituição sustente simultaneamente duas lógicas contraditórias, a pública e a privada, resultando na corrupção de ambas as morais e na instituição da imoralidade.” MINERBO, Marion. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. *Novos Estudos-CEBRAP*. São Paulo, n. 79, p. 139-149, nov. 2007. Ver também: ELIASBERG, Wladimir. “Corruption and bribery”. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Chigaco, v. 42, n. 3, p. 317-331, sept./dec. 1951.

⁵ Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); Lei n.º 1.079/1950 (Lei do Impeachment); Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965 (define o crime de sonegação fiscal); Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 (responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores); Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional); Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990 (inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências); Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União); Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária); Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa); OEA -Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996. Promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 4.410/2002; OCDE - Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais de 17 de dezembro de 1997; Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002 (prevê os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional); Decreto n.º 4410, de 07 de outubro de 2002 (promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), de 31 de outubro de 2003. Promulgada pelo Decreto n.º 5.687/06; Lei n.º 10.763, de 12 de novembro de 2003 (modificou a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva); Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa); Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013 (dispôs sobre o conflito de interesses no âmbito da Administração Pública); e Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

afinal, também questionáveis porque, além do efeito negativo, não produzem nada que aumente a probabilidade de comportamento conforme às normas entre os afetados. Elas não oferecem nenhuma solução construtiva para os problemas e conflitos que se julgem não poder resolver de outro modo que pela prática de um ilícito penal(...).”⁶

A percepção de que a *punição* de condutas não tem sido suficiente para a *prevenção* da ocorrência de ilícitos leva à conclusão pela necessidade de criação e institucionalização de mecanismos autônomos de prevenção a comportamentos ilícitos e antiéticos na Administração Pública. É nesse contexto que se inserem as mudanças legislativas destinadas a fortalecer programas de prevenção e de *compliance*, com destaque para a Lei nº 9.613/98 (dispõe sobre crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e dá outras providências) e a Lei nº 12.846/13 (“Lei Anticorrupção”). Esses diplomas abrem espaço para uma importante atuação do advogado na prevenção da corrupção e de outros ilícitos, conforme procuraremos demonstrar.

2. Os deveres do advogado num contexto de combate e prevenção à corrupção

A posição do advogado, em um contexto de corrupção sistêmica e de atuação cada vez mais forte e consistente das instituições investigatórias e judicantes, é de uma delicadeza ímpar. Se esse profissional tem, por um lado, o dever de defender da melhor forma possível os direitos e interesses de seu cliente, sem fazer juízo de valor acerca da conduta que lhe seja imputada, de outro lado tem uma função social que lhe impõe atuar na prevenção de conflitos sociais, agindo sempre com ética e sem compactuar com qualquer pessoa que assim não o faça.

A legislação nacional que rege a profissão traz os fundamentos éticos do mister do advogado em relação à corrupção. O Estatuto da Advocacia e da OAB, em seu art. 2º, §1º, diz da função social do advogado:

O advogado, enquanto profissional indispensável à administração da Justiça (art. 133, Constituição Federal), possui um papel essencial no apaziguamento de conflitos sociais, traduzindo as demandas do jurisdicionado e promovendo a defesa de seus direitos e interesses. Mais do que isso, o advogado, com seu conhecimento técnico, pode atuar na prevenção desses conflitos sociais e na defesa do interesse público, em especial junto à Administração Pública.

O Código de Ética e Disciplina da OAB explicita os deveres do advogado:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

⁶ GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena. *Revista Direito GV* 4. São Paulo, v. 2 n. 2, p. 187-208, jul./dez. 2006. p. 187-203

Parágrafo único. São deveres do advogado: I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; (...) VIII – abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste. IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Tendo em vista esses deveres, especialmente o de zelar pela defesa do interesse público junto à Administração Pública, o advogado defronta-se constantemente com a possibilidade de emergirem conflitos entre a necessária preservação do sigilo profissional⁷ e o dever de colaborar com a Administração, o que pode se concretizar, por exemplo, em chamamento para depor ou apresentar documentos em investigações, bem como na eventual obrigação de reportar transações suspeitas.

Sobre esse ponto, vale relembrar a polêmica gerada pela inclusão de dispositivo na Lei de Lavagem de Dinheiro que criou, para pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em diversas operações comerciais, empresariais e financeiras, a obrigação de manter cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e reportar determinadas transações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) (art. 9º, inciso XIV, Lei nº 9.613/98 – incluído pela Lei nº 12.683/12), obrigação essa que já existia para instituições financeiras, seguradoras, corretoras e entidades de previdência complementar. A inclusão desse dispositivo gerou sérias dúvidas acerca da submissão dos advogados entre os serviços de assessoria, consultoria ou aconselhamento “de qualquer natureza”, o que acarretaria a essa classe profissional o dever de manter e atualizar cadastros e reportar transações de que viesse a ter conhecimento no exercício da profissão.

A Ordem dos Advogados do Brasil manifestou sua posição institucional no sentido de que essa obrigação é inaplicável à classe, por ser incompatível com o exercício do sigilo profissional estabelecido no Estatuto da OAB, como se percebe na consulta nº 49.0000.2012.006678-6 realizada pelo Conselho da Seccional de São Paulo ao Conselho Federal:

⁷ A respeito do sigilo profissional, a proposta do novo Código de Ética e Disciplina da advocacia, que está em fase final de tramitação, amplia o dever de sigilo desses profissionais, abrangendo os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 35, parágrafo único), presumindo confidenciais as comunicações de qualquer ordem entre advogado e cliente (art. 36, §1º) e estendendo o dever de sigilo para o advogado que esteja no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro (art. 36, §2º). Além disso, a inexistência de dever de depor em processo judicial sobre fatos de que tenha conhecimento em razão de seu ofício foi ampliada para abarcar também os depoimentos em processo administrativo ou arbitral (art. 38).

EMENTA: Lei 12.683/12, que altera a lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, estatuto da Ordem (lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los. Posição do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Consulta n. 49.0000.2012.006678-6/OEP. Assunto: Consulta. Lei n. 12683/2012. Lei de Lavagem de Dinheiro. Consulente: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relatora: Conselheira Federal Daniela Rodrigues Teixeira (DF). Data de julgamento: 20 de agosto de 2012.

Essa posição de preservação do sigilo profissional, ainda que venha sendo arduamente defendida pela Ordem dos Advogados do Brasil, precisa ser constantemente reafirmada, pois ressurge a todo momento a tensão e o conflito entre a defesa dos interesses do cliente e a atuação em colaboração com a Administração Pública em prol do interesse público.

É bastante ilustrativo o caso ocorrido recentemente no ensejo da denominada “Operação Lava Jato”, em que uma renomada advogada criminalista foi convocada por Comissão Parlamentar de Inquérito para esclarecer a origem dos recursos de seus clientes destinados ao pagamento de honorários advocatícios. A convocação teve grande repercussão no meio jurídico e acabou sendo repelida por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, assim se manifestando o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski em sede de liminar em Habeas Corpus: “(...) é inadmissível que autoridades com poderes investigativos desbordem de suas atribuições para transformar defensores em investigados, subvertendo a ordem jurídica. São, pois, ilegais quaisquer incursões investigativas sobre a origem de honorários advocatícios, quando, no exercício regular da profissão, houver efetiva prestação do serviço.” (HC 129569 MC / DF, decisão de 30/07/15).

Novamente no bojo da “Operação Lavo Jato”, o Judiciário repeliu novas tentativas de incursões ilegais, ao assegurar o sigilo profissional: “Como adiantei na decisão anterior, não existem elementos concretos que justifiquem a investigação da advogada Beatriz Catta Preta, com o que a solicitação em questão, quaisquer que sejam seus propósitos, apenas gera constrangimento indevido à referida advogada por sua atuação no feito, com prejuízos para as investigações inauguradas a partir dos depoimentos dos acusados colaboradores por ela atendidos.”⁸

Esse apoio institucional do Poder Judiciário, que – corretamente – coloca-se ao lado da advocacia ao defender sua posição de profissão indispensável à administração da justiça,

⁸ Decisão de Sérgio Moro no Requerimento-CPIPETRO com pedido para fornecer a lista dos investigados da Operação Lava Jato defendidos pela advogada Beatriz Catta Preta.

não pode significar o abrandamento dos *standards* a serem seguidos pelo advogado, como se o sigilo profissional representasse um salvo conduto para a realização de condutas questionáveis sob o ponto de vista da ética e da licitude. Muito pelo contrário, mais do que nunca é necessário que seja repelida a participação de advogados em esquemas ilícitos, principalmente de corrupção – a exemplo do caso do “Mensalão”, fortemente noticiado pela mídia⁹ –, para que a profissão não reste desacreditada.

Mais do que isso, em tempos em que os escândalos de corrupção no país atingiram níveis capazes de causar séria crise política, o advogado precisa agir com atenção redobrada aos seus deveres éticos e profissionais, para que possa cumprir com seu papel de contribuição na prevenção à corrupção e seja considerado, por toda a sociedade, como um ator legítimo na composição desse sistema preventivo.

3. A Participação do Advogado na Prevenção da Corrupção

Conforme já mencionado, a existência de normas de combate à corrupção focadas em uma lógica de punição e repressão de condutas desviadas não é suficiente para o atingimento do objetivo de evitar a ocorrência de ilícitos desse tipo. Para tanto, é preciso que haja mecanismos específicos para a contenção e a prevenção da corrupção, devidamente institucionalizados e destinados a criar um ambiente de respeito à moralidade administrativa.

Há diversas formas de se colocar em prática esse tipo de iniciativa.

Um modelo que obteve sucesso em várias experiências estrangeiras é o de agência anticorrupção autônoma, caracterizada como um órgão administrativo independente dos outros órgãos estatais – até mesmo do executivo – que atua como uma espécie de corregedoria geral, com competências amplas para investigar entidades e agentes públicos, requisitar informações e documentos e aplicar medidas e sanções legalmente definidas.

Dentre os países que adotaram essa formatação, destacam-se como experiências precursoras e que obtiveram bons resultados os casos da *Corrupt Practices Investigation Bureau (CPIB)* de Singapura e da *Independent Commission Against Corruption (ICAC)* de Hong Kong¹⁰. Vale mencionar ainda a experiência da *Oficina Anticorrupción de Argentina (OAA)*, que demonstrou a relevância do modelo de agência anticorrupção autônoma num contexto de corrupção sistêmica, como bem destacam Gault, Galicia e Lepore: “(..) as

⁹ “Valério e Tolentino são condenados no mensalão mineiro, diz MP”. “O ex-publicitário Marcos Valério, condenado no julgamento do mensalão durante o primeiro governo Lula (PT), e Rogério Tolentino, seu ex-sócio e ex-advogado, foram condenados por corrupção pelo mensalão mineiro, durante o governo de Eduardo Azeredo (PSDB). Valério foi condenado por corrupção ativa, e Tolentino, por corrupção passiva. (...) ‘A estrutura construída para obter recursos públicos tinha como ponto de partida a simulação ou superfaturamento de contratos de publicidade junto a órgãos da Administração direta e indireta do Estado de Minas Gerais, bem como a empresas que tivessem interesses econômicos a serem favorecidos com o esquema’, diz a decisão judicial que condenou os réus. A sentença é 4ª Vara Criminal Federal de Belo Horizonte (MG).” <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2014/02/14/valerio-e-tolentino-sao-condenados-por-corrupcao-no-mensalao-mineiro.htm>;

¹⁰ Para uma interessante análise sobre esses casos, conferir: MEAGHER, Patrick. Anti-corruption agencies: Rhetoric versus reality. *The Journal of Policy Reform*. v. 8, n. 1, 69-103, mar. 2005.

atividades da OAA estiveram orientadas a restabelecer a confiança entre a sociedade e o Estado. Logo no início da década menemista era necessário enviar sinais de que se estava avançando firmemente para atender às demandas sociais mais fortes: conquistar maior justiça, transparência, igualdade perante a lei e por fim à “impunidade de políticos e funcionários” (Oficina Anticorrupción, 2001).”¹¹

Outro modelo possível, inclusive o adotado pelo Brasil, é o de prevenção multi-agências, em que não há a concentração da função de prevenção à corrupção em apenas um órgão especializado, mas sim a atuação em concerto de diversas entidades, cada uma com suas peculiaridades e todas, em alguma medida, com competência para fiscalizar determinadas pessoas e órgãos e preservar a probidade da e na Administração Pública. Entre nós, atuam com esse objetivo os órgãos policiais, especialmente a Polícia Federal em razão de sua competência para investigar e reprimir crimes econômicos e contra o Sistema Financeiro Nacional; o Ministério Público; os Tribunais de Contas; as Corregedorias, com destaque para a Controladoria Geral da União¹²; as Agências Reguladoras; o Banco Central; o Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF, entre outros.

Como atores desse sistema multi-agências de prevenção à corrupção, é essencial inserir os advogados, que têm dentre suas missões institucionais a função de “atuar na prevenção desses conflitos sociais e na defesa do interesse público, em especial junto à Administração Pública” (art. 2º, §1º do Estatuto da Advocacia e da OAB). No cumprimento dessa missão, advogados públicos e privados, cada um dentro de suas competências e no seu âmbito de atuação, podem exercer relevante papel junto a seus clientes e internamente aos órgãos públicos.

Em relação aos advogados privados, a sua principal participação está na estruturação de programas de *compliance* em empresas e outros tipos de sociedades e associações, mesmo não empresariais, a exemplo das entidades do terceiro setor. A existência

¹¹ GAULT, D.A.; GALICIA, J. F. H.; LEPORE, W. Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas, v. 22, nº. 61, p. 75-106. feb. 2015.

¹² Discute-se na academia especializada se a Controladoria Geral da União atuaria como uma agência anticorrupção com amplas funções de fiscalização ou se seria apenas um órgão de controle interno da Administração Pública Federal. Sobre o tema, veja-se o posicionamento de Abruicio, Loureiro, Olivieri e Teixeira: “(...) a criação da CGU consolida a ampliação das atividades de controle interno para a promoção da qualidade da gestão, indo além, portanto, do clássico controle da legalidade. Além disso, o que lhe tem dado grande visibilidade, a CGU se tornou a ‘agência anticorrupção do Brasil’, responsável também pela luta contra a improbidade administrativa, por promover a transparência da APF [Administração Pública Federal] e fomentar a ética e a integridade.” LOUREIRO, Maria Rita *et alii*. Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*. São Paulo, v. 17, n. 60, p. 54-67, jan./jun. 2012. Também é interessante a opinião de Monteiro, que afirma que a Controladoria Geral da União não é uma típica agência anticorrupção, mas que seu funcionamento é bastante próximo ao de algumas experiências estrangeiras de agência autônoma: “Embora não seja uma típica agência anticorrupção, em razão de seu escopo amplo e de grande variedade de competências, a CGU é a agência pública brasileira que está mais próxima das agências anticorrupção existentes ao redor do mundo. Pode ser dito que o combate à corrupção é o coração das atividades da CGU.” MONTEIRO, Fernando Mendes. *Anti-corruption agencies: solution or modern panacea? Lessons from ongoing experiences*. Washington: The George Washington University – Institute of Brazilian Issues, 2003. p. 31.

de programas desse tipo, especialmente em instituições mais suscetíveis à ocorrência de ilícitos (ex: empresas integrantes do sistema financeiro; concessionárias de obras e serviços públicos; entidades do terceiro setor que recebam recursos públicos), é de suma importância para a prevenção de comportamentos antiéticos, ilícitos e criminosos no ambiente corporativo.

A atuação do advogado, por sua vez, é indispensável não só na estruturação de programas de *compliance*, como também na manutenção e acompanhamento das estruturas criadas, pois é ele o profissional que possui o conhecimento técnico necessário à compreensão de que tipo de conduta deve ser evitada ou incentivada para que haja uma perfeita conformidade da atuação das instituições em questão com o ordenamento jurídico. O advogado, nesse contexto, deve ocupar-se basicamente da elaboração e estruturação dos seguintes elementos: um Código de Ética ou Código de Conduta da empresa; ações preventivas, como treinamento dos funcionários e criação de ouvidorias e canais para denúncias; procedimentos analíticos para detecção e reporte de atividades atípicas; ações punitivas e/ou correccionais.

A existência de programas formais de *compliance* em instituições suscetíveis à ocorrência de ilícitos, a partir de reformas legislativas iniciadas no final da década de 90, deixou de ser mera opção da gestão dessas instituições para se tornar verdadeira obrigação, cujo não atendimento pode acarretar a responsabilização dos gestores envolvidos. Mencione-se, a propósito, a Resolução nº 2.554 do Conselho Monetário Nacional, editada em 1998 no ensejo da publicação da Lei nº 9.613 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Essa Resolução fixou para instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil o dever de “implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis” (art. 1º, *caput*). Essa norma buscou, principalmente, concretizar e operacionalizar a forma como se daria a comunicação entre instituições financeiras e autoridades públicas (especialmente o COAF) acerca de transações possíveis de caracterizar violação à Lei nº 9.613/98.

Sobre os fundamentos do programa de *compliance* estipulado pela Resolução nº 2.554 do CMN, assim dispõe o §2º de seu art. 1º:

§ 2º São de responsabilidade da diretoria da instituição:

I - a implantação e a implementação de uma estrutura de controles internos efetiva mediante a definição de atividades de controle para todos os níveis de negócios da instituição;

II - o estabelecimento dos objetivos e procedimentos pertinentes aos mesmos;

III - a verificação sistemática da adoção e do cumprimento dos procedimentos definidos em função do disposto no inciso II.

Em todas essas etapas (elaboração das estruturas de controles internos e implementação das mesmas; estabelecimentos de objetivos e procedimentos; acompanhamento do cumprimento adequado dos procedimentos fixados) é de extrema importância a presença de advogado, que atuará como uma espécie de consultor independente e assistirá na implementação e execução do programa, principalmente para possibilitar uma visão externa e qualificada acerca do sucesso ou insucesso da estrutura proposta, tendo como parâmetro todo o complexo normativo com o qual a instituição deve estar em conformidade.

Mais recentemente, a Lei nº 12.846/13, chamada de “Lei Anticorrupção”, atribuiu nova e reforçada importância para a criação de programas de *compliance* no âmbito de pessoas jurídicas que de alguma forma se relacionem com a Administração Pública (não apenas instituições financeiras), ao dispor que a existência de um programa de integridade será levada em consideração na aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na lei (art. 7º, inciso VIII).

A regulamentação da norma veio com o Decreto nº 8.420/15, o qual estabelece que o “programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 41).

Com isso, ficou ainda mais destacada a necessidade de estabelecimento de programas anticorrupção internamente a instituições que tenham dentre as suas atividades algum tipo de relacionamento com a Administração Pública, o que abre um grande campo de atuação para o advogado privado, campo esse que não apenas representa um específico setor do mercado advocatício, como também possui marcada relevância social, por se inserir num contexto mais amplo de prevenção a comportamentos ilícitos e condutas antiéticas.

Já no que diz respeito aos advogados públicos, destaque-se a possibilidade de uma atuação cada vez maior de forma consultiva, o que inclui o acompanhamento de procedimentos licitatórios e contratações públicas, a fiscalização da gestão da coisa pública e, de forma mais ampla, o apoio ao gestor sempre que haja alguma dúvida sobre qual a conduta mais correta e adequada em vista de todos os deveres a que ele se submete no exercício de suas funções.

Concordamos com Sérgio Luiz Barbosa Neves na constatação de que a atuação dos procuradores públicos no contencioso judicial é apenas uma pequena parcela da sua competência, que abrange também a importante tarefa de prevenir a propositura de demandas judiciais, inclusive as relativas à responsabilização de pessoas públicas e privadas por condutas ilícitas, corruptas e/ou ímprobas: “Imaginar que o momento maior de uma Procuradoria demonstrar a sua atuação é o da demanda judicial é apequenar-se diante da efetiva tutela do interesse público e da preservação dos sobreditos valores aos quais o Executivo

está jungido. A atuação de uma Procuradoria deve ter escopo diametralmente oposto: evitar demandas judiciais e viabilizar políticas públicas dentro dos parâmetros da legalidade.”¹³

O texto constitucional hoje vigente não entra em detalhes acerca dessa atividade consultiva, mencionando apenas que a Advocacia Geral da União e as Procuradorias dos Estados exercerão, além da representação judicial, a consultoria jurídica dos respectivos entes federados, nos termos de suas leis orgânicas (arts. 131 e 132 da CF/88). Com o intuito de modificar esse quadro, está em tramitação Proposta de Emenda Constitucional que visa reforçar o papel institucional das advocacias públicas no controle prévio da licitude e regularidade dos atos administrativos, o que, para que possa ser colocado em prática de modo eficiente, necessita vir acompanhado de maior independência funcional desses profissionais. É exatamente nesse sentido o texto da proposta:

Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2007

Art. 1º Ficam acrescentados os seguintes Artigos 132-A e 135-A à Constituição Federal:

“Art. 132-A. O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”

“Art. 135-A. Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas:

- a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;*
- b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;*
- c) independência funcional.”*

A proposta, se aprovada, conferirá dignidade constitucional a um detalhamento das atribuições das advocacias públicas que já vinha previsto, por exemplo, na Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, que estabelece competências para o assessoramento no controle interno de legalidade de atos, contratos e demais ajustes de órgãos do Executivo Federal:

¹³ NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. *A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública*. Disponível em: <http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>. Último acesso em 01 de agosto de 2015.

LEI COMPLEMENTAR Nº 73, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1993

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração

Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

(...)

IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

Daí se extrai que a Advocacia Geral da União, por diversos de seus órgãos, já vem cumprindo relevantes atribuições no acompanhamento de licitações, contratações públicas e outros procedimentos administrativos, o que visa evitar desde o nascedouro desses projetos que haja algum tipo de desvio de conduta tendente à corrupção. Embora a Controladoria Geral da União tenha dentre suas competências, de forma genérica, a prevenção e combate à corrupção no âmbito do Poder Executivo Federal (art. 1º, inciso V do Anexo I do Decreto nº 8.109/2013), essa atividade consultiva em procedimentos licitatórios ou de dispensa de licitação, exercida principalmente pelas Consultorias Jurídicas e que foge às atribuições da CGU, tem se demonstrado crucial na prevenção a comportamentos ilícitos.

Vê-se, assim, que os advogados públicos, tanto quanto os privados, possuem uma função essencial não só no combate, mas também – e principalmente – na prevenção à corrupção, pois podem atuar profilaticamente junto aos gestores públicos, disseminando o conhecimento técnico sobre todas as normas aplicáveis e deveres desses gestores, com especial atenção para as leis que regem as contratações e parcerias públicas (Lei nº 8.666/93, Lei nº 8.987/95, Lei nº 9.637/98, Lei nº 9.790/99, Lei nº 11.079/2004, Lei nº 12.462/2011, Lei nº 13.019/14, entre outras) e para a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Com isso, é possível criar um ambiente de maior educação normativa e uma cultura de respeito à ética e à moralidade no seio da Administração Pública, o que é essencial para que as condutas corruptas, mesmo as de menor impacto econômico, deixem de ser toleradas e aceitas como práticas institucionalizadas.

4. Conclusão

Em linhas de conclusão, é interessante apresentar algumas tendências na questão da prevenção da corrupção no Brasil, especialmente no que toca à participação do advogado nessa empreitada.

A primeira delas é o fortalecimento do campo da prevenção à corrupção como uma área específica de atuação para advogados públicos e privados, numa verdadeira especialização da matéria, que passará a figurar ao lado de outras áreas jurídicas como um campo de estudo e de trabalho autonomizado, digno de atenção e atuação técnica por atores interessados em se aprofundar nessa complexa questão. Esse novo setor do mercado, além de apresentar alta relevância social, será cada vez mais destacado inclusive em termos profissionais, em razão da alta procura por parte de empresas e demais pessoas jurídicas sujeitas à Lei Anticorrupção, as quais devem buscar o robustecimento de seus controles internos como uma forma de se precaver contra a ocorrência de ilícitos e a eventual responsabilização por condutas de seus colaboradores.

Lado a lado com essa tendência de autonomização da matéria, há uma perspectiva de autonomização de departamentos de *compliance* e gestão de riscos internamente às grandes empresas, sejam elas públicas ou privadas. Assim, de mero serviço consultivo externo, os setores de *compliance* tendem a ser absorvidos pelas empresas (ao menos por aquelas que tenham uma estrutura que suporte tal reformulação), tornando-se inclusive independentes dos setores jurídicos, o que terá importantes impactos na criação de uma cultura corporativa de atenção e conformidade aos preceitos normativos aplicáveis¹⁴. Evidentemente, a autonomia em relação aos setores jurídicos não significa a desnecessidade da atuação de advogados juntamente à função de *compliance*; muito pelo contrário, sem esse profissional o departamento de gestão de riscos certamente restaria incompleto e menos eficiente.

¹⁴ Veja-se, a propósito, a recente experiência da PETROBRAS, que criou a Diretoria de Governança, Risco e Conformidade como uma resposta aos fatos investigados na “Operação Lava Jato” da Polícia Federal.

Outra forte tendência que emerge atualmente é a institucionalização do diálogo entre as iniciativas pública e privada, o que é básico para que haja maior transparência nessas relações, bem como maior possibilidade de fiscalização e controle. É natural e inclusive benéfico que a iniciativa pública se utilize de exemplos e experiências ocorridas no setor privado para extrair formas de aprimoramento da gestão da coisa pública. Não é saudável, porém, que essa comunicação se dê de forma velada e opaca, em nível de “bastidores”, sem observância de deveres de publicidade e com condutas questionáveis sob o ponto de vista da ética. Daí a importância de instrumentos como o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), previsto pelas Leis nº 8.987/95 (lei de concessões) e 11.079/04 (lei de parcerias público-privadas) e regulamentado pelo Decreto nº 8.428/2015, que estabelece normas e procedimentos para que a iniciativa privada apresente suas contribuições e participe ativamente do desenho de projetos de grande importância para a Administração Pública e a população¹⁵.

Por fim, destaque-se a relevância da participação dos advogados na prevenção à corrupção não apenas no exercício de suas atividades profissionais, mas também enquanto importantes atores da sociedade civil, a qual pode e deve desempenhar um papel proativo na criação de projetos destinados a propagar o conhecimento acerca das exigências da moralidade administrativa e propor reformas em estruturas que de alguma forma propiciem ou facilitem comportamentos ilícitos e/ou antiéticos. Merece menção, nesse contexto, a iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, que neste ano de 2015 lançou ampla campanha de combate à corrupção, sugerindo, entre outras medidas, a ampliação da aplicação da Lei nº 135/201 (“Lei da Ficha Limpa”) para outros cargos públicos, além dos eletivos, e a criminalização do “caixa dois” de campanhas eleitorais.

É possível observar uma crescente preocupação por parte dos órgãos de controle já existentes, muito movidos pelos recentes avanços legislativos, e da sociedade como um todo, destacando-se aí as empresas, sociedades e associações que mantenham algum tipo de relacionamento com a Administração Pública, com o câmbio de uma postura exclusivamente reativa em relação à corrupção para um posicionamento mais preventivo, que vise, desde logo e da forma mais efetiva possível, barrar qualquer tendência à ocorrência de ilícitos no seio dessas instituições.

Como se procurou demonstrar nesse trabalho, é essencial que advogados públicos e privados também participem dessa mudança cultural, dedicando seus conhecimentos técnicos ao fortalecimento de instrumentos de controle prévio, agindo sempre de forma ética e equilibrando os deveres de sigilo profissional com os deveres de cooperação com os Poderes Públicos na luta destinada à prevenção e ao combate da corrupção no Brasil.

¹⁵ Sobre o tema, conferir: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 449.

5. Referências

- ELIASBERG, Wladimir. "Corruption and bribery". *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Chigaco, v. 42, n. 3, p. 317-331, sept./dec. 1951.
- FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.
- GAULT, D.A.; GALICIA, J. F. H.; LEPORE, W. Corrupción sistémica: límites y desafíos de las agencias anticorrupción. El caso de la Oficina Anticorrupción de Argentina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas, v. 22, nº. 61, p. 75-106. feb. 2015.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena. *Revista Direito GV 4*, São Paulo, v. 2 n. 2, p. 187-208, jul./dez. 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- LOUREIRO, Maria Rita *et alli*. Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*. São Paulo, v. 17, n. 60, p. 54-67, jan./jun. 2012.
- MEAGHER, Patrick. Anti-corruption agencies: Rhetoric *versus* reality. *The Journal of Policy Reform*. v. 8, n. 1, 69-103, mar. 2005.
- MINERBO, Marion. A lógica da corrupção: um olhar psicanalítico. *Novos Estudos-CEBRAP*. São Paulo, n. 79, p. 139-149, nov. 2007.
- MONTEIRO, Fernando Mendes. *Anti-corruption agencies: solution or modern panacea? Lessons from ongoing experiences*. Washington: The George Washington University – Institute of Brazilian Issues, 2003.
- NEVES, Marcelo. *A institucionalização simbólica*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. *A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública*. Disponível em: <http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>. Último acesso em 01 de agosto de 2015.
- SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de manifestação de interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SOUZA, Jessé; GRILLO, André. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Editora UFMG, 2009.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

INEFICIÊNCIA, CORRUPÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE O EMPREENDEDORISMO E SOBRE O DESENVOLVIMENTO

LUIZ ALBERTO BLANCHET*

Sumário: 1. Introdução; 2. Empreendedorismo, propriedade e desenvolvimento; 3. Princípio da objetividade e ideologias; 4. O Estado ineficiente; 4.1. O despreparo; 4.2. A imprudência; 4.3. A vaidade e o apego ao poder; 4.4. A indolência; 5. A corrupção; 6. Referências.

1. Introdução

Quem lê a Constituição da República não está simplesmente conhecendo aquilo que um povo, por meio de seus representantes reunidos em assembleia constituinte, definiu como sendo seus objetivos, muito mais do que isto estará testemunhando o resultado de longa evolução do ser humano no que concerne a seu convívio em sociedade.

O homem sempre buscou segurança, estabilidade, alimentação, bem-estar, saúde, conhecimento e o fez por diversos meios e de diversas formas conforme os traços característicos da cultura a que pertencia, mas sempre se comportou, o ser humano, como um empreendedor, utilizando sua criatividade para resolver seus problemas e para evoluir.

Alguns, porém, menos criativos e menos aptos a sobreviver sozinhos, desenvolveram o pouco que restava de sua criatividade pessoal não para produzir riquezas e buscar a cada momento soluções mais idôneas para problemas seus e da coletividade que integravam. Dedicavam-se a iludir os demais, ora se anunciando emissários dos deuses, ora se declarando capazes de promover curas ou outros milagres, ora recorrendo a outros artifícios, mas sempre com o objetivo de se beneficiarem daquilo que os demais produziam. Outros ainda, o faziam mediante uso da força. Uns e outros, matreiros e truculentos, eram os precursores dos atuais usurpadores, dos predadores que nada produzem e procuram se assenhorear daquilo que os espíritos empreendedores criam. São, sem dúvida, nocivos, ora retardam, ora comprometem, ora impossibilitam o desenvolvimento. Quando ascendem ao poder ou

* Professor Titular de Direito Administrativo do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Cidadania, Ética e Justiça. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado sócio de Blanchet Advogados Associados.

dele se aproximam em processo simbiótico, materializam-se sob a forma de corruptos: agentes públicos e supostos empresários corruptos. *Supostos* porque esses empresários não reúnem as habilidades do empreendedor, não oferecem e vendem seus bens e serviços à coletividade, não se submetem aos riscos do mercado, mas apenas e comodamente se relacionam com o Poder Público.

O *empreendedorismo* humano, a *dignidade* da pessoa, a *solidariedade*, a *reciprocidade*, a *eficiência* e tantos outros caros valores derivaram-se de experiências cujas origens remontam à pré-história humana.

Em seu longo processo de evolução e busca do bem-estar e da estabilidade, o ser humano experimentou as mais diversas experiências, partindo da primitiva fase em que seus ancestrais limitavam-se à caça e à coleta, pouco diferenciando-se dos demais animais no esforço pela obtenção de alimentos e na luta pela sobrevivência. Nessa etapa aparentemente tão primitiva, porém, já surgiam os genes de noções que até hoje estão sedimentadas na mente humana: a solidariedade, a reciprocidade, e outros fatores que ensejariam a constante procura por melhores condições.

O homem, enfim, surge no planeta predestinado a buscar incessantemente o desenvolvimento individual e coletivo, predestinado a evoluir e não apenas nascer, alimentar-se daquilo que estivesse disponível no mundo e finalmente morrer.

Na sequência de sua jornada evolutiva, as comunidades humanas abandonam as práticas da simples caça e coleta daquilo que estivesse disponível na natureza. Assim, em lugar de matar suas caças, passam a recolhê-las ainda em vida para ulterior reprodução; deixam também de apenas coletar frutos e iniciam o processo de seleção das melhores e selecionar as sementes dos frutos mais saborosos e nutritivos para futuro replantio.

O homem, portanto, ao vencer a etapa da simples caça e coleta, não mais tem sua sobrevivência dependente da busca aleatória e improvável de bens para sua sobrevivência, ele se transforma de coletor em produtor.

O homem finalmente deixa de ser mero animal que se comunica, pois, ao contrário dos demais animais, ele não mais se submete às incertezas do futuro, às intempéries, às catástrofes naturais ou a qualquer outro fator que fugisse ao seu controle.

É também nesta etapa de sua evolução que os grupos humanos deixam de ser tribos errantes em constante busca de melhores pastagens ou em constante companhia dos animais migrantes que lhe serviam de fonte de alimentos.

Podendo fixar-se em terreno definido, os indivíduos já não mais se distribuem em grupos caçadores e grupos coletores, mas em grande e diversificado número de outras funções dentro do grupo: agricultores, criadores, artesãos, etc.

Os executores das novas funções seriam tanto mais valorizados dentro de sua comunidade quanto mais útil o resultado de seu trabalho fosse para os demais.

Dúvida nenhuma poderia remanescer quanto à necessidade de ser, a atividade de cada um, útil ao grupo para que o indivíduo pudesse nele permanecer e fruir do convívio e da segurança que isto lhe proveria.

Surge, pois, o gene da solidariedade, da reciprocidade e do desenvolvimento, eis que quem não se integrasse ao grupo provavelmente seria desterrado e, afinal, se não o fosse, quem mais cedo ou mais tarde desapareceria seria o grupo todo.

Esta é equação que ainda nos dias atuais vigora: com raras exceções, como, por exemplo, heranças e doações, não se obtém o direito de propriedade senão mediante trabalho; é o princípio constitucional implícito da *reciprocidade*.

2. Empreendedorismo, propriedade e desenvolvimento

A evolução humana foi sempre estigmatizada por disputas individuais ou coletivas entre empreendedores e predadores.

O empreendedor cria bens novos e obtém sobre eles o direito de propriedade, o predador dela se apodera indevidamente.

Não cabem no objeto deste estudo considerações muito profundas sobre a propriedade, mas um aspecto é patente, todo animal marca seu território e o defende, até violentamente em alguns casos.

A noção de propriedade, o sentimento, de todo ser vivo, de que algo é seu, não é invenção humana e tampouco de qualquer ideologia particular.

Mesmo entre os animais gregários, não se pode com segurança afirmar que a propriedade seria coletiva, pois quem tudo decide, podendo inclusive banir do território quem ele quiser, é o macho dominante, o verdadeiro dono.

Nunca é demais lembrar que, no sentido jurídico, a propriedade abrange todo – e apenas – o patrimônio obtido por meios lícitos.

O não locupletamento sem causa lícita é imanente a todas as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à propriedade.

Malgrado ter sido enorme o desenvolvimento humano ao abandonar a caça-coleta, grande novo impulso vem mudar radicalmente a realidade: aqueles que agora *replantam* as melhores sementes e *reproduzem* as melhores matrizes animais, vão aos poucos conviver com aqueles que *aprimoram* e os que *criam*. É quando o *desenvolvimento* – de fundamental relevância para as coletividades humanas – encontra sua cara metade, a *sustentabilidade*.

Surge assim, o homem empreendedor.¹

¹ “O termo *empreendedor* refere-se aqui àquele que contribui com seu esforço pessoal para melhorar a sua vida e a da coletividade. Assim, não apenas aquele que cria ideias e coisas físicas novas a ponto de gerar emprego para os demais, mas também o coletor de papéis que, embora muitas vezes passe despercebido, não é um andarilho sem condições ou futuro, é também ele um empreendedor, pois não depende da esmola alheia. Esse cidadão, com toda a sua simplicidade, além de ser o seu próprio patrão, contribui para a limpeza das cidades, recolhe o que se

A eficiência pressupõe de forma inevitável uma mente empreendedora. Agentes públicos jamais serão eficientes se não criarem soluções novas e perfeitamente adequadas às peculiaridades específicas de cada situação concreta cujo atendimento compete ao Poder Público.

E sem agentes eficientes, a administração será ineficiente, como se poderá concluir no item 4 deste estudo.

Comunidades humanas e assim igualmente nações sobrevivem e se desenvolvem graças às mentes empreendedoras de seus integrantes.

Ao empreendedorismo privado deve necessariamente corresponder o empreendedorismo público, o espírito empreendedor dos agentes do Estado revela-se pela infraestrutura pública, pela correspondente e necessária logística pública, assim como por toda iniciativa estatal derivada da *eficiência*. Eficiência que precisou, na Constituição da República, passar de princípio constitucional implícito a princípio expresso, por obra da Emenda Constitucional nº 19, para poder ser percebido por aqueles já o deveriam ter percebido – e aplicado – desde há muito tempo, mas que, funestamente, ainda não vem sendo observado.

Sem empreendedorismo privado, nenhuma coletividade sobrevive. Sem empreendedorismo público, a coletividade sobreviverá somente se promover as mudanças no âmbito público necessárias para a retomada das condições que assegurem a dignidade, o bem estar, a saúde, a segurança, etc. Sempre se espera, obviamente, que esse processo se opere mediante medidas lícitas, pacíficas e civilizadas.²

transformaria em lixo e lhe garante um futuro útil nas usinas de reciclagem, evitando, por exemplo, que resíduos se acumulem nas redes pluviais agravando inundações, favorecendo a proliferação de animais maiores e de insetos transmissores de doenças.” BLANCHET, Luiz Alberto. Manifestações Públicas e Desenvolvimento. *Revista Interesse Público – IP* Belo Horizonte, v. 17, v. 90, mar./abr. 2015.

² Há nos dias atuais, entretanto, certos movimentos que parecem existir apenas para empreenderem manifestações públicas, alguns comumente menosprezam o fruto do esforço pessoal de pessoas produtivas, desrespeitam e até depredam. São movimentos que questionam tudo, que consideram o tudo e todos, indiscriminadamente, responsáveis por suas frustrações, mas não se auto questionam. No âmbito da atuação lícita, há homens que só, ou predominantemente, pensam. Há outros que só, ou predominantemente, agem movidos pelos pensamentos dos primeiros. Mas há os que pensam e agem, pondo em prática as próprias ideias e, mediante o constante e construtivo autoquestionamento, as substituem por outras melhores. Estes últimos não correm o risco, dos que somente agem, de interpretar equivocadamente as ideias dos primeiros, como já aconteceu na História com as ideias de grandes pensadores, que acabaram sendo usadas como justificativa para as mais absurdas, quando não perversas, condutas de muitos estadistas. Os integrantes do terceiro grupo – os pensadores construtores – são os empreendedores. Igualmente empreendedores são os que materializam as ideias dos primeiros, sem distorcê-las em benefício próprio. Não há exagero em se afirmar que os empreendedores, e somente eles, construíram o mundo em que hoje vivemos. Não é demais insistir que não se trata apenas do empreendedorismo empresarial, mas de seu conceito mais amplo: do empreendedorismo humano. Da Constituição, emerge o empreendedorismo na qualidade de princípio implícito. Pleno emprego – oportunidade e utilização efetiva de todas as potencialidades individuais. Aquele cuja capacidade de trabalho não encontra espaço para se desenvolver sem restrições tem sua dignidade afrontada. Sob outro enfoque, também há o só construtivo (contributivo, pragmático); o só crítico; e o construtivo com autocrítica (empreendedor).” BLANCHET, Luiz Alberto. *Idem*.

3. Princípio da objetividade e ideologias

A escolha das medidas se condiciona ao livre arbítrio³. Cada um dispõe de condições suficientes para optar entre diversas maneiras e meios para atingir algum objetivo.

Todo Direito, e assim igualmente, o Direito brasileiro, pressupõe esse discernimento. Assim é, que a Constituição, direta ou indiretamente, aponta em todos os seus dispositivos para aquilo que o povo ao criá-la desejou que cada um fizesse ou evitasse.

Afinal, normas, em especial as jurídicas, pressupõem o livre arbítrio, razão pela qual, no Direito de qualquer país, integram um sistema de imposições (positivas –deveres- ou negativas –proibições-), algumas a serem observadas somente em hipóteses específicas – as regras - e outras – os princípios – que por sua elevada importância para a ordem, devem ser observadas em qualquer hipótese.

As aludidas medidas lícitas, pacíficas e civilizadas são esperadas dos agentes públicos e dos cidadãos. Muitas são as maneiras de fazê-lo, contudo muitas também são as de não fazê-lo. Para se agir lícita, pacífica e civilizadamente, basta observar as imposições normativas positivas e negativas e, quando se tratar de norma discricionária para o agente ou cogente para o particular, devem ser respeitadas as peculiaridades juridicamente relevantes do momento concreto.

A diferença entre o cidadão correto e o incorreto, e a distinção entre o agente correto e o corrupto ou ineficiente, dependem ambas da livre escolha feita pelo primeiro ou pelo segundo. Isto não significa que os homens se dividem em dois grupos.

O que se classifica em duas categorias, a das condutas desejáveis e a das indesejáveis, é a escolha feita por parte de cada cidadão ou agente público diante de cada problema concreto a resolver.

Quando, pois, um Estado não vai bem, a responsabilidade não é dele, mas de seus agentes que, no exercício de seu livre-arbítrio, fizeram a pior escolha. Também não significa que esses agentes são ineficientes, mas sim que eles *atuaram* de maneira ineficiente. Cabe-lhes, portanto, passar, tão rapidamente quanto possível, a atuar eficientemente, sob pena de provocar a reação da coletividade que, também no exercício de seu livre arbítrio, espera-se, opte pela reação constitucionalmente desejada. Esta é preocupação constante que deveria orientar a condução dos Estados, tanto nas grandes decisões quanto nas pequenas tarefas que competem aos agentes públicos de todos os níveis.

Na origem da má atuação dos agentes públicos, disputam espaço diversos deslustres de comportamento, alguns conscientes e proposítivos, outros derivados da incúria, irreflexão

³ “Apesar de algumas divergências, e até que algum dia o contrário venha a ser objetiva e inquestionavelmente provado, o homem é o único ser vivo que tem livre arbítrio. Embora não tenham sido poucas as tentativas de demonstrar que o livre arbítrio seria pura crença porque os indivíduos agem em razão de estímulos e motivações exteriores, verdade irrefutável é que um mesmo estímulo pode levar a pessoa a agir, em bases perfeitamente lógicas, de duas ou mais maneiras diferentes e, não raro, conflitantes. Igualmente irrefragável é que qualquer indivíduo pode fazer o que bem entender independentemente de qualquer motivação ou estímulo externo.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Idem*.

ou desdém pelo interesse público, mas todos altamente nocivos à vida dos cidadãos (assim em seu âmbito privado como no convívio comunitário) e impeditivos do desenvolvimento. Sinistramente, nos noticiários, são recorrentes as situações de embate entre empreendedores e predadores.⁴

A incrivelmente usual opção pelo raciocínio em bases subjetivas por parte do agente público é a mais preocupante das causas do sofrimento de um povo⁵. Gravíssima variante desse equívoco de comportamento é a adoção de ideologias excludentes. É o que sucede quando alguém se julga o salvador do povo e acredita que a sua visão particular do mundo é a solução exclusiva e soberana para todos os problemas. Exemplos não são poucos, especialmente na América do Sul, no Caribe, na África, na Europa oriental e na Ásia.

A ideologia, como igualmente qualquer visão peculiar e particular da realidade, que se considera perfeita não se autoquestiona, é subjetiva.

Todo aquele que, ao buscar a solução para um problema, o fizer mediante utilização de padrões subjetivos, passará a vida repetindo sempre as mesmas soluções.

Aquele que atua objetivamente, a seu turno, questiona as opções anteriormente feitas e as aprimora, observando e levando em conta as particularidades de cada nova situação e buscando a solução mais idônea para cada novo problema.

Afinal, mesmo o aluno do ensino fundamental sabe que se não ler o enunciado do problema a resolver, por mais simples que este seja, jamais o solucionará.

Quem não se autoquestiona não evolui e, se for agente público, infligirá sofrimento a todo o povo.

⁴ “É claro que não se pode levemente afirmar que os homens se classificariam em duas categorias: a dos empreendedores e a dos usurpadores, mas é patente que ele dispõe de livre arbítrio para, em cada oportunidade, empreender e criar novos bens e comodidades para si e para os demais ou para comodamente apenas consumir ou usurpar o resultado do esforço de outrem. Se um dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma “*sociedade livre, justa e solidária*” (art. 3º, inciso I, da Constituição, é evidente que, por fidelidade ao sentido próprio do termo *solidariedade*, a postura solidária deve ser recíproca. Solidariedade unilateral não é justa, é egoísta. Não há, no Direito Brasileiro, norma que obrigue alguém a solidarizar-se com quem apenas cobra e nada oferece à sociedade.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Idem*.

⁵ “Em sua liberdade de escolha, o homem pode agir subjetiva ou objetivamente. Ao conduzir-se em bases subjetivas, o indivíduo elege, como parâmetros, a si mesmo e aos valores que lhe parecem importantes, sem avaliá-los sob outros pontos de observação e análise que não os seus. Subjetiva é a postura do indivíduo que adota lemas imutáveis, assume condutas previamente estereotipadas independentemente das peculiaridades de cada situação concreta. O proceder subjetivo também leva a pessoa a adotar ideologias específicas e excludentes de todas as demais, desprezando, portanto, o fato de que nenhuma ideologia é totalmente certa, nem totalmente equivocada. Age, a seu turno, objetivamente, a pessoa que, ainda que adepta de determinada ideologia, não o faz ortodoxa e intolerantemente, mas mediante constante questionamento de suas convicções, de maneira isenta de qualquer posicionamento pré-concebido. A mente objetiva, ao buscar a solução de um problema, dá preferência à mais adequada ao caso concreto e não à mais congruente com a sua divisa pessoal ou com sua ideologia preferida. Comandos normativos também levam a posturas específicas e obrigatórias, restringindo o espaço do livre arbítrio, reservando-lhe apenas a escolha entre a atuação lícita e a ilícita. Esses mandamentos, porém, são obrigatórios para todos indiferente e isonomicamente. Já alguns lemas e ideologias adotados de forma perene e indefectivelmente vinculante, podem levar a pessoa a descumprir mandamentos normativos que obrigam a todos.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Idem*.

4. O Estado ineficiente

O despreparo, a precipitação, a vaidade pessoal, o apego ao poder, a indolência, a incúria, a avidez, a ganância, e a corrupção, espessam o rol dos fatores que comprometem, quando não impedem totalmente a eficiência, mas são apenas alguns dos fatores que disputam espaço com a eficiência no âmbito da administração pública e, segundo os fatos atuais denunciam, vêm derrotando a eficiência. Por obséquio à concisão, apenas estes fatores serão objeto de breves considerações.

Desafortunadamente, os setores nos quais predomina a ineficiência, os agentes são mais numerosos que nos demais.

Nos pequenos municípios, enquanto o Poder Executivo e o Legislativo contam com grande número de agentes, o Poder Judiciário e o Ministério Público contam com um ou dois juízes e promotores cada um.

Não é por acaso que, mesmo com mutirões, os processos judiciais demoram tanto.

A ineficiência não está nos agentes do Judiciário e do Ministério Público, mas sim naqueles que não percebem a gravidade da distorção em se ter um grande número de agentes na prefeitura para muitas vezes fazerem tarefas simples e repetitivas, ou ter um grande número de vereadores que de hábito apresentam projetos para definir ou alterar nomes de ruas.

4.1 O despreparo

A imperícia na condução dos procedimentos e soluções que o povo, conforme registrado na Constituição, espera dos agentes públicos, produz resultados danosos tão graves quanto qualquer dos demais fatores.

O desejado preparo não se vincula apenas à formação escolar do agente, mas também aos conhecimentos que este desenvolveu durante sua vida, à sua capacidade de solucionar problemas, à sua visão objetiva do mundo (evitando pautar sua conduta por soluções estereotipadas que ignoram as particularidades concretas de cada situação nova cujo atendimento compete ao Poder público, evitando alicerçar suas ações em ideologias únicas e excludentes das demais, evitando, enfim, enfrentar e solucionar as situações reais cujo atendimento interessa à coletividade, as situações que efetivamente existem e da forma como se revelam, e não as situações que ele, agente, subjetivamente pensa, crê ou gostaria que existisse).

O agente preparado sabe que, ao ser eleito, deixa de ser o político e passa a ser o administrador, sabe que deverá substituir o atendimento dos interesses e anseios de sua agremiação partidária ou ideológica (e das que lhe dão sustentação) pelos anseios de todo o povo.

4.2 A imprudência

A precipitação é a principal dentre as causas que levam o administrador público a gastar mais do que poderia. Inseparavelmente aderido e recorrente, em especial nas mentes

de políticos populistas, a imprudência leva o povo à frustração e, após breve período de enganosa opulência, abandona à penúria principalmente aqueles que, mais necessitados, vinham sendo assistidos sem a garantia do imprescindível lastro.

A imprudência alia-se a outros fatores da ineficiência, como o despreparo, por exemplo.

Diante da falta de recursos, o administrador sem aptidão irá buscá-los desesperadamente na fonte mais fácil e disponível: o povo.

Para encobrir as imperfeições da realidade e torná-la mais atraente, o administrador recorre a artifícios que, pela inerente imprudência de seu autor, se revelam histriônicos.

Algumas medidas, como a diminuição do número de ministérios, por exemplo, nada representarão se as despesas fixas e a quantidade de servidores distribuídos entre os novos órgãos continuarem os mesmos dantes.

A criação de novos tributos ou o aumento de alíquotas ou bases de cálculo que oneram ainda mais o povo, utilizando-o como mera fonte de recursos, revela a mesma imprudência dos povos samburus⁶ do Quênia, que sangram a jugular de seus animais, misturam o sangue ao leite e dele se alimentam sem matar a fonte, pois ela será necessária mais tarde.

4.3 A vaidade e o apego pessoal ao poder

Vaidade e apego pessoal ao poder são dois dos fatores lembrados linha acima como fontes da ineficiência estatal resultante da ineficiência pessoal de seus agentes.

Dependendo da cultura, muitos povos precisam de mitos e não faltam oportunistas a se candidatarem e, se aceitos, será difícil neutralizá-los em sua vaidade e apego ao poder. Povos sofrem porque maus administradores o submetem à força, mas também quando o fazem matreiramente e, não menos, quando o povo está desatento.

Surreal é a situação em que membros do Executivo ou do Legislativo detentores de cargos eletivos que se consideram infalíveis, indemissíveis ou indispensáveis, mesmo após terem cometido, dolosa ou culposamente, os mais absurdos equívocos na execução de suas competências, tornando ineficiente a função administrativa do Estado e impondo os mais pesados sofrimentos ao povo.

Tais agentes supõem que seu posto na vida pública estaria legitimado pelo voto, mas os votos que os elegeram lhes foram atribuídos no dia das eleições e não após o eleitorado ter tomado conhecimento das limitações e inaptidão do agente.

⁶ “A dieta alimentar desta etnia está baseada no leite e, às vezes, no sangue das vacas, refletindo a dependência deste tipo de criação. O sangue é coletado através de uma pequena abertura na jugular do animal. Após drenar o sangue necessário, a ferida é rapidamente selada com cinzas quentes. A dieta Samburu é complementada com raízes, legumes e tubérculos.”

OLIVEIRA, Érica Patrícia Barbosa de; CARMO, Erinaldo Ferreira do. Antropologia jurídica: cultura e direito no filme A Massai Branca. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3915, 21 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27006>>. Acesso em: 3 out. 2015

Do dia das eleições para os momentos mais críticos, os votos preteritamente obtidos muito provavelmente já terão sido prejudicados pelos deslizos e desmandos do agente.

Fatos novos que repercutem sobre a imagem do eleito só fazem diminuir o apreço e respeito que seu eleitorado lhe dedicava à época, antes, portanto, de conhecer sua imperícia e ineficiência ensejadoras da ineficiência estatal.

Administradores apegados ao poder e vaidosos não dão explicação pública ao povo, apenas fazem discursos como se ainda estivessem em campanha.

Juridicamente, legitimidade perene têm os membros do Judiciário e do Ministério Público, nas condições dos arts. 95, I e 128, I, a, da Constituição da República.

Nem poderia ser diferente, pois para serem nomeados, precisaram provar que seu conhecimento era igual ou superior ao mínimo exigível para assunção do cargo. Do dia do concurso para os dias atuais, esse conhecimento só pode ter aumentado.

E sabiamente, o que vem reforçar a legitimidade, a Constituição lhes proíbe o exercício de atividades político-partidárias (arts. 95, parágrafo único, III e 128, II, e).

Outro aspecto, em parte curioso e em parte indicativo do espírito objetivo, é que greves ocorrem e são preocupantemente frequentes e duradouras no âmbito do Poder Executivo e do Legislativo, mas raramente no Judiciário e no Ministério Público; é algo digno de estudo futuro.

4.4 A indolência

A indolência, associada às práticas da burocracia de inutilidades, leva à morosidade e desencoraja a iniciativa privada produtiva, aniquila o empreendedor, transforma o pleno emprego em mera letra morta na Constituição, engessa e sufoca a economia, gera e mantém crises.

No Brasil, o empreendedor, principalmente o individual e de pequeno ou médio porte, que pretender iniciar um novo negócio, vai experimentar suplícios físicos e mentais, se não morrer durante a espera.

Novos negócios geram novos empregos, aumentam a arrecadação tributária, movimentam a economia ao produzir bens e serviços.

Os benefícios gerados pelos novos negócios não se limitam apenas àqueles derivados diretamente da atividade do novo empreendedor, mas alcançam também, reflexamente, os subfornecedores e demais pessoas de cujos serviços o empreendedor necessita.

As estatísticas denunciam o número de novos negócios que acabam fechando em pouco tempo, mas não avaliam os novos negócios que jamais conseguiram espaço no mercado por mera indolência e morosidade administrativa.

É preocupante a quantidade de novos negócios que quebram antes sequer de obter um simples alvará.

Para abrir um novo negócio, o cidadão deve ter já definido o local, sem o que obviamente nem conseguirá um alvará de funcionamento. Para isto, ou ele é proprietário e durante a espera pelo alvará não poderá dar outra destinação a tal bem, ou não possui bem imóvel e, enquanto aguarda seu alvará, estar pagando os alugueis.

Se a atividade requer mão de obra especializada, como panificação e comércio de medicamentos, o empreendedor já terá selecionado, no mínimo, o pessoal básico e, muito provavelmente talvez já esteja pagando salário e recolhendo encargos, ainda que seja somente nos últimos dias do período de espera que ele ingenuamente calculou como normal.

Mas o período de espera está longe de ser normal.

Além dos custos do local, das instalações e do pessoal, o novo empreendedor deverá recolher as taxas cobradas pela municipalidade, pela entidade responsável pelo fornecimento de água e pelo saneamento, pelas condições sanitárias do estabelecimento e das práticas de produção, pela segurança e acessibilidade. Ou seja, o local deverá já estar pronto e equipado.

Oportuno, ademais, lembrar que o procedimento de aprovação de cada órgão ou entidade compreende no mínimo duas demoradas etapas: exame e aprovação do projeto (específico e diferente para cada liberação), e vistoria física.

Começa, em seguida, o pesadelo, a aflição da espera.

No exame dos projetos, os agentes apontam eventuais falhas e exigem as adequações, mas isso não corre uma única vez; não são raras as surpresas de novas exigências e o projeto precisa ser refeito.

Em muitas cidades, só a vistoria física feita pelo corpo de bombeiros pode demorar mais que dois meses e, mesmo após a efetivação da vistoria e aprovação do local, o interessado deve esperar semanas pela liberação.

O mesmo ocorre em relação às liberações a serem feitas pelos demais setores. Se o empreendedor dirigir-se aos setores nos quais continuam pendentes seus processos, provavelmente deparar-se-á com aviso afixado junto ao agente que o atenderá, lembrando o art. 331 do Código Penal, referente a desacato a funcionário público.

E assim, o particular, que contribui para a remuneração e bem-estar desse mesmo agente e de sua família, ainda que ele entre em greve, deverá digerir em reverencial silêncio o áspero amargor provocado pelo eventual mau atendimento do agente.

Curiosamente, jamais se viu, em qualquer setor público de atendimento ao povo, aviso lembrando ao agente público O art. 1º da Constituição da República, principalmente os incisos II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana), ou ainda, o art. 37, *caput* (eficiência).

5. A corrupção

Do despreparo, a imprudência, da vaidade pessoal, do apego ao poder, da indolência, da incúria, da avidez e da ganância, há uma distância muitíssimo curta até a corrupção.

Todos, e não apenas os corruptos, são maus administradores, são prejudiciais ao povo, impedem o desenvolvimento, reúnem todos os requisitos para destruir uma sociedade.

O economista indiano radicado nos Estados Unidos, Pranab Bardhan⁷, define corrupção como um uso ilícito da função pública com o intuito de obter ganhos privados.

No sentido jurídico, as condutas corruptas indicam o comportamento dos agentes públicos que recebem para si ou para outrem, recursos, bens ou favores indébitos.

Coletividades humanas nas quais o sistema político caracteriza-se por condutas e hábitos corruptos, o sistema recebe o nome de cleptocracia, todavia este rótulo jamais é admitido pelos que em tais países detêm o poder, eis que o termo significa literalmente governo de ladrões.

Administradores envolvidos em tais práticas evitam em seus pronunciamentos públicos qualquer menção aos termos e expressões que designam o sistema reinante; eles não são objetivos em suas declarações, eles jamais dão explicações ao povo, optam sempre pelos discursos evasivos e outros subterfúgios que provocam ainda mais intensamente a indignação popular.

Cheryl W. Gray e Daniel Kaufmann observaram que malgrado alguns afirmem que nos países em processo de desenvolvimento, a corrupção pode produzir efeitos positivos, que ela seria endêmica e que seria melhor utilizar os poucos meios financeiros disponíveis que investir nos meios de controle da legalidade, mas, alertam os autores, a corrupção é colossal e a sua extensão é variável conforme o país, ela pode, pois, ser rara, generalizada ou sistêmica, e para eliminá-la é necessário atentar para suas causas profundas⁸.

Questão inevitável e de fundamental relevância é a que busca saber quem é o protagonista da construção do desenvolvimento futuro e do bem-estar dos cidadãos, o estado, seus governantes, os agentes públicos ou o povo?

Ora, o Estado é criado pelo povo, os governantes são por natureza os servidores da coletividade, os agentes públicos devem apenas *agir* no interesse do povo (daí o nome *agente*), eles devem materializar a vontade coletiva estatuida, expressa ou implicitamente, pelas leis⁹.

⁷ “Corruption ordinarily refers to the use of public office for private gains”. BADHAN, Pranab. Corruption and Development- A review of Issues. *Journal of Economic Literature*. Berkeley, v. 35, n. 3, p. 1320-1346, sept. 1997. p. 1321.

⁸ “On entend souvent dire de la corruption dans les pays en développement qu'elle peut avoir des effets positifs, qu'elle est endémique, qu'il vaut mieux employer les maigres ressources disponibles à doter les organes publics de surveillance des moyens de faire respecter la loi. Mais, en fait, plusieurs certitudes s'imposent: le coût économique de la corruption est colossal; l'étendue du mal est très variable selon les pays en développement; il y a moyen de la juguler et, pour ce faire, il faut porter plus d'attention à ses causes profondes ainsi qu'au rôle des incitations, de la prévention et des reformes économiques et institutionnelles précises.” GRAY, Cheryl W.; GRAY, Cheryl W.; KAUFMANN, Daniel. Corruption et développement. *Finances et Développement - Magazine Trimestrielle du FMI*. Washington D.C., Mars 1998.

⁹ O termo “lei” aqui deve ser entendido em seu sentido amplo, como sistema formado pela Constituição e pelos diplomas infraconstitucionais.

Sem o povo, não existiria, e nem seria necessário, o Estado, e tampouco os governantes, e muito menos os agentes públicos.

Afinal, é o povo que sustenta esse universo todo. O único protagonista do futuro é o homem, individualmente ou como elemento formador do fenômeno de fundamental importância denominado *povo*.

Se o povo é o protagonista, jamais haverá qualquer desenvolvimento quando os Estados, os governantes e os agentes públicos agem no seu particular interesse e em detrimento dos interesses da coletividade que os criou e sustenta. Contudo, muito poucos parecem saber disto. Não faltam aqueles que tentam inculcar, na mente dos menos atentos, inverdades como: “sempre houve corrupção, mas somente agora ela vem sendo descoberta”, “todos são corruptos quando colam em provas, batem o cartão ponto do colega que se atrasou ou não veio trabalhar, furam fila, etc.”, ou ainda, que “tudo o que foi recebido por determinada pessoa, entidade ou agremiação foi regular e legal, tendo inclusive sido declarado à Receita”. Mas e se um receptor qualquer declarar os benefícios que obteve como se sua origem fosse lícita, isto muda a natureza da conduta originária ou convalida a situação?

Se maus agentes públicos fossem submetidos a treinamento para se conscientizarem da importância de sua função e, caso não se convencessem, ou pior, fossem corruptos, viessem a ser simplesmente dispensados, já terá sido um grande e precioso avanço. Mas se, além disso, fossem valorizados (na prática, porque na Constituição já são) os novos negócios, fossem respeitados os cidadãos empreendedores (especialmente os individuais, pequenos e médios) em sua dignidade, e fossem erradicadas a indolência administrativa, a burocracia das inutilidades, a avidez, o despreparo, a incúria e todos os desdouros da máquina pública, deixando, finalmente, os particulares criativos trabalharem, estaria assegurado o desenvolvimento e não existiriam mais crises econômicas.

6. Referências

BADHAN, Pranab. Corruption and Development- A review of Issues. *Journal of Economic Literature*. Berkeley, v. 35, n. 3, p. 1320-1346, sept. 1997.

BLANCHET, Luiz Alberto. Manifestações Públicas e Desenvolvimento. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, v. 17, v. 90, mar./abr. 2015.

GRAY, Cheryl W.; KAUFMANN, Daniel. Corruption et développement. *Finances et Développement - Magazine Trimestrielle du FMI*. Washington D.C., Mars, 1998.

OLIVEIRA, Érica Patrícia Barbosa de; CARMO, Erinaldo Ferreira do. Antropologia jurídica: Cultura e direito no filme a massai branca. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3915, 21 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27006>>. Acesso em: 3 out. 2015

(IN)EFICIÊNCIA E CORRUPÇÃO NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO: POSSÍVEIS CAUSAS E MUDANÇAS NECESSÁRIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER*

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO**

Sumário: 1. Introdução; 2. Justificativa e recorte do tema; 3. Desenvolvimento: o modelo de desenvolvimento adotado na Constituição de 1988; 4. Administração Pública (in)eficiente; 5. Corrupção: possíveis causas e mudanças necessárias para uma Administração Pública brasileira eficiente; 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Estamos agradecidos e honrados pela oportunidade de participar do “Seminário internacional: eficiência e ética na administração pública”, nos dias 10 e 11 de agosto de 2015, uma realização do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (NUPED/PUCPR), do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná (NINC/UFPR) e do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Mestrado/UniBrasil), com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento

* Professora de Direito Administrativo do UniBrasil Centro Universitário. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogada e consultora para assuntos da Administração Tributária de diversos Sindicatos Nacionais e Regionais, especialmente para assuntos da Lei Orgânica da Administração Tributária.

** Professor de Direito Administrativo do UniBrasil Centro Universitário. Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid – UC3M. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Aperfeiçoamento de EaD Docência: Metodologia do Ensino Superior e Metodologia de Pesquisa Científica, pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia. Membro das Comissões de Educação Jurídica, Direito Urbanístico e Direito da Infraestrutura, todas da OAB/PR. Advogado.

de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI), sob brilhante coordenação do Prof. Dr. Emerson Gabardo, Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet, Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado, Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes e Prof. Ms. Marco Antonio Berberi.

Iniciativas como essa, com a consolidação dessa rede de estudos entre Professores nacionais e estrangeiros, nos fazem acreditar que ainda é possível sonhar com um mundo acadêmico sem fronteiras e com um Estado Democrático de Direito, pautado por uma Administração Pública brasileira mais cidadã, livre, justa e solidária.

É com este intuito que este estudo se propõe a debater a (in)eficiência e a corrupção no processo de desenvolvimento nacional, enfrentando academicamente os principais desafios interpostos pelas suas possíveis causas e consequentes necessidades de ajustes e/ou mudanças, no que diz respeito à Administração Pública brasileira, neste início de Século XXI.

2. Justificativa e recorte do tema

Os direitos sociais são devidos pelas sociedades a todos os homens. Qualquer exclusão é desumana, antes mesmo de ser antijurídica. A negação dos direitos individuais desumaniza; a negação dos direitos sociais exclui da humana experiência de membro da sociedade os que têm os seus direitos renegados. (...)

A sociedade deve ao homem o espaço para produzir o seu trabalho e patrocinar a sua própria dignidade.

(...)

O homem não pode viver sem um padrão de vida que lhe assegure condições para que as suas necessidades materiais, intelectuais, psicológicas sejam atendidas.

*ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito de para todos.***

Com essas palavras, trazidas ao público em um brilhante trabalho de Carmen Lúcia Antunes Rocha, pretende-se estabelecer o recorte para a análise do tema proposto. A ideia é pensar, criticamente, os impactos da ineficiência¹ e da corrupção no processo de desenvolvimento nacional, partindo-se do pressuposto de que essas duas mazelas – a ineficiência e a corrupção, que maculam em maior ou menor grau todas as estruturas politicamente organizadas – são as grandes responsáveis por negar, a uma significativa parcela dos cidadãos do Século XXI, as conquistas que se acreditavam asseguradas a todos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.²

Por certo, enfrentar os impactos da ineficiência e da corrupção implica em eleger um modelo de Estado como referência: o Estado Social e Democrático de Direito, tal como plasmado na Constituição de 1988. Estado que adota o modelo Republicano, em que, ao

¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

² Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

menos em termos formais, se reconhece que todo o poder emana do povo e será por ele exercido, direta ou indiretamente. Um Estado, Republicano, que deve adotar a cidadania como protagonista de toda a ação na esfera pública. Um Estado, Democrático, que clama pelo engajamento da comunidade na condução dos assuntos coletivos. Um Estado que exige, para sua legitimação, participação popular em todas as esferas, de decisão e de controle da máquina administrativa. Um Estado, Social, a quem se atribuiu a tarefa de concretizar os direitos fundamentais, garantindo a todos, condições de vida digna.

Dessa demarcação inicial, então, decorre uma opção do Constituinte por um modelo de desenvolvimento³, sendo essa a primeira aproximação que se pretende estabelecer. Num segundo momento, tendo em vista a perspectiva de desenvolvimento adotada, bem como o modelo de Administração Pública eleito na Constituição, verificar-se-ão quais as consequências que a ineficiência e a corrupção implicam à sociedade brasileira. Essa é a trajetória pretendida para se chegar a algumas proposições de alternativas que possam indicar um, dentre muitos caminhos possíveis, para que se possa trazer, para a realidade de todos os cidadãos brasileiros,⁴ as conquistas que, juridicamente, já se fazem presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3. O modelo de desenvolvimento adotado na Constituição de 1988

O tema do desenvolvimento, aliás, como todos os referenciais semânticos propostos nos Painéis deste Seminário Internacional, não apresenta unicidade de significados. Nascido no berço das teorias econômicas, o conceito de desenvolvimento sempre foi marcado por um forte elemento ideológico.⁵ E isto porque, desde 1949, no Discurso de posse do Presidente Truman, na Casa Branca, a noção de desenvolvimento foi eleita como o referencial para classificação dos Estados. De uma perspectiva marcadamente financeira, desenvolvidos, naquele momento, eram os países do norte, que já tinham alcançado elevados patamares de crescimento econômico. Por isso mesmo, cabia aos demais países buscar tal condição.⁶ Desenvolvido, então, era o país no qual houvesse um processo de enriquecimento das pessoas, um aumento da riqueza material.⁷

³ Para uma concepção anterior a este modelo, ver: FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*. São Paulo: Saga, 1968.

⁴ NASCIMENTO NETO, José Osório do. Cidadania e regulação no Estado Constitucional: apontamentos da democracia para a implementação de políticas públicas no Brasil. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Sellos. (Org.). *Diálogos (im) pertinentes: Estado, Direito e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 103-121.

⁵ FOLLONI, André Parmo. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco, Mestrado em Direito – UNIFIEO, ano 14, v. 41, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014. p. 67.

⁶ Nesta esteira de pensamento, “Estados Unidos e Europa assumem a condição ideológica de líderes do mundo e cuja liderança deve ser seguida por todos aqueles que almejam o desenvolvimento – e todos almejam, pois o desenvolvimento torna-se uma ideologia hegemônica, um mito, uma crença, um artigo de fé incontestável...”, conforme FOLLONI, André Parmo. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco, Mestrado em Direito – UNIFIEO, ano 14, v. 41, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014. p. 67.

⁷ FOLLONI, André Parmo. *Idem*. p. 75.

Por certo, durante muitos anos, a noção tradicional de desenvolvimento não incluiu a distribuição da riqueza.⁸ Entretanto, ainda que mantendo componentes ideológicos, a noção de desenvolvimento foi sendo reconstruída nos últimos cinquenta anos. O nível de desenvolvimento de um país deixou de ser medido pelo referencial meramente econômico.⁹ Com isso, se até a década dos 90, se utilizava o PIB, o Produto Interno Bruto, como referência, já neste século outros referenciais são eleitos, referenciais que permitem avaliar a extensão de um núcleo mínimo de direitos, garantindo aos cidadãos de cada Estado as condições de vida digna.

E é bem verdade que, no cenário nacional, ao menos no âmbito do sistema normativo, desde a promulgação da CF/88, o desenvolvimento deve ter em seu núcleo o desiderato de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades.¹⁰

Na perspectiva da Constituição Dirigente que informa a Constituição de 1988, os constituintes também impuseram o compromisso, à sociedade brasileira, de atingir patamares de desenvolvimento, não só do ponto de vista econômico, mas também imputando como objetivo da República a consecução do desenvolvimento em todas as suas variáveis (unidade da Constituição).¹¹

Ou seja, desenvolvimento nacional, tomado com um dos objetivos da República, previsto no art. 3º, da Constituição de 88, é uma noção que deve abranger, a um só tempo, a perspectiva de desenvolvimento humano, social e econômico¹². Por isso desenvolvimento, no Brasil, implica no dever imposto ao Poder Público de implantar políticas públicas voltadas a concretizar todos os direitos sociais, políticas públicas dirigidas à preservação do meio ambiente, políticas públicas que possam assegurar a cultura e a educação. Em suma, o direito ao desenvolvimento, lido a partir deste referencial proposto por tantos na doutrina nacional e estrangeira, é o que vai permitir a universalização dos direitos humanos na seara nacional¹³. Significa, em apertada síntese, a elevação no padrão de vida de toda a sociedade.

Essa perspectiva está retratada nas novas variáveis introduzidas no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em 2010. Os critérios de avaliação, a partir de então, são divididos em três grupos: o IDH-D – Índice de Desenvolvimento Humano ajustado

⁸ FOLLONI, André Parmo. *Idem. Ibidem.*

⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Idem.* p. 76.

¹¹ Sobre “unidade da Constituição”, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

¹² FOLLONI, André Parmo. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco, Mestrado em Direito – UNIFIEO, ano 14, v. 41, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014. p. 79.

¹³ FACHIN, Melina Girardi. *Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação*. São Paulo, 2013. 484 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

à Desigualdade; IDG – Índice de Desigualdade e Gênero e o IPM – Índice de Pobreza Multi-dimensional. O que se pretende, com a nova metodologia, é permitir um retrato da realidade dos países no que se refere a um padrão de vida digna, sendo analisadas as condições de prestação de serviços públicos de energia elétrica, saneamento, gás e transporte, por exemplo.

É nessa perspectiva que o serviço público, enquanto atividade material imputada ao Estado, de concessão de utilidades ou comodidades materiais, apresenta-se como uma técnica de distribuição de riqueza, uma técnica de garantia dos direitos humanos, expressão consagrada por Jorge Salomoni¹⁴.

Em que pese saber que Bresser-Pereira¹⁵ já trabalhava, na década de 1960, com a noção, aquele que melhor traduz a perspectiva contemporânea de desenvolvimento é Amartya Sen, para quem “o desenvolvimento requer se removam as principais fontes de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.¹⁶

Trazendo a discussão para a esfera nacional, então, construir um conceito de desenvolvimento que tome por base o objetivo de implementar, no Brasil, uma sociedade livre, justa e solidária é o grande desafio.

E o Constituinte de 1988 certamente atribuiu grande parcela desse desafio ao Estado, e ao seu aparato administrativo que, em última análise, deverá atuar com base na primazia do interesse público, sendo necessário ir além da análise desse excelente panorama normativo traçado. Apesar de todas as conquistas da Constituição Cidadã, não se pode olvidar a realidade nacional, que mostra, concreta e diariamente, a afronta cotidiana aos direitos mais mezinhas dos cidadãos. Por certo, ainda que o Brasil tenha melhorado no ranking dos países em relação ao IDH, os altos índices de exclusão social que persistem no País demonstram que é preciso identificar as mazelas que distanciam o modelo da Carta da realidade das ruas. Por que, afinal, após mais de 25 anos da Promulgação da Constituição de 1988, ainda não há a garantia, a todos, das benesses que informam o conceito de interesse público?

Com base nas premissas aqui elencadas, impõe-se a atuação do Estado Necessário,¹⁷ que preste serviços públicos e serviços públicos de qualidade. E é exatamente esta exigência que implica na seguinte constatação: para que o Brasil atinja os níveis de desenvolvimento esperado pela Constituição de 1988 deve contar com uma Administração Pública eficiente.

¹⁴ SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999. p. 325-326.

¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

¹⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000, p. 18.

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 31 e ss.

4. Administração Pública (in)eficiente

Além de eleger um modelo de Estado, a Constituição Dirigente de 1988 também adotou um modelo específico de gestão pública, formatado a partir do modelo burocrático, ainda que, após a Reforma de 1990, tenha sido esse modelo repensado com a inserção de mecanismos vinculados a um paradigma gerencial.¹⁸

Partindo-se desta premissa, há quem diga que a adoção do modelo burocrático seria o principal fator responsável pela ineficiência atribuída, de forma indistinta, à Administração Pública brasileira. Dentre tantos, na década de 90, Luis Carlos Bresser-Pereira¹⁹ passou a tecer duras críticas ao que ele chamou de “retrocesso burocrático da Constituição de 1988”. Segundo ele, a burocracia implica um modelo de gestão caro, autoreferenciado, pautado na morosidade e na pluralidade de instâncias decisórias, focado no procedimento. Modelo no qual os servidores públicos, por gozarem de estabilidade e de um conjunto de privilégios, atuariam de forma absolutamente dissociada do interesse público. Nessa perspectiva, os serviços públicos seriam mal prestados e o custo da burocracia elevaria seu preço final para os usuários.²⁰

É bem verdade que a Administração Pública brasileira, em maior ou menor grau, apresenta esses defeitos. E foi esse panorama que fez com que os mentores da reforma administrativa, e todos aqueles que, de alguma forma, constroem uma teoria crítica do direito administrativo, clamassem pela inserção, no art. 37, da Constituição Federal, do princípio da eficiência, o que ocorreu com a Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

Nesse momento, houve quem atribuísse a tal princípio o norte estrutural do novo método, que faria a Administração Pública atuar buscando a otimização de recursos, com o menor custo possível. Pretendiam, alguns, adotar uma dimensão marcadamente privatista ao princípio da eficiência, identificando-o como monopólio de um modelo gerencial de Administração Pública.²¹

Contudo, Emerson Gabardo,²² a partir de um extenso estudo da doutrina, demonstra que desde o advento do racionalismo administrativo característico da modernidade, a ideia de uma administração pública eficiente sempre esteve presente. Percebe-se que, correta a tese, já que desde Max Weber²³ os postulados da Administração Burocrática, enquanto modelo ideal, já eram marcados pela busca na qualidade da atuação do poder público. É do mo-

¹⁸ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31 e ss.

¹⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

²⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, [s.l.], n. 1, v. 1 120, jan./abr., 1996.

²¹ Em relação a estes dilemas, ver: FRANÇA, Phillip Gil. Alguns dilemas de uma Administração Pública eficiente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 125-138, jul./set. 2012.

²² Sobre o histórico da noção de eficiência administrativa, ver: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

²³ WEBER, Max. *Economía y Sociedad I: Teoría de la Organización Social*. México: Fondo de Cultura Económica, Derechos Fundamentales, 1944.

delo burocrático a adoção do concurso público, como mecanismo de garantir a meritocracia. É também do modelo burocrático a preocupação com a profissionalização do servidor.

Assim, sem adentrar à polêmica dos modelos de gestão,²⁴ é preciso reconhecer que, seja sob o referencial burocrático, ou sob o referencial gerencial, a eficiência é hoje um princípio constitucional que, ao lado dos demais princípios que integram o regime jurídico administrativo, norteia a atuação do poder público. Porém, sem embargo de sua previsão constitucional, seu menosprezo é inegável em todas as searas da Administração Pública Brasileira, impactando, diretamente, na dificuldade em se alcançar o desenvolvimento nacional desejado.

Dados os contornos do presente trabalho, reduz-se a reflexão sobre tais impactos a apenas dois aspectos: a falta de profissionalização dos servidores e a falta de qualidade na prestação dos serviços públicos.

Romeu Felipe Bacellar Filho é um defensor ferrenho da busca pela profissionalização dos agentes públicos.²⁵ Assevera que o grande contingente de demandas em relação aos atos administrativos decorre de um mau preparo dos servidores. Não são poucas as licitações mal conduzidas, os processos disciplinares que se arrastam por absoluta falta de preparo dos agentes, a negativa de direitos na esfera administrativa, por total desconhecimento dos responsáveis, a prática de atos danosos aos cidadãos, a demora da Administração Pública em responder às demandas dos cidadãos, situações que vão paulatinamente lotando os Tribunais pátrios, imputando, mais uma vez, ao Judiciário, o papel de salvaguarda das garantias fundamentais.

De igual forma, no que se refere à prestação dos serviços públicos, o princípio da eficiência integra o núcleo do conceito de serviço público adequado, nos termos do art. 175, IV, da CF/88, interpretado em conjunto com o art. 6º, da Lei de Concessões. É imposição constitucional, e legal, que o serviço público seja prestado de forma universal, contínua, com tarifas módicas, com regularidade e eficiência, buscando-se a melhor qualidade possível.

Infelizmente, são inúmeros os exemplos de afronta a tal núcleo principiológico, no que se refere à prestação dos serviços públicos, ilustrando a má versação dos recursos públicos.

Para retomada da perspectiva inicialmente adotada na presente reflexão, não é difícil concluir que a não observância do princípio da eficiência, em todas as situações acima

²⁴ Para maior detalhamento sobre modelos e fundamentos de gestão, recomenda-se: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 241-251 e SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo*. Estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 21-56.

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização na Administração Pública: a experiência brasileira. A ética na Administração Pública. In: FORTINI, Cristiana. (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 413-424.

relatadas, e em tantas outras que poderiam ser aqui citadas, afastam a Administração Pública de seu ideal de desenvolvimento.

Cada processo administrativo que se alastra pelo tempo, implica na negativa de direitos aos cidadãos. Cada serviço público mal prestado pelo Estado, ou por quem lhe faça às vezes, implica na negativa de direitos aos cidadãos.

Portanto, em uma primeira conclusão prévia, parece ser possível afirmar que o que emperra o desenvolvimento não é, de per si, a adoção do modelo burocrático que tem sim, dentre os seus postulados, a busca pela melhor atuação possível da Administração Pública. Os danos identificados pelos gestores da Reforma dos 90, danos que infelizmente mantém-se no funcionamento do aparelho do Estado brasileiro, decorrem, em grande parte, da ineficiência na atuação administrativa.

E é nesse tópico que aparece, no recorte aqui proposto, a temática da corrupção.

5. Corrupção: possíveis causas e mudanças necessárias para uma Administração Pública brasileira eficiente

A corrupção, essa grande chaga que anda ao lado da humanidade, quase que desde sempre, contamina praticamente todas as instâncias de poder, em maior ou menor grau. O problema da corrupção, para Ana Claudia Santano, “acompanha a evolução das sociedades desde sempre e se conecta com parâmetros morais, éticos, de justiça, e outros.”²⁶

Ainda que não haja um conceito definido do que se entende por corrupção, pode-se partir da definição trazida pela Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999: “a corrupção compreende as comissões ocultas e quaisquer outros atos que envolvem pessoas investidas de funções públicas ou privadas que violaram os deveres decorrentes de sua qualidade de funcionário público, empregado privado, agente independente ou de qualquer outra relação deste gênero, com vistas a obter vantagens ilícitas de qualquer natureza, para benefício próprio ou de outrem”.²⁷

Ou seja, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, qualquer vantagem indevida, é a tônica que parece identificar os atos de corrupção, dentro da estrutura normativa. É ela, a corrupção, segundo Renato Cardoso de Almeida Andrade²⁸, o pior dos pesadelos, tão forte em termos simbólicos – e reais – que configuraria um crime no qual a vítima seria a própria humanidade.

²⁶ SANTANO, Ana Claudia. A medição da corrupção como avaliação do desenvolvimento e eficácia de políticas públicas: alguns métodos disponíveis. In: GONCALVES, Oksandro Osdival; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Desenvolvimento e sustentabilidade: desafios e perspectivas*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 355.

²⁷ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/default.asp>>. Acesso em: 10 set. 2015.

²⁸ ANDRADE, Renato Cardoso de Almeida. A sociedade de risco e os crimes contra a Administração Pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; WUNDER HACHEM, Daniel (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 137-150.

Não seria novidade afirmar que a corrupção não é privilégio do Brasil, ou dos países mais pobres. Ela está presente, em maior ou menor grau, em todos os países do mundo que, atualmente assistem a uma proliferação de regras que pretendem impedir, mediante a aplicação de sanções, essa prática nefasta. Nefasta? Sim! Acredita-se que seja consenso a compreensão de que a corrupção é um mal. Mas nem sempre foi assim²⁹ (o que também não serve como justificativa para que se permitue pelas próximas gerações, em maior ou menor grau). Já houve quem tivesse coragem de afirmar que a corrupção, na medida em que permite uma aproximação entre a iniciativa privada e as instâncias burocráticas, seria uma técnica de agilizar o andamento da máquina administrativa e, conseqüentemente, fazer circular a riqueza, apresentando-se como mecanismo de desenvolvimento econômico. Por todos, nessa corrente, cita-se Leff, na obra de 1964.³⁰

Por certo, tal concepção não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, pautado nos valores da Carta Magna de 1988, porém, deixou sequelas na doutrina que trata do tema. Não são poucos os autores que atribuem à corrupção, notadamente no Brasil, à burocracia. Para Ana Claudia Santano, “a ideia que prevalece neste ponto é o fato de que, frente a uma burocracia deficitária e ineficiente, a corrupção poderia colaborar a burlá-la, promovendo assim o desenvolvimento de certos assuntos”.³¹

Afirma-se, nessa seara, que a existência de um grande corpo de agentes públicos e que a atuação procedimental, para falar apenas de dois aspectos, favoreceria um ambiente próprio a ser corrompido.

Acredita-se, no entanto, que o estudo do modelo de gestão burocrático, ao menos em sua concepção teórica, não admite afirmações dessa natureza. Afinal, a burocracia foi criada exatamente para extirpar, da máquina administrativa, as amarras do patrimonialismo, do clientelismo, do nepotismo e de toda a forma de apropriação privada dos interesses públicos.³²

O grande problema, para usar uma explicação comumente referida, sob a perspectiva histórica, é que não houve, no Brasil, a superação integral dos postulados de uma

²⁹ “La corruzione è stata un problema antico, ma rimane attuale. Gli elementi che caratterizzano la corruzione stanno ovviamente sempre si adattando ai diversi fattori storici e culturali, però rimangono gli stessi dai tempi più remoti”, conforme BLANCHET, Luiz Alberto. La corruzione con apparenza lecita. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 243-255, ene./jun. 2015. p. 254.

³⁰ LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*. [s.l.], v. 8, n. 3, p. 337-341, 1964.

³¹ SANTANO, Ana Claudia. Op. Cit., p. 356.

³² “A fixação dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência para a administração pública, na CF/88, encerra um marco mínimo de referências republicanas e busca afastar práticas há muito arraigadas na máquina pública brasileira, como a ausência de distinção entre as esferas pública e privada, o uso de recursos públicos para beneficiar interesses particulares, ou a troca de favores por apoio político”, conforme AQUINO, Luseni; CUNHA, Alexandre; MEDEIROS, Bernardo. A República como referência para pensar a democracia e o desenvolvimento no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto. (Org.). *República, democracia e desenvolvimento*: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Diálogos para o desenvolvimento. v. 10. Brasília: IPEA, 2013. p. 17-40.

administração pública patrimonialista e nem a adequada profissionalização da função pública.³³ Sem embargo das conquistas da CF/88, a sociedade brasileira ainda convive com práticas que remontam uma tradição cultural colonialista, com características de uma Administração Pública dirigida a atender os interesses do Rei, e não ao interesse dos cidadãos.

Mas, abandonando, em princípio, essa abordagem histórica,³⁴ que trata das raízes da corrupção, acredita-se que não seja demasiado retomar a ideia antes lançada: o que favorece a corrupção não é o modelo burocrático, enquanto tipo ideal, mas a ineficiência que contamina a máquina administrativa. Por certo, não se está afirmando que toda atuação administrativa ineficiente gera corrupção ou, que a corrupção se limita às práticas ineficientes. A singeleza do que se afirmou até aqui apreciou, tão somente, este aspecto da questão, que é por demais ampla.

De qualquer forma, o que fica claro é que a prática da corrupção, seja qual for a sua causa, frustra a expectativa do desenvolvimento plasmada pela Carta Cidadã, notadamente por força do desvio de recursos públicos e da renúncia de receitas que se notabiliza no cenário nacional, fatores que, ao lado da má gestão administrativa, impedem a concretização dos direitos fundamentais em todas as dimensões previstas na Constituição de 1988.

6. Considerações finais

Efetivamente, seria impossível uma descrição dos impactos³⁵ da ineficiência e da corrupção no desenvolvimento nacional nos limites do presente trabalho, no qual foram citados apenas alguns dos males causados por essa prática tão arraigada no ambiente nacional.

É certo que a corrupção é quase tão antiga quanto a constituição do poder político na esfera social. E, por isso, para alguns, ela seria ineliminável, justamente porque ela depende, ao fim das contas, de uma decisão individual do sujeito que ocupa um lugar na máquina pública. Como aduz Ana Claudia Santano, “os recursos públicos alocados para uso particulares fluem dentro de um quadro institucional legalmente definido.”³⁶

Entretanto, é preciso reconhecer que, em um ambiente constitucional marcado pelo princípio republicano e que reconhece a normatividade aos princípios que integram o regime jurídico administrativo, dentre eles, o princípio da moralidade, não se pode aceitar como ineliminável a prática da corrupção. Por isso, inaugurando-se um novo paradigma na história

³³ Sobre a relação entre corrupção e despreparo da função pública, ver também: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Corrupción y función pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; WUNDER HACHEM, Daniel (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

³⁴ Enfoque histórico muito bem delineado por: GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor Gomes. Burocracia e eficiência administrativa. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243-259.

³⁵ Com maior detalhamento, recomenda-se: NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁶ SANTANO, Ana Claudia. Op. Cit., p. 366.

política brasileira, o ordenamento jurídico conta, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, com uma pluralidade de mecanismos de controle.

Mas a existência de tais mecanismos ainda não foi suficiente para extirpar, da máquina pública, essa mazela. Por isso, é preciso demandar por uma ampliação de tais institutos³⁷ de maneira a se aperfeiçoar a estrutura burocrática e se minimizar as práticas ligadas à corrupção e à ineficiência, permitindo-se, com isso, o efetivo desenvolvimento nacional sustentável, em suas múltiplas dimensões. Nessa perspectiva, acredita-se que o fortalecimento dos mecanismos de controle social e de participação popular na Administração Pública apresenta-se como uma opção que pode colaborar na efetivação dos valores conquistados na Constituição de 1988.

7. Referências

ANDRADE, Renato Cardoso de Almeida. A sociedade de risco e os crimes contra a Administração Pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel WUNDER. (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 137-150.

AQUINO, Luseni; CUNHA, Alexandre; MEDEIROS, Bernardo. A República como referência para pensar a democracia e o desenvolvimento no Brasil. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto. (Org.). *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Diálogos para o desenvolvimento*. v. 10. Brasília: IPEA, 2013. p. 17-40.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização na Administração Pública: a experiência brasileira. A ética na Administração Pública. In: FORTINI, Cristiana. (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 413-424.

BLANCHET, Luiz Alberto. La corruzione con apparenza lecita. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 243-255, ene./jun. 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*. [s.l.], n. 1, v. 1 120, jan./abr., 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Corrupción y función pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; WUNDER HACHEM, Daniel (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FOLLONI, André Parmo. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco, Mestrado em Direito – UNIFIEQ, ano 14, v. 41, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*. São Paulo: Saga, 1968.

FRANÇA, Phillip Gil. Alguns dilemas de uma Administração Pública eficiente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 125-138, jul./set. 2012.

³⁷ A título exemplificativo, pode-se citar o aprimoramento dos convênios administrativos, conforme: REIS, Luciano Elias. *Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado*. Curitiba: Juruá, 2013.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

GABARDO, Emerson; CASTELA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor Gomes. Burocracia e eficiência administrativa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243-259.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 241-251.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*. [s.l.], v. 8, n. 3, p. 337-341, 1964.

MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Cidadania e regulação no Estado Constitucional: apontamentos da democracia para a implementação de políticas públicas no Brasil. In: KNOERR, Viviane Coelho de Sellos. (Org.). *Diálogos (im) pertinentes: Estado, Direito e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 103-121.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, Luciano Elias. *Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direitos de para todos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Org.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.253-262.

SALGADO, Eneida Desiree. Finanziamento ai partiti politici in Brasile: corruzione e democrazia. *Nuove Autonomie – Rivista di Diritto Pubblico*. Palermo, anno XXIII, v. 3, p. 469-487, set./dic. 2014.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

SANTANO, Ana Claudia. A medição da corrupção como avaliação do desenvolvimento e eficácia de políticas públicas: alguns métodos disponíveis. In: GONCALVES, Oksandro Osdival; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Desenvolvimento e sustentabilidade: desafios e perspectivas*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 353-372.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. El control de la administración pública en el Derecho brasileño. *Derecho Administrativo*, Universidade da Coruña, v. 91, p. 147-160, 2014.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad I: Teoría de la Organización Social*. México: Fondo de Cultura Económica, Derechos Fundamentales, 1944.

AS REPERCUSSÕES DO CASO MENSALÃO: UMA ANÁLISE DE CONJUNTURA E DE CENÁRIOS*

EDUARDO BIACCHI GOMES**

ANE ELISE BRANDALISE GONÇALVES***

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto fático e apresentação sumária do sistema interamericano protetivo dos direitos humanos; 2.1. Contexto fático: síntese do caso Mensalão; 2.2. Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos; 2.3. Principais atores e agentes envolvidos; 2.4. Importância do caso à sociedade e à Administração Pública; 3. Fatos portadores de futuro; 4. Construção de cenários: elementos pré determinados e tendências de peso; 4.1. Elementos pré-determinados; 4.2. Tendências de peso; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho busca dissecar o evento conhecido como “Mensalão” (AP 470) com o fito de compreender as razões para tal evento ter alçado discussão na seara internacional (regional), vez que atualmente tramitam na Comissão interamericana denúncias contra o Brasil no caso, alegando descumprimento aos ditames da ratificada Convenção Americana de Direitos Humanos¹. No mais, procurar-se-á ao longo desse estudo desvendar as seguintes

* O presente artigo é fruto da monografia apresentada pela aluna Ane Elise Brandalise Gonçalves, sob orientação do Professor Eduardo Biacchi Gomes, ao curso de Relações Internacionais da UNINTER no final de 2014.

** Professor-adjunto integrante do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UNIBRASIL. Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina, (2001). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1993).

*** Mestranda do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Graduada em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER (2015) e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2012). Foi bolsista de pesquisa científica UNINTER (2013-2014) e aluna bolsista PIBIC-PUCPR (2008-2010).

¹ Até o momento, quatro réus do Mensalão protocolizaram suas denúncias perante a Comissão Interamericana, a saber (com maior clareza, vide quadro 01): (1) José Roberto Salgado; (2) Kátia Rabello; (3) Vinicius Samarane; (4) José Dirceu. In: BASSO, Maristela. *AP 470 - Réus do mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana*. Conjur, 27 nov 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/maristela-basso-reus-mensalao-podem-recorrer-comissao-interamericana>>. Acesso em: 12 abr 2014.

perguntas: Poderá o caso Mensalão acarretar uma sentença condenatória internacional em face do Brasil? Quais os reflexos e importância do caso Mensalão na Administração Pública?

Para realizar a análise de conjuntura e de cenários pretendida, em um primeiro momento o trabalho apresenta o atual contexto do Mensalão, a partir de uma perspectiva jurídica. Ao seu turno, analisando o plano internacional, exhibe o trabalho uma apresentação do sistema interamericano protetivo de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte, com a verificação de quais os principais atores envolvidos. Mais além, como fatos portadores de futuro, elencou-se a solução dada pelo STF no caso Mensalão e os casos que encontram similitudes. Na senda internacional, fatores como o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca dos direitos envolvidos e o relacionamento do Brasil com esse sistema interamericano de proteção aos direitos humanos são também levados em consideração e apresentados aqui de maneira breve.

Na análise de cenários, o trabalho verificou quais seriam os elementos pré-determinados e quais seriam as tendências de peso aptas a demonstrar as possibilidades de condenação ou absolvição do Brasil perante o sistema interamericano.

No ponto, em relação à metodologia, o trabalho buscou nortear-se pela análise de conjuntura e de cenários, procurando interpretar o evento Mensalão e sua relação com o sistema interamericano através de critérios objetivos (a saber: explicitação do evento, identificação dos atores envolvidos, importância do estudo, verificação dos fatos portadores de futuro e tendências), necessários para a identificação de possíveis situações futuras. Para tanto, as fontes utilizadas foram a legislação (nacional e internacional), escritos de intelectuais, com destaque à doutrina, e a jurisprudência (especialmente a do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

O atual artigo enquadra-se inserido no tema “Ética na Administração Pública”, procurando destacar que questões como os direitos humanos envolvidos, o combate à corrupção, a relação entre Estados e população, entre tantos fatores outros devem ser levados em consideração quando se estuda determinado caso emblemático envolvendo Política e Estado.

O fato de que o Mensalão, como exarado na AP 470, não pode ser analisado apenas pelo viés puramente jurídico, também se levando outros fatores em consideração, é a justificativa do presente artigo e justificativa para análises futuras se o Mensalão chegará em sede de Corte Interamericana de Direitos Humanos ou não.

2. Contexto fático e apresentação sumária do sistema interamericano protetivo dos direitos humanos

Para realizar uma análise de conjuntura e de cenários, especialmente para tirar sua relevância ao âmbito do Direito, é necessário explicitar e entender o atual caso em tela, o Mensalão, ao que se passa a analisar. Mais adiante, para além do plano interno, ter-se-á a visão do presente contexto em âmbito regional, com a apresentação do sistema interamericano

protetivo dos Direitos Humanos. Por fim, verificar-se-á quais os atores envolvidos nesse evento e qual a importância de se estudar o caso para toda a sociedade (nacional e internacional).

2.1 Contexto fático: síntese do caso Mensalão

De início, cumpre anotar que o presente estudo não teve acesso ao processo do caso do Mensalão (cujos autos são físicos, e não eletrônico), mas teve acesso às principais decisões do processo (AP 470) por meio de divulgação no *site* do STF. Também cabe alertar que tal artigo não emitirá qualquer opinião de caráter político-partidário, bem como não adentrará na questão de Direito Penal (autoria/materialidade) dos delitos imputados aos acusados.

Trata o Mensalão² de um caso de corrupção (e outros crimes correlatos³) no governo brasileiro, com início em maio de 2005. No Judiciário⁴, em julho de 2005, o STF recebe o Inquérito nº 2245, com 40 investigados, sendo que em 2007 tem-se no STF a Ação Penal nº 470, figurando-se como Autor o Ministério Público Federal e como Réus 40 acusados. Antes do julgamento inicial, um dos réus faleceu, bem como um réu assinou acordo com o Ministério Público Federal para não ser processado no caso, ao que restaram 38 réus no pólo passivo do caso. Após, um dos réus veio a ter seu processo desmembrado, ao que 37 réus foram julgados no caso, totalizando, ao fim, 24 condenações.

Na ocorrência do primeiro julgamento, ocorrido em 2012, dos 24 condenados 12 recorreram via embargos infringentes, sendo que estes foram aceitos. Por fim, em março de 2014, o STF concluiu o julgamento do caso, sinalizando um momento emblemático no combate à corrupção e impunidade.

Mais especificamente, duas são as discussões principais, sendo que atualmente os condenados vêm buscando respostas e auxílio por parte do sistema interamericano, a saber: (1) a questão do foro por prerrogativa; (2) o direito ao duplo grau de jurisdição.

² Optou-se por denominar o caso como “Mensalão”, ao invés de “Mensalão do PT” ou por “AP 470”. Apesar do termo “mensalão”, por si só, remeter a qualquer esquema de compra de apoio parlamentar em troca de uma “mesada”, preferiu-se não mencionar o caso como “Mensalão do PT” para fins de evitar qualquer conceituação prévia a respeito do Partido Político ou abrir debate em torno do tema, bem como preferiu-se não citar o evento sempre como AP 470, dado que um termo demasiadamente técnico-jurídico. Assim, o evento será denominado como comumente conhecido: caso Mensalão.

³ No ponto, importante ressaltar as duas partes desse processo: de um lado, os réus, parlamentares e não parlamentares, e de outro, o Ministério Público Federal, representando a vítima das infrações cometidas. No geral, os delitos seriam lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, formação de quadrilha, peculato, evasão de divisas, entre outros, o que denota que a vítima seria o erário brasileiro (o cofre brasileiro). Assim, toda a população brasileira ficou na expectativa do julgamento desse caso, esperando não proliferar no país uma cultura de impunidade.

⁴ Para os fins propostos pelo trabalho, considere-se como termo inicial do evento Mensalão o recebimento do Inquérito Policial e a culminação de ação judicial. O palco estudado terá enfoque na questão das decisões do Poder Judiciário sobre o Mensalão e, após, na questão da chegada ao caso em seara internacional.

2.1.1 Direitos questionados no caso Mensalão

Primeiramente, passa-se aqui a debater o foro por prerrogativa. Após, o trabalho apresenta, em linhas gerais, o direito ao duplo grau de jurisdição.

Entender o foro por prerrogativa de função, também conhecido como foro privilegiado⁵ ou competência *ratione personae*, significa compreender a razão da Ação Penal do Mensalão tramitar, desde o primeiro momento (competência originária), perante o STF, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

O foro por prerrogativa de função encontra-se, em sua maior parte (a exemplo da função parlamentar), na Constituição da República Federativa Brasileira, mas também pode estar disposta em outras leis, de modo esparso, como no Código Penal, que determina o foro por prerrogativa para julgamentos criminais de autoridades (que é o caso em tela) e na Constituição de cada Estado-membro do Brasil⁶. Em encontrando previsão na Constituição da República Brasileira, no art. 5º.⁷, vê-se que o foro por prerrogativa de função constitui-se mais do que uma simples garantia pessoal, mas sim um direito fundamental, que deve ser respeitado e analisado em consonância com outros dispositivos constitucionais⁸.

Observe-se, contudo, que apesar de alguns poucos réus do caso Mensalão serem parlamentares, abrigados por tal prerrogativa⁹, determinadas pessoas não deteriam o foro por prerrogativa de função (empresários, publicitários, etc). Contudo, o STF decidiu, à exceção de um dos réus, pela reunião dos processos no STF. Tal decisão, suscitando o debate acerca do foro por prerrogativa de função, fez volver as seguintes questões: Se é o foro por prerrogativa de função um direito fundamental, e não um privilégio, como pode ele acarretar prejuízos aos réus?

O prejuízo residiria, a princípio, na impossibilidade de socorrer-se por outras vias do Judiciário (instâncias superiores), via impugnações. Com efeito, o duplo grau de jurisdição¹⁰,

⁵ Opta-se aqui pelo termo “foro por prerrogativa de função” ao invés do “foro privilegiado” para evitar eventuais distorções que esta nomenclatura pode trazer. Isso porque, o privilégio induz a pensar em apadrinhamento, preferências, entre outras coisas que não traduzem a realidade do foro por prerrogativa de função. Ademais, enquanto o privilégio é subjetivo e anterior à Lei, com essência pessoal, a prerrogativa, ao revés, é objetiva e deriva da Lei.

⁶ Vale salientar que tal prerrogativa é apenas válida quando no exercício da função protegida. Assim, se determinado parlamentar, por exemplo, renuncia ao cargo, extinta está também a aludida prerrogativa.

⁷ A prerrogativa de função também pode ser encontrada em outros documentos normativos, para outras funções, a exemplo da Convenção de Viena, que prevê o foro por prerrogativa de função aos diplomatas.

⁸ Um desses dispositivos constitucionais seria o Art. 5º, incisos XXXVII e LIII, que traz o princípio do juiz natural (legal). Tal princípio dispõe a proibição a juízo ou tribunal de exceção, havendo o magistrado sempre ser pré-constituído por lei e agir com imparcialidade. No entanto, é pacífico no ordenamento jurídico hoje que “a prerrogativa não constitui afronta ao princípio do juiz natural ou legal (*gesetzlicher Richter*) (exemplos: arts. 100, I e II, do CPC e 52, I da CF/88).

⁹ À época do julgamento apenas três réus estavam em exercício do mandato parlamentar, a saber: (1) João Paulo Cunha; (2) Pedro Henry; (3) Valdemar Costa Neto. Os demais parlamentares envolvidos renunciaram ao cargo antes do julgamento.

¹⁰ Em âmbito interno, todavia, inexistente sua previsão explícita no texto constitucional, sendo que doutrinariamente e jurisprudencialmente é construída a ideia de tratar o duplo grau de jurisdição um princípio constitucional implícito, podendo ser extraído apenas por meio da interpretação acurada do artigo 5º, LV e dos artigos 101 a 126 do texto constitucional (que tratam, respectivamente, da garantia do contraditório e da ampla defesa e da competência do STF até a

conhecido também como *due process of law* confere tal possibilidade, apesar de não estar explícito na Constituição. Mais especificamente, em se tratando de competência originária, como é o caso da prerrogativa de foro, tem-se que apesar de ainda estar circunscrito ao princípio do duplo grau de jurisdição, não é sempre este um direito amplamente efetivo, o que gera discussões.

No plano interamericano, ao contrário do Brasil, o duplo grau de jurisdição encontra-se expressamente previsto no artigo 8º. 2. h da Convenção Americana de Direitos Humanos, que leciona que durante o processo toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à garantia mínima do direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior¹¹, e no art. 25 do mesmo documento, que trata da proteção judicial.

Além de exposto por tratado internacional, o duplo grau de jurisdição também vem ganhando força graças à jurisprudência da Corte Interamericana, a qual vem firmando entendimento no sentido de que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país¹².

É justamente o que está em questão no caso do Mensalão, cujas alegações nas denúncias realizadas no sistema interamericano calcam-se na necessidade violação à garantia do duplo grau de jurisdição.

2.2 Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Para entender os sistemas protetivos de direitos humanos, entendidos aqui como “os processos, as dinâmicas de lutas históricas decorrentes resistências contra a violência que as diferentes manifestações do poder do capital exerceram contra os indivíduos e coletivos”¹³, importante constatar que tais direitos ganharam destaque em seara internacional com o período do pós-guerras, quando então preemente a necessidade dos Estados volverem os olhos à pessoa humana e buscar a paz, fatos tais que nem sempre estariam ao alcance deste, ao que a proteção aos direitos humanos pode ser ilustrada sobretudo (mas não apenas) pelas Organizações Internacionais e seus aparatos normativos.

Dentre tais organizações são duas as quadráticas de sistemas normativos voltados à sua proteção e garantia, sendo que ambos utilizam-se de certos princípios básicos, mas com fulcro em diferentes meios normativos. Assim, há o sistema global e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

competência dos Tribunais e juízes ordinários). Muitos também tratam o duplo grau de jurisdição como uma garantia, e não um princípio implícito. O trabalho aqui presente perfilha-se, todavia, ao entendimento de ser o duplo grau de jurisdição de ordem principiológica, até mesmo por não existir uma determinação expressa na Lei Maior.

¹¹ Nesta toada, se de um lado, como visto antes em nota de rodapé, o duplo grau de jurisdição no Brasil é considerado, malgrado algumas divergências doutrinárias, como antes um princípio e não uma garantia, na Convenção Americana o duplo grau, ao revés, constitui-se uma verdadeira garantia judicial.

¹² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana de direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica* - 4.ed. rev., atual.eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

¹³ FLORES; *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p; 169.

Regionalmente, três são os principais sistemas, responsáveis por consolidar um multilateralismo entre países vizinhos e, assim, conferir maior proteção a determinados direitos inerentes aos seres humanos. Foram criados na seguinte ordem: (1) sistema europeu; (2) sistema interamericano; (3) sistema africano.

O sistema interamericano de Direitos Humanos é vislumbrado especialmente pela Organização dos Estados Americanos, doravante chamada de OEA¹⁴. No tocante à proteção dos direitos humanos, tem-se como documento básico, para além da Carta da OEA, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, pois as assinaturas deram-se em San José, capital da Costa Rica), surge oficialmente em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em vigor em 18 de julho de 1978. O Brasil, ao seu turno, é parte da Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992, sendo o documento internacional promulgado no país por meio do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

Tal Convenção, reconhecida como o “tratado-regente”¹⁵ de todo o sistema interamericano dos direitos humanos, utiliza como meios de proteção dos direitos humanos tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, competentes para “conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes”¹⁶. Quanto à Corte, o Brasil reconheceu sua competência jurisdicional em 10 de dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89.

Enquanto a Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, conforme disposição do art. 41 da Convenção Americana, a Corte exerce o papel essencialmente contencioso, também podendo ter função consultiva.

No ponto, atualmente há notícias que enunciam que até agora pelo menos 04 dentre os 24 condenados do caso Mensalão já protocolizaram denúncias perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁷, sustentando exatamente a violação do Brasil ao duplo grau de jurisdição. Além da legislação-base, as supostas vítimas valeram-se na petição da

¹⁴ Alerta-se, contudo, que o sistema interamericano, no geral, não se limita a ser uma Organização Internacional voltada para a resolução de controvérsias envolvendo Direitos Humanos, mas também inclui outras áreas das relações internacionais e de direito internacional, fazendo prevalecer a consciência do regionalismo entre países de grande diversidade cultural e política, contendo uma série de órgãos para a realização de suas atividades, além de possuir outros entes. Em outras palavras: denomina-se sistema interamericano o “conjunto de órgãos, entidades e mecanismos de variados propósitos e estruturas, assim como de tratados e outros instrumentos que regulavam uma infinidade de matérias a nível regional”. In: F.V. García Amador *apud* TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional das organizações internacionais*. 5.ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 320.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana de direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica** - 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 07.

¹⁶ CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 nov 1969, artigo 33. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 mai 2014.

¹⁷ BASSO, Maristela. **AP 470 - Réus do mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana**. *Conjur*, 27 nov 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/maristela-basso-reus-mensalao-podem-recorrer-comissao-interamericana>>. Acesso em: 12 abr 2014.

doutrina e da jurisprudência da própria Corte Interamericana, especialmente salientada no Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela¹⁸, cuja discussão encontra semelhanças com a do caso do Mensalão.

De todo modo, é de se ressaltar que a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos não pode ser considerada como um tribunal de revisão do STF ou de qualquer outro tribunal, eis que não há hierarquia entre foro jurídico internacional e tribunais nacionais. Em verdade, a Comissão e a Corte, apesar de guiadas por preceitos consuetudinários de caráter universal, encontram barreiras na própria soberania estatal, cabendo ao Estado violador cumprir a decisão firmada pelo fórum internacional¹⁹, em todos os âmbitos de seu poder e da melhor forma cabível, em consonância aos princípios de Direito Internacional (a exemplo maior do princípio do *pacta sunt servanda*).

Nesta toada, em sendo o Mensalão um dos casos de maior destaque tanto na mídia quanto no cotidiano do cidadão brasileiro, impossível não se questionar acerca dos rumos que o caso em tela pode tomar ao chegar ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o que será melhor detalhado mais adiante.

2.3 Principais atores e agentes envolvidos

Perpassada a análise do evento no plano interno e internacional, necessário verificar os principais atores e agentes envolvidos no Mensalão, sendo eles uma multiplicidade de sujeitos que não necessariamente limita-se àqueles participantes da relação processual do caso Mensalão. Vale dizer: os atores sociais e seus respectivos agentes no caso em tela não devem necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica, eis que ultrapassam da visão pura de “autor, réu e magistrado”. Como ator, pois, pode-se compreender: “alguém que representa, que encarna um papel dentro de um enredo, de uma trama de relações. Um determinado indivíduo é um ator social quando ele representa algo para a sociedade (para o grupo, a classe, o país)”²⁰.

Assim, a título exemplificativo, podem-se elencar os seguintes atores: (1) Autor Processual, que seria o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador Geral da República; (2) Réus Processuais, que seriam os acusados e respectivas defesas técnicas; (3) Poder Judiciário, especialmente STF e seus ministros; (4) Sociedade Civil (população), cujas vozes, para além do trabalho do Ministério Público, são dadas via ONGS e Partidos Políticos (e, em certa medida, a imprensa/mídia); Na seara internacional (5) o Brasil (República Federativa do Brasil) e o trabalho da AGU e GATAI; (6) O sistema interamericano de direitos

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leiva versus Venezuela**. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 12 mai 2014.

¹⁹ A questão da aplicação das decisões tomadas em Organizações Internacionais em território nacional é tema de relevância atual tanto para o estudo das Relações Internacionais quanto do Direito. No ramo jurídico, é crescente o estudo acerca da implementação jurídica das decisões internacionais, da questão do controle de convencionalidade, etc.

²⁰ SOUZA, Herbert. *Como se faz análise de conjuntura*. 11a ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 54.

humanos, ilustrado pela Comissão e pela Corte Interamericana; (7) Estados membros da OEA que não o Brasil.

A inclusão dos réus do caso Mensalão, do Ministério Público Federal (autor processual da Ação Penal nº 470) e do STF nesse rol de atores/agentes, conforme já mencionado, deve-se ao fato de que são as partes e o julgador da relação jurídica processual penal, que culminou pelo julgamento que condenou a maior parte dos acusados e que virou alvo de discussão em sede internacional. Ademais, é da Ação Penal nº 470 que se retiram os principais argumentos das lutas travadas pelas partes: de um lado os condenados alegam violações à garantia ao duplo grau de jurisdição, esbarrando na questão do foro por prerrogativa de função; de outro lado, Ministério Público comemora a decisão do Supremo, sendo um dos grandes feitos no combate à corrupção no país²¹. O Judiciário, ao seu turno, apesar de divergências internas de posicionamentos pessoais, faz questão de anotar sua legitimidade na hora de decidir²².

Acerca da importância do Poder Judiciário, anotam Vianna e outros: “agora, (...) o Judiciário, antes um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distantes das preocupações da agenda política e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.”²³

Considerando que o Mensalão se tornou visível por meio da mídia, e que foi através desse meio que grande parte da população ficou ciente do ocorrido, avulta-se o papel da imprensa no evento Mensalão, entendendo-se aqui como representante da sociedade civil, em que pese tal conduta midiática ter considerações tanto positivas quanto negativas²⁴.

²¹ BRASIL, Ministério Público Federal. *MPF recebe Prêmio de Conquista Especial pela atuação no mensalão*. Notícias MPF, 09 de setembro de 2013. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_general/mpf-recebe-premio-de-conquista-especial-pela-atuacao-no-mensalao>. Acesso em: 30 ago 2014.

²² Vide, por exemplo, opinião de Luís Roberto Barroso, acerca da jurisdição constitucional e legitimidade democrática: “A legitimidade democrática da jurisdição constitucional enfrenta algumas objeções consistentes, dentre as quais se destaca a denominada *difficuldade contramajoritária*. De fato, o Poder Judiciário, integrado por agentes públicos não eleitos, pode invalidar atos do Executivo e do Legislativo, cujos membros têm o batismo do voto popular. Nada obstante, é certo que a democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional” *In*: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª Ed., rev., atual., - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

²³ VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 09.

²⁴ Apesar desse trabalho não adentrar a fundo na questão, por não ser o objeto principal do estudo, vale anotar que o lado positivo da publicização do caso Mensalão centra-se no fato de que o julgamento atendeu aos anseios da população brasileira, deseja por menos impunidade dos crimes relacionados à corrupção na Administração Pública, sendo que não há de se falar em excessos midiáticos. Assim, por exemplo, é o posicionamento do advogado Rubens Naves, fundador da ONG Transparência Brasil, segundo o qual: “As decisões foram tomadas por um colegiado legitimado por normas democráticas. Houve absoluto respeito ao contraditório e ao devido processo legal. Provas foram colhidas, defesas foram apresentadas, juízes divergiram inclusive na consideração da prova e na cominação das penas. Houve preocupação com a coerência, com a razoabilidade, proporcionalidade e, finalmente, total publicidade. Foi possível acompanhar ao vivo – e muita gente o fez – as sessões do julgamento. Juristas de várias universidades

No ponto, a sociedade civil tem importância na questão do Mensalão. Ora, tão relevante quanto tratar do cumprimento dos direitos e garantias dados em Convenções Internacionais, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela legislação interna aos acusados no caso Mensalão, importante também sopesar na balança os direitos das outras pessoas envolvidas no caso em questão, violados quando na ocorrência dos atos delituosos praticados pelos condenados do Mensalão. Em outras palavras: se por um lado há de se concretizar os direitos e garantias do acusado, por outro há também que se garantir os direitos da outra parte da relação jurídica processual penal, a fim de efetivar o direito processual penal, “verdadeiro direito constitucional aplicado”²⁵.

Entretanto, vale alertar que a sociedade civil é plural quanto a seus interesses, e demonstra que a população não chega a ser unânime quanto ao caso Mensalão e seus acontecimentos, sendo que o julgamento do STF ora chega a ser visto com bons olhos, ora não é bem-vindo e causa estranhamento. Os próprios profissionais do Direito e das Ciências Políticas possuem divergências de posicionamentos (os quais não cabe aqui elencar, por destoar do foco do presente estudo).

Ainda assim, a sociedade civil, com sua miríade de pensamentos, deve ser levada em consideração no jogo de atores, pois executa lutas cotidianas no palco brasileiro (seja qual luta for: a luta pela concretização do devido processo legal, no qual se respeita o duplo grau de jurisdição, a luta pelo combate à corrupção e à impunidade, a luta pela democracia, etc), a fim de fazer valer direitos já colocados na legislação, mas nem sempre observados pelos Estados.

Como representantes de determinados setores da sociedade, denota-se também a importância dos partidos políticos brasileiros, ainda mais no caso Mensalão, em que há em jogo atividades, direitos e crimes cometidos por parlamentares. Nessa toada, por certo que os partidos políticos no palco do Mensalão, notadamente o Partido dos Trabalhadores, irão pugnar pela garantia e direitos dos acusados do caso e, outrossim, irão expressar sua concordância nas petições protocolizadas perante o sistema interamericano de direitos humanos. De outra banda, partidos políticos contrários manifestarão a repulsa à corrupção, à impunidade, etc. Entretanto, ressalte-se que este trabalho não adentrará pormenorizadamente na questão dos partidos políticos, malgrado reconhecer sua importância como ator social.

e tendências doutrinárias acompanharam e comentaram todas as etapas do julgamento e suas implicações. Tudo o que vem acontecendo na Corte tem sido, portanto, constantemente questionado, esclarecido e discutido na mídia nacional.” In: BRASILINO, Luis. *O legado do Mensalão*. Jornal Le Monde Diplomatique Brasil, de 11 de dezembro de 2012. Por outro lado, há quem defenda que a mídia, no caso Mensalão, acabou por trazer maiores tensões ao caso, de modo a prejudicar o princípio da presunção de inocência do acusado. Sobre este último ponto de vista, vide: GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. ARENHART, Bianca Georgia. *O Processo Penal Brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel*. p. 213.

Ademais, como representantes dos vários setores dessa diversificada sociedade civil, na luta pela democracia e por um Estado livre de corrupção²⁶, vale colocar a título de exemplos de ONGs de atuação nacional a Organização Transparência Brasil, reconhecida na condução de programas de combate à corrupção e maior transparência de dados dos vários poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário)²⁷ e o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), integrado por uma gama de entidades nacionais de diversos segmentos.

No âmbito dos direitos humanos, como responsável por garantia de maior proteção, destaca-se como ator, para não dizer o principal ator, o Estado brasileiro (tanto no plano interno quanto no plano internacional).

O Estado, em que pese não ser o único sujeito de Direito Internacional, é o “sujeito originário do Direito das Gentes, desfrutando então de uma personalidade jurídica plena, cuja manifestação essencial no Direito Internacional é a capacidade para celebrar tratados”²⁸. Assim, em sendo o Estado quem assinou e ratificou instrumentos internacionais, a exemplo maior da Convenção Americana de Direitos Humanos, é ele também o responsável em caso de eventual descumprimento, sendo que “todas as autoridades públicas (todos os órgãos do Estado) são responsáveis pela execução dos tratados no plano interno”²⁹.

Vale lembrar que em termos de personalidade jurídica estatal tem-se tanto a União (pessoa jurídica de direito interno) quanto a República Federativa do Brasil (pessoa jurídica de direito internacional) como faces do mesmo ator dos Direitos Humanos.

Quanto à defesa técnica do Brasil, conta o estado com o Grupo de Atuação em Assuntos Internacionais (GATAI), da Advocacia Geral da União (AGU), que possui um departamento internacional próprio. Tal grupo foi criado recentemente, por meio da Portaria nº 03 de novembro de 2011. Ademais, o Estado já vem sinalizando pela criação de um

²⁶ Interessante notar que, em âmbito internacional, a própria OEA visa o combate à corrupção, tendo em seu corpo jurídico a Convenção Interamericana contra a Corrupção (que o Brasil faz parte, com assinatura em 29 de março de 1996 e ratificação em 10 de julho de 2002), cujo objetivo é “promover e fortalecer, nos países signatários, os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção no exercício das funções públicas e os vinculados a seu exercício”. In: BRASIL, Controladoria Geral da União, Presidência da República. *Articulação Internacional, Convenção da OEA*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/principais-temas>>. Acesso em: 04 ago 2014.

²⁷ ORGANIZAÇÃO TRANSPARÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/>>. Acesso em: 04 ago 2014. Sobre o caso Mensalão e sua resolução pelo Poder Judiciário, Rubens Naves, fundador da ONG, comemora os resultados: “Trata-se da mais severa advertência feita por um dos poderes da República – no caso, o Judiciário, por meio de seu órgão máximo – aos políticos. É também uma crítica abrangente do sistema político brasileiro. Os arranjos oportunistas e fisiológicos para assegurar a governabilidade foram condenados, e de forma veemente. Deve-se esperar que, ao julgar casos assemelhados, o Judiciário em geral e o STF em especial respondam de igual forma aos clamores contra a impunidade”. In: BRASILINO, Luis. *O legado do Mensalão*. Jornal Le Monde Diplomatique Brasil, de 11 de dezembro de 2012.

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

²⁹ *Ibidem*, p. 387.

grupo especialmente para estudar a defesa brasileira no caso Mensalão perante o sistema interamericano³⁰.

No plano do sistema interamericano os principais agentes dos Direitos Humanos seriam, conforme já estudado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, entretanto, é cedo para afirmar se haverá participação da Corte Interamericana no caso Mensalão.

No mais, outros Estados também podem fazer-se presentes como atores no palco em questão, vez que a possibilidade de haver uma sentença condenatória ao Brasil faz com que os demais Estados, membros da OEA e que tenham aceito a competência da Corte Interamericana, olhem para dentro deles próprios e de suas legislações. Apesar de o assunto suscitar variadas não cabe aqui mencioná-los ante ao breve tempo e espaço a ser conferido ao trabalho.

2.4 Importância do caso à sociedade e à Administração Pública

Neste ponto, cabe anotar qual a importância de se estudar o caso Mensalão e pensar em estratégias para seu êxito ou fracasso perante o sistema interamericano de Direitos Humanos. Longe de enunciar a importância do caso em si próprio, vale alertar que o Mensalão e as respostas dadas pelo Judiciário e pelos demais atores sociais adentram em uma infinidade de discussões que envolvem um repensar: direitos humanos, institucionalismo, relação entre Estado e cidadão, combate à corrupção em conformidade ao sistema constitucional, são pontos que atualmente não mais podem ser negligenciados pelos atores, bem como não podem mais ser deixados de lado pelo meio acadêmico, responsáveis pela mudança social e por procurar soluções para os desafios contemporâneo (ou ao menos elucidar as questões hodiernas).

Como trata o Mensalão de corrupção na Administração Pública, impossível deixar de lado a importância do estudo de caso não apenas à sociedade civil, mas, sobretudo, à própria Administração Pública, a qual deve estar em constante aprimoramento, teórico e prático. De outro vértice, de certa forma, pode-se dizer que o Mensalão ainda está acontecendo em seara regional, dependendo de análise das petições protocolizadas que alegam violações brasileiras de direitos humanos. Por isso mesmo, impossível não se questionar quais as soluções que podem ser tomadas e como ficará a figura brasileira perante os olhos internacionais. Com o estudo do caso Mensalão, espera-se que no futuro a Administração Pública possa mudar o mundo não mais com os mesmos problemas.

³⁰ BRASIL, Ministério Público Federal. *AP 470: PGR sugere grupo de trabalho para subsidiar defesa do Brasil na Corte Interamericana*. Notícias MPF, 15 de abril de 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/ap-470-pgr-sugere-grupo-de-trabalho-para-subsidiar-defesa-do-brasil-na-corte-interamericana/?searchterm=sistema%20interamericano%20mensal%C3%A3o>. Acesso em: 20 abr 2014.

3. Fatos portadores de futuro

Os fatos portadores de futuro constituem-se em “sinal ínfimo por sua dimensão presente, mas imenso por suas consequências e potencialidades”³¹ e são necessários de serem vislumbrados para os fins pretendidos nesse trabalho. Assim, com base no palco apresentado, quatro pontos podem ser citados aqui, quais sejam: a solução do Mensalão (AP nº 470) conferida pelo STF, a verificação de casos que encontram certas similitudes com o caso Mensalão, o entendimento da Corte Interamericana sobre os direitos questionados e a questão do relacionamento do Brasil com o sistema interamericano.

Tais pontos são os seguintes: (1) A solução do Judiciário Brasileiro, ilustrada sobretudo pelo voto do Ministro Celso de Mello, na questão da admissibilidade dos embargos infringentes, eis que chega a citar expressamente o entendimento do sistema interamericano de direitos humanos³²; (2) Casos que encontram determinadas similitudes com o caso Mensalão, que não são poucos. De um lado, o caso Jorgina de Freitas, envolvendo também a Administração Pública, e que também chegou a invocar a Convenção Americana dos Direitos Humanos em sua defesa e, inclusive, procurou respostas por parte do sistema interamericano, sem sucesso contudo. Por outro lado, o caso interamericano denominado de *Barreto Leiva Vs. Venezuela* também versou sobre o foro por prerrogativa e teve êxito no sistema interamericano, que culminou em decisão condenatória³³ ao que é importante verificar o (3) entendimento do sistema interamericano de Direitos Humanos. Por fim, mas não menos importante, também contará muito (4) como o Brasil se comporta perante os entendimentos do sistema interamericano.

Em razão do breve tempo não será apresentado cada ponto, o que desde já lamenta-se, mas de toda forma vale a anotação dos eventos mencionados como verdadeiros fatos que impõem mudanças no pensar da Administração Pública.

4. Construção de cenários: elementos pré determinados e tendências de peso

Finalmente, perpassada a análise de conjuntura realizada, passa-se à construção dos cenários exploratórios, dentro dos quais há elementos pré-determinados, como a questão

³¹ GODET, Michel. Manual de Prospectiva Estratégica: da antecipação a acção, Dom Quixote, Lisboa, 1993, *apud* MARCIAL, Elaine C.; GRUMBACH, Raul dos Santos. *Cenários Prospectivos: como construir um futuro melhor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 72.

³² BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ação Penal Originária 0444/91-OES*. In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 136786, Rel. Min. Felix Fischer, DJe: 03/09/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16039900/habeas-corpus-hc-136786>>. Acesso em: 27 set 2014. Novamente, assim como no caso Mensalão, frise-se que não se teve acesso ao processo do Caso Jorgina de Freitas, cujos Autos são físicos. As fontes são advindas de dados eletrônicos jurisprudenciais mais recentes, referentes ao caso Jorgina de Freitas. Para a breve análise deste caso também utilizou-se de dados disponíveis no sítio eletrônico da Biblioteca Internacional da Corrupção (Disponível em: <<http://nupps.usp.br/corrupteca/>>. Acesso em: 27 set 2014).

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva versus Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 12 mai 2014.

procedimental perante a Comissão e Corte Interamericana e a questão temporal, e elementos incertos, que não estão ao alcance da previsão por hora.

4.1 Elementos pré-determinados

Como elementos pré-determinados tem-se como certo de que determinada petição perante o sistema interamericano há de seguir um trâmite próprio. Em um primeiro momento, há de se levar em consideração os aspectos processuais do sistema interamericano. Neste sentido, é inequívoco o fator de que há quatro perspectivas em jogo no quadro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: (1) Não admissibilidade, a qual pode se dar pela falta de preenchimento das condições da petição, por não cumprimento do prazo para apresentação da denúncia ou, ainda, por ausência de petição válida; (2) Realização de acordo amistoso entre o(s) peticionário(s) e o Estado; (3) Parecer da Comissão desfavorável aos denunciante(s); (4) Parecer da Comissão favorável aos denunciante(s), com conclusões e recomendações sobre o caso Mensalão ao governo brasileiro; (5) Emissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao seu turno, se de fato houver a emissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, há as seguintes possibilidades, inseridas dentro de sua competência contenciosa: (1) não admissibilidade do caso; (2) resolução amistosa do caso; (3) absolvição do país; (4) condenação do país.

No mais, é de se consignar que o caso Mensalão em seara interamericana terá seus resultados perceptíveis apenas a longo prazo (seja qual for tal resultado: admissibilidade ou inadmissibilidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; remessa do caso à Corte Interamericana; caso de solução amistosa ou, ainda, caso de sentença da Corte Interamericana condenatória ou absolutória do Brasil).

No cenário nacional, levaram-se aproximadamente 09 anos para resolução do caso (entre 2005 a 2014). Em seara internacional também é certo dizer que o processo interamericano pode perdurar por anos a fio, especialmente na análise das denúncias perante a Comissão Interamericana, a qual recebe várias denúncias por ano, calculadas, em 2013, em mais de duas mil petições³⁴. Mais especificamente, na Corte Interamericana de Direitos Humanos tem-se dados que apontam que da data da submissão de um caso à Corte até a data de emissão da sentença internacional a média de duração do procedimento é de 18,8 meses³⁵ ou 01 ano e meio.

³⁴ Mais precisamente, a Comissão recebeu 2.061 petições em 2013, sendo dessas 88 referentes à violações ocorridas no Brasil. Além das petições recebidas, constam 8.548 denúncias pendentes de análise. In: COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Anual 2013*, cap. II – El sistema de peticiones y casos individuales. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap2-A-B.pdf>>. Acesso em: 25 out 2014.

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *O quê, como, quando, onde e o porquê da Corte Interamericana*. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/.../anexo/corteidhportuguesfinal.docx>. Acesso em: 12 out 2014.

4.2 Tendências de peso

Conforme definido por Michel Godet, as ditas “tendências de peso” nada mais são que movimentos bastante prováveis dos atores inseridos no palco dentro de um horizonte de estudo³⁶.

Viu-se ao longo de todo o trabalho que a possibilidade do caso Mensalão ter êxito em uma sentença condenatória internacional existe e é razoável. É, portanto, uma das tendências de peso no palco em estudo, a qual encontra seu contraponto em outra tendência de peso, residente em uma busca sem êxito do sistema interamericano e manutenção da decisão nacional proferida no caso Mensalão.

A possibilidade frutífera residiria, como visto, especialmente no fato de que não há total compatibilidade entre o duplo grau de jurisdição tido nos moldes da Convenção Americana de Direitos Humanos e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e consequente necessidade de remodelagem da figura do foro por prerrogativa. Em outras palavras: em termos técnicos, pode-se vislumbrar uma condenação internacional em face do Brasil.

Em contrapartida, a defesa técnica brasileira perante a seara interamericana, a qual mobilizará importantes aparatos estatais (AGU, GATAI, MPF e toda equipe) não apenas terá de levar em consideração a tecnicidade da questão, mas também há de levar em conta fatores outros, a exemplo maior do julgamento do caso Mensalão ter sua historicidade e relevância ao povo brasileiro, etc. A possibilidade de acordo também é existente entre os litigantes e longe dos olhos da mídia e da população brasileira, mas em menor ou pouco grau.

Ademais, é de se verificar que recentemente, especialmente no período eleitoral (que culminou pela reeleição da Presidenta Dilma), os partidos políticos ressaltam a importância da decisão do STF no combate à corrupção, na tentativa de deixar claro à população brasileira que a corrupção não tem guarida no Governo brasileiro.

Por fim, o fracasso das petições à Comissão Interamericana também devem contar com o auxílio da população brasileira, cujos meios midiáticos devem estar constantemente alerta aos acontecimentos internacionais. Não obstante, cabe afirmar que o presente trabalho não visa relativizar ou diminuir os direitos humanos ora colocados em xeque, até porque são endereçados a todos e devem ser garantidos para fins de dignidade humana, mas tão somente procura demonstrar que os direitos humanos não são textos rígidos que dependem tão somente da atuação institucional de um ente, muito pelo contrário, são lutas cuja análise há de perpassar ao âmbito jurídico e chegar em fatores outros, amplos.

³⁶ GODET, Michel. Manual de Prospectiva Estratégica: da antecipação a acção, Dom Quixote, Lisboa, 1993 *apud* MARCIAL, Elaine C.; GRUMBACH, Raul dos Santos. *Cenários Prospectivos: como construir um futuro melhor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 74.

5. Considerações finais

Verificou-se que em termos técnicos do Direito não há uma completa compatibilidade entre a garantia ao duplo grau de jurisdição dada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e o princípio do duplo grau de jurisdição na ótica da Constituição Brasileira, ao que há grandes chances do Brasil ver-se condenado em sentença internacional, para possibilitar e garantir um recurso deveras efetivo aos condenados do Mensalão.

Todavia, em razão de fatores outros, como a importância do caso à sociedade civil brasileira, tanto historicamente quanto moralmente, a análise do Judiciário dos embargos infringentes através do controle de convencionalidade, a qual sinalizou o respeito aos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como levando-se em conta que os condenados do Mensalão já poderão ter cumprido as suas penas quando na data de uma suposta decisão condenatória internacional, acredita-se aqui que o caso Mensalão não terá êxito em seara interamericana. Ou seja: o Brasil não terá uma condenação internacional derivada do tratamento fornecido ao caso Mensalão.

De modo sumário, ao fim de todo esse trabalho pode-se compendiar algumas das conclusões e ideias desenvolvidas, conforme enunciados nas seguintes proposições objetivas logo abaixo.

a) O caso Mensalão, sua relação com o sistema interamericano de direitos humanos e os direitos em jogo: A correlação entre o evento Mensalão e o sistema interamericano de direitos humanos centra-se nos direitos em questionamento, dentre os quais um deles está expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado corolário desse sistema protetivo regional. No caso em tela, o foro por prerrogativa e o duplo grau de jurisdição seriam os direitos que se sobressaem no debate: enquanto este constitui o direito de ver uma segunda opinião, o foro por prerrogativa, também tido como um direito fundamental, traz a necessidade de determinada pessoa, em razão de sua função, ser julgado por órgãos judiciais superiores.

b) Mensalão, os atores sociais envolvidos e questões sociais: Como trata o Mensalão de corrupção na Administração Pública, impossível deixar de lado o viés da sociedade civil quando na análise deste evento. Ora, se por um lado o julgador brasileiro, o STF, teve de analisar e garantir os direitos dos réus, por outro teve que sopesar na balança os direitos de toda população brasileira. No ponto, são nesses (os direitos da população) que a defesa brasileira perante o sistema interamericano pode assentar-se, pois o julgamento do Mensalão pelo STF revelou à população que a impunidade e a corrupção não são bem vindas na Administração Pública do país, com um alto valor histórico e moral. Diante desses fatos, acrescido de fatores outros, é possível afirmar que o Mensalão não alçará sucesso internacionalmente.

c) Mensalão, outros casos com eventuais semelhanças e entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana: Verificou-se que o Mensalão pode encontrar semelhanças com outros casos, não sendo um evento isolado na América Latina de parlamentares e não

parlamentares pugnando pelo direito de recorrer. Viu-se que há casos que ora nos levam a crer que haverá condenação brasileira, ora demonstram que o caso não será alvo de apreciação internacional. De toda forma, o entendimento da Corte, a exemplo maior do caso Barreto Leiva vs. Venezuela, é no sentido de que a regra do duplo grau de jurisdição é garantia absoluta que deve ser preservada em qualquer caso.

d) Questão temporal: No Brasil, o caso Mensalão levou aproximadamente 09 anos (2005-2014) para acarretar em condenação dos acusados. No sistema interamericano, levando-se em conta que uma denúncia pode demorar anos no processo perante a Comissão Interamericana e que da data da submissão de um caso à Corte até a data de emissão da sentença internacional a média de duração do procedimento é de 18,8 meses, pode-se concluir que a resposta do sistema interamericano ao caso Mensalão, considerando que tal contencioso chegue à Corte Interamericana, vai demorar um bom tempo.

e) Razões para acreditar no êxito ou no fracasso das petições ao sistema interamericano: Diante de todo o exposto, viu-se que em termos técnicos há possibilidades de êxito por parte dos petionários. Em contrapartida, levando-se em conta que se deve levar em conta fatores outros como uma gama de atores, relacionamento entre Brasil e sistema interamericano, etc, mais viável crer que o Mensalão não obterá êxito.

6. Referências

BASSO, Maristela. *AP 470 - Réus do mensalão podem recorrer à Comissão Interamericana*. Conjur, 27 nov 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/maristela-basso-reus-mensalao-podem-recorrer-comissao-interamericana>>. Acesso em: 12 abr 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª Ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Controladoria Geral da União, Presidência da República. *Articulação Internacional, Convenção da OEA*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/principais-temas>>. Acesso em: 04 ago 2014.

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

_____, Ministério Público Federal. *AP 470: PGR sugere grupo de trabalho para subsidiar defesa do Brasil na Corte Interamericana*. Notícias MPF, 15 de abril de 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/ap-470-pgr-sugere-grupo-de-trabalho-para-subsidiar-defesa-do-brasil-na-corte-interamericana/?searchterm=sistema%20interamericano%20mensal%C3%A3o>. Acesso em: 20 abr 2014.

_____, Ministério Público Federal. *MPF recebe Prêmio de Conquista Especial pela atuação no mensalão*. Notícias MPF, 09 de setembro de 2013. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_general/mpf-recebe-premio-de-conquista-especial-pela-atuacao-no-mensalao>. Acesso em: 30 ago 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal/MG nº 470*. Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 24 fev 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Embargos Infringentes da AP 470*, Rel. Min. Luiz Fux, DJ: 18/09/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf>. Acesso em: 24 fev 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *O quê, como, quando, onde e o porquê da Corte Interamericana*. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/.../anexo/corteidhportuguesfinal.docx>. Acesso em: 12 out 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do STF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 02 mar 2014.

BRASILINO, Luis. *O legado do Mensalão*. *Jornal Le Monde Diplomatique Brasil*, de 11 de dezembro de 2012.

CARTA da Organização dos Estados Americanos, 30 abril 1948, artigo 53. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf>. Acesso em: 15 mai 2014.

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique; *Para obrigar os Estados a cumprir sua palavra* (port.). *Jornal Le Monde Diplomatique Brasil*, 02 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1514>>. Acesso em: 27 nov 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunicado de Imprensa nº 16/00*. Caso nº 11.600. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2000/Comunicado%2016-00.htm>>. Acesso em: 10 out 2014.

_____. *Informe Anual 2013*, cap. II – El sistema de peticiones y casos individuales. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap2-A-B.pdf>>. Acesso em: 25 out 2014.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 mai 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barreto Leiva versus Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 12 mai 2014.

_____. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 04 set 2014.

_____. *Caso CastilloPetruzzi y otros versus Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 30 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 20 mai 2014.

_____. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 24 out 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. ARENHART. Bianca Georgia. O Processo Penal Brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. p. 213.

FLORES; *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo Penal Midiático – Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana de direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica - 4. ed.rev. atual.eampl. – São Paulo: RT, 2013.*

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (orgs). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCIAL, Elaine C.; GRUMBACH, Raul dos Santos. *Cenários Prospectivos: como construir um futuro melhor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. 1.ed., São Paulo: RT, 2011.

_____. *Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: RT, 2013, v. 933, p. 455-468.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Sobre a supremacia de uma constituição européia: controle de “comunitariedade” e de constitucionalidade. In: _____. *A constituição européia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. – 11.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Herbert. *Como se faz análise de conjuntura*. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito internacional das organizações internacionais*. 5.ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____; *A proteção internacional dos direitos humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991.

VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

PARTE III

INSTRUMENTOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



THE PROGRESSIVE ERA OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT*

RICHARD ALBERT**

Contents: 1. Introduction; 2. The difficulty of constitutional amendment in the United States; 2.1. Amending the United States Constitution; 2.2. Empirical studies of amendment difficulty; 3. Constitutional amendment in the Progressive Era; 3.1. The movement and its purposes; 3.2. The progressive amendments; 4. The Seventeenth Amendment; 4.1. The impetus for the Seventeenth Amendment; 4.2. The Seventeenth Amendment today; 5. Conclusion; 6. References.

1. Introduction

As hard as it is today to formally amend the United States Constitution—and empirical studies confirm that it is one of the hardest, if not the hardest, to amend in the democratic world¹—the United States Constitution was once thought too easy to amend. During the Progressive Era, a period of significant social activism and institutional reform from the 1890s through the 1920s, political actors in the United States adopted four constitutional amendments in a short span of roughly 10 years: the Sixteenth Amendment, authorizing a direct income tax²; the Seventeenth Amendment, establishing direct elections to the United States

* I am grateful to the Organizing Committee for inviting me to participate in this international conference, a welcome opportunity to explore new lines of inquiry in my research on constitutional change. I thank the conference participants for helpful comments on an earlier draft of this Essay.

** Associate Professor at Boston College Law School (Boston, USA), where he specializes in constitutional law and comparative constitutional law. Visiting Associate Professor of Law and Political Science, Yale University (2015-16). Juris Doctor – J.D. (Yale University); Bachelor of Civil Law – B.C.L. (Oxford University); Master of Laws – LL.M. (Harvard University). In 2010, he received the Hessel Yntema Prize, which is given annually to a scholar under the age of 40 to recognize “the most outstanding article” on comparative law. Richard Albert is Book Reviews Editor for the peer-reviewed *American Journal of Comparative Law*, an elected member of the International Academy of Comparative Law, an elected member of the Executive Committee of the American Society of Comparative Law, a member of the Governing Council of the International Society of Public Law, a Distinguished Academic Associate at the Centre for Law and Religion at Cardiff Law School, a Senior Research Fellow at the Council for Canadian Democracy, and a founding editor of I-CONnect, the new scholarly blog of the International Journal of Constitutional Law (I-CON). E-mail: richard.albert@bc.edu.

¹ See *infra* Section 2.2.

² U.S. Const., amend. XVI (1913).

Senate³; the Eighteenth Amendment, imposing prohibition⁴; and the Nineteenth Amendment, constitutionalizing women's suffrage.⁵

In this Essay prepared for a conference on corruption and institutional design in comparative perspective, I explore the impetus for the Seventeenth Amendment, which was in large measure driven by an effort to curb corruption in senatorial elections. The Amendment altered the way political candidates are selected for the United States Senate, moving from indirect to direct elections. Under the original terms of the Constitution, senatorial appointments were made by state legislative vote,⁶ but in 1913 the Seventeenth Amendment required that the people of each state elect their senators by popular vote.⁷ It took less than one year to ratify the Amendment, no small feat given that formally amending the United States Constitution requires the approval of two-thirds of the Congress to propose an amendment and three-quarters of the states to ratify it.⁸

I begin, in Part II, by exploring the difficulty of formal amendment in the United States. I explain the rules of formal amendment and I review briefly the empirical literature suggesting that the United States Constitution is one of the world's most difficult to amend, if not *the* most difficult. In Part III, I discuss the Progressive Era, a period of time during which formal amendment seemed much easier than it is today. I review the movement and its purposes, and I situate the four Progressive Era amendments. In Part IV, I focus on one of these four amendments, the Seventeenth, and consider the motivations driving its adoption as well as current critiques about its effectiveness. Today, one hundred years since its entrenchment, the Seventeenth Amendment has attracted some dissidents proposing to repeal it, calling for a return to the pre-Amendment senatorial amendment rule of indirect election. The challenge for these opponents, however, is that it is much harder today to amend the Constitution than it was when it was first adopted. I conclude by questioning whether repealing the Seventeenth Amendment would necessarily reinstate indirect senatorial elections as a matter of practice, whatever it would mean as a matter of formal law. This Essay is part of a larger scholarly project aimed at understanding the evolving perception and reality of formal amendment difficulty in the United States. It is an exploratory set of reflections not intended to present definitive answers but rather to trace lines of future inquiry.

³ U.S. Const., amend. XVII (1913).

⁴ U.S. Const., amend. XVIII (1919).

⁵ U.S. Const., amend. XIX (1920).

⁶ U.S. Const., art. I, § 3, cl. 1. (1789).

⁷ U.S. Const., amend. XVII (1913). The Amendment also establishes a procedure to fill Senate vacancies. *See ibid.*

⁸ U.S. Const., art. V (1789). Article V also sketches a way for constitutional amendment by constitutional convention. But this process has not yet been successfully used under the present Constitution. *See FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America, American Journal Comparative Law (supplement), Ann Arbor, vol. 54, n.4 p.485, 490-491, 2006. p. 490.*

2. The difficulty of constitutional amendment in the United States

Studies of amendment difficulty confirm what scholars have long suspected: the United States Constitution is one of the world's most difficult, if not the most difficult, to formally amend.⁹ The rigidity of the Constitution today derives both from the design of formal amendment rules entrenched in the constitutional text and from sources external to the text, including the geographic expansion of the Union since the adoption of the Constitution and the polarization of political parties. Amending the United States Constitution today is so hard that it might well be impossible.

2.1 Amending the United States Constitution

There are two steps to formally amend the Constitution: proposal by a two-thirds supermajority and ratification by a three-quarters supermajority.¹⁰ Article V assigns each of these two tasks to different institutions—the Congress, the states, and state or national constitutional conventions—and pairs these two tasks in various ways to create four separate methods of formal amendment. First, two-thirds of Congress may propose an amendment and three-quarters of the states may then ratify it by constitutional conventions. Second, two-thirds of Congress may propose an amendment and three-quarters of the states may ratify it by state legislative vote. Third, two-thirds of the states may petition Congress to call a constitutional convention to propose an amendment and three-quarters of the states may then ratify it by constitutional conventions. Fourth, two-thirds of the states may petition Congress to call a constitutional convention to propose an amendment and three-quarters of the states may ratify it by state legislative vote. In all cases, Congress chooses the method of ratification, whether by state legislative vote or state convention.

Congresspersons have introduced thousands of amendments but only thirty-three have satisfied the two-thirds congressional supermajority requirement to officially propose an amendment to the states.¹¹ Of those, only twenty-seven have met the three-quarters ratification threshold to entrench the proposed amendment into the text of Constitution. The most recent formal amendment was ratified in 1992, having been first proposed by Congress and transmitted to the states two hundred years earlier in 1789. The Twenty-Seventh Amendment prohibits Congress from giving itself a salary raise until an intervening election has been held.¹² Given this long delay between the proposal and ratification, some scholars

⁹ See *infra* Section 2.2.

¹⁰ U.S. Const., art. V (1789).

¹¹ SULLIVAN, Kathleen M. Constitutional Constancy: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever. *Cardozo Law Review*. New York, v. 17, n. 3, p. 691-704, jan. 1996. p. 692.

¹² U.S. Const., amend. XXVII (1992).

have raised doubts as to the validity of the amendment,¹³ all to no avail.¹⁴ The Twenty-Sixth Amendment, the next-most recent amendment ratified twenty years earlier in 1971, fixes the voting age in federal and state elections at 18 years old, the same age at which the military draft applies.¹⁵ Prior to 1970, formal amendment appears to have been more frequent: the first fifteen amendments were ratified from 1789 to 1870; from 1871 to 1933, there were six; and from 1934 to 1970, there were four.

The extraordinarily onerous formal amendment rules and the infrequency of modern formal amendment have prompted scholars to suggest that Article V is virtually impossible to use. Bruce Ackerman, for example, has referred to Article V as an ‘obsolescent obstacle course’.¹⁶ Sanford Levinson argues that Article V ‘mak[es] it functionally impossible to amend the Constitution with regard to anything controversial’.¹⁷ Richard Primus sees the possibility of formal amendment as ‘generally remote’.¹⁸ Joel Colón-Ríos and Allan Hutchinson call Article V ‘one of the most demanding constitutional amendment processes in the world’.¹⁹ And Jeffrey Goldsworthy has argued that ‘the supermajoritarian requirements of Article V are so onerous as to be arguably undemocratic, by making it much too easy for minorities to veto constitutional amendments’.²⁰

What makes Article V so difficult to successfully use is more than just its design requiring supermajorities at both the proposal and ratification stages. It is also that the geographic expansion of the Union has exacerbated amendment difficulty by increasing the denominator for Article V amendments from thirteen in 1789 to fifty since 1967. Nearly quadrupling the

¹³ See, e.g., KENNEDY, Christopher M. Is There a Twenty-Seventh Amendment: The Unconstitutionality of a New 203-Year-Old Amendment. *Marshall Law Review*. Chicago, v. 26, n. 4, p. 977-1019, jul./sept. 1993; LEVINSON, Sanford. Authorizing Constitutional Text: On the Purported Twenty-Seventh Amendment. *Constitutional Commentary*. Saint Paul, v. 11, n. 1, p. 101-113, dec./feb. 1994; SPOTTS, JoAnne D. The Twenty-Seventh Amendment: A Late Bloomer or a Dead Horse? *The Georgia State University Law Review*. Atlanta, v. 10, n. 2, p. 337-365, jan.1994; STRICKLAND, Ruth Ann. The Twenty-Seventh Amendment and Constitutional Change by Stealth. *PS: Political Science & Politics*. New York, v. 26, n. 4, p. 716-722, dec. 1993; ALSTYNE, William Van. What do you Think About the Twenty-Seventh Amendment? *Constitutional Commentary*. Williamsburg, v. 10, n. 1, p. 9-18, nov. 1993.

¹⁴ Congress did not contest the validity of the amendment, see MCGREAL, Paul E. There is no Such Thing as Textualism: A Case Study in Constitutional Method. *Fordham Law Review*. New York, v. 69, n. 6, p. 2393-2469, may 2001. p. 2431. Nor did the Department of Justice, see Memorandum Opinion for Counsel to the President, 16 Op. Off. Legal Counsel 87 (Nov. 2, 1992), and a federal court declined to hear a challenge to it. See *Boehner v. Anderson*, 809 F. Supp. 138 (D.D.C. 1992)

¹⁵ *Idem.* at amend. XXVI (1971).

¹⁶ ACKERMAN, Bruce A. Transformative Appointments. *Harvard Law Review*. Cambridge, vol. 101, n. 6, p. 1164-1184, apr. 1988. p. 1183.

¹⁷ LEVINSON, Sanford. How I Lost my Constitutional Faith. *Maryland Law Review*. Prince George's, v. 71, n. 4, p. 956-977, oct. 2012. p. 969.

¹⁸ PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 107, n. 2, p. 165-222, 2008. p. 211.

¹⁹ COLÓN-RÍOS, Joel; HUTCHINSON, Allan. Democracy and Revolution: An Enduring Relationship? *Denver University Law Review*. Denver, v. 89, n. 3, p. 593-611, jul./sept. 2012. p. 602.

²⁰ GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. *University of Illinois Law Review*. Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012. p. 694.

denominator for the three-quarters requirement for state ratification has made it much harder to formally amend the Constitution, as Rosalind Dixon explains: ‘On one calculation, if one were to try to adjust for this change in the denominator for Article V, the *functional* equivalent to the 75% super-majority requirement adopted by the framers would in fact now be as low as 62%’.²¹ In addition, the deepening political polarization in American society in general and specifically between the two dominant political parties has raised barriers to political agreement on fundamental changes.²² This political polarization has increased amendment difficulty, making it harder to gather the supermajorities required both to propose and ratify an amendment.

As hard as it is to formally amend the United States Constitution, it is not as rigid as it could be. The Constitution does not entrench a formally unamendable constitutional provision, as do many of the world’s democratic constitutions.²³ The United States Constitution entrenches two provisions that once were temporarily unamendable, until the year 1808, but this unamendability has since expired and no longer constrains constitutional amendment.²⁴ The Constitution does, however, entrench a form of unamendability that I have called ‘constructive unamendability’, a reference to a non-textual form of unamendability that derives not from an outright prohibition on amendment but rather from a political climate that makes it practically impossible to assemble the supermajorities needed to propose and ratify a constitutional amendment.²⁵ The paradigmatic case of a constructively unamendable provision in the United States is the Equal Suffrage Clause, which guarantees that ‘no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate’.²⁶ It is unlikely that a state would ever agree to diminish its representation in the United States Senate. Hence the clause’s unamendability. It is important to stress, however, that constructive unamendability is not permanent; a constitutional provision may flow into and out of constructive unamendability over time in light of the prevailing political climate.

2.2 Empirical studies of amendment difficulty

Scholars have undertaken empirical studies to measure the difficulty of formal amendment. The leading study at the moment, by Donald Lutz, measures amendment difficulty in

²¹ DIXON, Rosalind. Partial Constitutional Amendments. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Philadelphia, v. 13, n. 3, p. 643-685, mar. 2011. p. 653.

²² See KYVIG, David E. *Explicit and Authentic Acts: Amending the U.S. Constitution, 1776-1995*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996. p. 426; PILDES, Richard H. Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America. *California Law Review*. Berkeley, v. 99, n. 2. p. 273-333, apr. 2011. p. 332-33; LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 119, n. 8, p. 2311-2386, june 2006. p. 2333.

²³ See ALBERT, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. *Wake Forest Law Review*. v. 49, p. 913-975, nov. 2014. p. 950-52.

²⁴ See ALBERT, Richard. Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 94, n. 3, p. 1029-1082, may 2014. p. 1041-42.

²⁵ See ALBERT, Richard. Constructive Unamendability in Canada and the United States. *Supreme Court Law Review*, v. 67, n. 2, p. 181-219, jan. 2014. p. 181-196.

²⁶ U.S. Const., art. V.

thirty-two democratic constitutions.²⁷ Lutz begins by quantifying the difficulty of each discrete step formal amendment procedures—Lutz identifies 68 possible steps from initiation through final assent—and then assigns a total value for a constitution’s amendment difficulty by aggregating the sum of each step.²⁸ Lutz concludes that the United States Constitution is the world’s most difficult to amend, ranked first with a total score of 5.10, well above the next-most difficult constitutions to amend, the Swiss and Venezuelan Constitutions, each tied with a score of 4.75.²⁹ There are some limitations to the Lutz study, but it nonetheless seems to support what scholars have long believed: that the United States Constitution is among the world’s most rigid constitutions.³⁰

There are other empirical studies, albeit less prominent ones, of amendment difficulty. Astrid Lorenz has published a study measuring amendment difficulty in 39 constitutional democracies, concluding that the United States Constitution ranks second behind Belgium.³¹ Arend Lijphart has published his own classification of amendment difficulty, a four-category ranking of 36 democratic constitutions according to the kinds of majorities required to formally amend the constitution.³² In Lijphart’s classification, the United States ranks in the top group for amendment difficulty along with Australia, Canada, Japan and Switzerland.³³

Measuring amendment difficulty is itself difficult, however. As Tom Ginsburg and James Melton have argued, convincingly I believe, amendment culture may be more important in quantifying how difficult it is to formally amend a constitution than assigning a value to various steps involved in the amendment process.³⁴ By ‘amendment culture’, Ginsburg and Melton mean the relative frequency and success of constitutional amendment and generally how the practice of constitutional amendment is perceived by those governed by the rules themselves.³⁵ Christopher Eisgruber makes this point about the difficulty of measuring amendment difficulty in the United States under the rules of Article V: ‘their impact will turn upon a number of cultural considerations, such as the extent to which state politics differ

²⁷ LUTZ, Donald S. *Principles of Constitutional Design*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 166-77.

²⁸ LUTZ, Donald S. *Idem. Ibidem*.

²⁹ LUTZ, Donald S. *Idem*. p. 170.

³⁰ One notable limitation is that Lutz did not include Canada in his study. The reason why, he explains, is that he found it difficult to identify what possesses ‘constitutional status’ in the country, and therefore what is subject to change by formal amendment. LUTZ, Donald S. *Idem*. p. 179 n. 6. Elsewhere, I have argued that the Constitution of Canada is more difficult to amend than the United States Constitution, and that Canada would have ranked above the United States had Lutz included Canada in his study sample. See ALBERT, Richard. The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada. *Alberta Law Review*. Edmonton, v. 52, n. 5. No prelo.

³¹ LORENZ, Astrid. How to Measure Constitutional Rigidity. *Journal of Theoretical Politics*. [s.l.], v. 17, n. 3, p. 339-361, July 2005. p. 358-59.

³² LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1999. p. 220.

³³ LIJPHART, Arend. *Idem. Ibidem*.

³⁴ See GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Chicago Working Papers on Law and Economics*. Chicago, n. 682, p. 1-29, May 2014.

³⁵ GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Idem*.

from national politics and the extent to which people are receptive to or skeptical about the general idea of constitutional amendment'.³⁶ Despite the challenge of measuring amendment difficulty, no one will disagree that the constitutional structure and politics of Article V make the United States Constitution very difficult to amend.

3. Constitutional Amendment in the Progressive Era

But the United States Constitution was not always thought difficult to amend. In the 1910s, political actors proposed and ratified a series of four constitutional amendments in rapid succession. This burst of amendment activity prompted William Marbury, writing at the end of the decade, to suggest that the Constitution had become too easy to amend, a departure from the prevailing belief at the time, not unlike what it is today, that the Constitution was very difficult to amend: 'Until lately, it appears never to have occurred to any one in this country that there need be any fear that the Constitution could be too readily amended', observed Marbury, referencing the outdated view that 'on the contrary, the prevailing impression was that it was almost impossible to amend that great instrument, except by something in the nature of a revolution'.³⁷ But the four amendments disrupted the conventional view of the difficulty of formal amendment in the United States. The ease of formal amendment then and its difficulty today suggest that amendment difficulty is variable across time, driven by the particularities of the moment, by the consolidation and disintegration of political forces, and also by the evolution of norms. The impetus behind the amendability of the Constitution in the 1910s was the progressive movement.

3.1 The movement and its purposes

Although scholars refer to the group engaged in promoting social change in American society from the 1890s to the 1920s as the "progressive movement," the truth is that the objectives pursued and the advancements achieved during this period were driven by a complex aggregation of agents and forces that defy such simple shorthand. It is nonetheless possible to identify the three objectives, broadly stated, that define what came to be known as the progressive movement: improving the exercise and tools of democracy, using government to help those in need, and curbing the influence of privileged interests. A leading analysis of the time sums it up as follows:

In this widespread political agitation that at first sight seems so incoherent and chaotic, there may be distinguished upon examination and analysis three tendencies. The first of these tendencies is found in the insistence by the best men in all political parties that special, minority, and corrupt influence in government—national, state, and city—be removed; the second tendency is found in the demand that the structure

³⁶ EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 22.

³⁷ MARBURY, William L. The Limitations upon the Amendment Power. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 33, n. 2, p. 223-235, dec. 1919. p. 223.

*or machinery of government, which has hitherto been admirably adapted to control by the few, be so changed and modified that it will be more difficult for the few, and easier for the many, to control; and, finally, the third tendency is found in the rapidly growing conviction that the functions of government at present are too restricted and that they must be increased and extended to relieve social and economic distress. These three tendencies with varying emphasis are seen to-day in the platform and program of every political party; they are manifested in the political changes and reforms that are advocated and made in the nation, the states, and the cities; and, because of their universality and definiteness, they may be said to constitute the real progressive movement.*³⁸

The movement declined in the 1920s and ultimately lost its momentum. One of the movement's amendments, the Eighteenth, was repealed in 1933, fourteen years after it had been adopted in 1919.³⁹ The movement had never found the right political vehicle to formalize its program, nor could progressives even agree on a common program, perhaps as a result of the tensions among progressives themselves and the lack of a national leader or an organized structure of leadership.⁴⁰

But the movement has left a legacy that continues to shape American politics today. Concern about special interest control of public institutions led the movement to promote direct democracy in its many forms, including the ballot initiative, the popular referendum and the recall power.⁴¹ Reformers wanted to reduce the power of elites in the electoral process.⁴² The common denominator in these three devices, as Nathaniel Persily writes, was 'the delegation of political decisions to the ordinary voter'.⁴³ South Dakota was the first state to adopt the initiative and the referendum in 1898.⁴⁴ Roughly 20 other states followed suit from 1900 through 1918 as direct democracy grew in popularity and as progressives won an important victory on the constitutionality of direct democracy in the United States Supreme Court.⁴⁵ The Court held that federal constitutional challenges to state constitutional provisions authorizing the initiative or referendum are non-justiciable political questions over which the Court has no jurisdiction.⁴⁶

³⁸ WITT, Benjamin Parke De. *The Progressive Movement*. New York: MacMillan, 1915. p. 4-5.

³⁹ U.S. Const., amend. XXI (1933).

⁴⁰ See LINK, Arthur S. What Happened to the Progressive Movement in the 1920's? *American Historical Review*. Oxford, v. 64, n. 4, p. 833-851, oct. 1959. p. 842.

⁴¹ EULE, Julian N. Judicial Review of Direct Democracy. *Yale Law Journal*. New Haven, v. 99, p. 1503-1558, may 1990. p. 1546.

⁴² HENRETTA, James A. Foreword: Rethinking the State Constitutional Tradition. *Rutgers Law Journal*. Camden, v. 22. p. 819-839, 1991. p. 824.

⁴³ PERSILY, Nathaniel A. The Peculiar Geography of Direct Democracy: Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American West. *Michigan Law & Policy Review*. Ann Arbor, v. 2, p. 11-41, jan. 1997. p. 13.

⁴⁴ See MAGLEBY, David B. Taking the Initiative: Direct Legislation and Direct Democracy in the 1980s. *PS: Political Science & Politics*. New York, v. 21, n. 3, p. 600-611, jul./sept. 1988. p. 602.

⁴⁵ See MILLER, Kenneth P. *Direct Democracy and the Courts*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 34-36.

⁴⁶ Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912).

3.2 The progressive amendments

Part of the legacy of the Progressive Era also includes constitutional amendments. In a span of roughly ten years, political actors entrenched four constitutional amendments. In 1909, Congress passed the Sixteenth Amendment, authorizing an income tax, and the states ratified it four years later in 1913; in 1912, Congress passed the Seventeenth Amendment, establishing direct elections to the United States Senate, and the states ratified it the next year in 1913; in 1917, Congress passed the Eighteenth Amendment, which imposed prohibition, and the states ratified it two years later in 1919; and in 1919, Congress passed the Nineteenth Amendment, prohibiting gender discrimination in the right to vote, and the states ratified it just over one year later in 1920.⁴⁷

David Strauss has argued that these four amendments simply formalized changes that had already become political facts. He may be right but these amendments still show how important a period of social change the Progressive Era was for the country, which Strauss himself recognizes.⁴⁸ Akhil Amar situates these progressive amendments along a 'democratizing trendline'⁴⁹ that 'call[s] dramatic attention to the arc of history,'⁵⁰ as Americans amended the Constitution to authorize progressive income taxation and the direct election of Senators, and to enfranchise women.⁵¹ Not all progressives supported prohibition but 'the various strands of progressivism were united, however, at the level of basic assumptions'.⁵² James Timberlake has connected the Eighteenth Amendment to the larger effort to limit the corrupting influence of the liquor industry.⁵³ Alan Grimes refers to these four as 'the western amendments' because they arose from what he sees as a 'struggle [that] pitted the West, for the most part the last eighteen of the forty-eight states in the Union, against the states that had grown out of the initial thirteen colonies'.⁵⁴ He situates these amendments in the conflict between 'urban and rural constituencies', 'industrial and agrarian interests', and 'boss-oriented politics and chautauqua-style politics'.⁵⁵

⁴⁷ See The U.S. National Archives and Records Administration: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html (last accessed September 1, 2015).

⁴⁸ See STRAUSS, David A. *The Irrelevance of Constitutional Amendments*. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 114, n. 5, p.1457-1460, mar. 2001.

⁴⁹ AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005. p. 412.

⁵⁰ AMAR, Akhil Reed. *Idem*. p. 685.

⁵¹ AMAR, Akhil Reed. *Idem. Ibidem*.

⁵² KYVIG, David E. *Repealing National Prohibition*. Kent: The Kent State University Press, 2000. p. 8.

⁵³ See TIMBERLAKE, James H. *Prohibition and the Progressive Movement, 1900-1920*. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

⁵⁴ GRIMES, Alan P. *Democracy and the Amendments to the Constitution*. Lexington: Lexington Books, 1978. p. 66.

⁵⁵ GRIMES, Alan P. *Idem. Ibidem*.

Today, perhaps the most controversial of these progressive amendments is the Seventeenth. Scholars have called for its repeal,⁵⁶ as have political actors,⁵⁷ most notably current Supreme Court Justice Antonin Scalia, who, when asked what he would change about the United States Constitution answered that ‘there’s very little that I would change’ although the Seventeenth Amendment is one of the few items he would change if he could, as he explained in a public forum:

*I would change [the Constitution] back to what they wrote, in some respects. The Seventeenth Amendment has changed things enormously. ... We changed that in a burst of progressivism in 1913, and you can trace the decline of so-called states’ rights throughout the rest of the 20th century. So, don’t mess with the Constitution.*⁵⁸

Justice Scalia’s criticism of the Seventeenth Amendment is anchored in federalism. The critique has its strongest voice in Ralph Rossum, who had earlier suggested that the Amendment effectively repealed federalism by removing an important state check on the national government. Rossum argued that federalism, at least as it was understood by the authors of the Constitution, ‘effectively died as a result of the social and political forces that resulted in the adoption and ratification of the Seventeenth Amendment’.⁵⁹ In the next Part, I focus not on this aspect of the Amendment but rather on a narrower inquiry into its corruption-fighting origins. I will then explore the bases for the calls today to repeal the Seventeenth Amendment.

4. The Seventeenth Amendment

The Seventeenth Amendment changed how political candidates are selected for the United States Senate. The senatorial selection process was once indirect but it is now direct: no longer are senators chosen by state legislatures; senators are now elected directly by voters in each state. Under the original design of the Constitution, the senatorial appointments rule required that ‘The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six Years; and each Senator shall have one

⁵⁶ See, e.g., C.H. HOEBEKE, C.H. *The Road to Mass Democracy: Original Intent and the Seventeenth Amendment*. Brunswick: Transaction Publishers, 1995; BARNETT, Randy. The Case for the Repeal Amendment. *Tennessee Law Review*. Knoxville, v. 78, n. 12, p. 813-822, mar. 2011; ZYWICKI, Todd J. Beyond the Shell and Husk of History: The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals. *The Cleveland State Law Review*. v. 45, n. 2, p. 165-234, mar./may 1997.

⁵⁷ See, e.g., SEITZ-WALD, Alex. Repeal the 17th Amendment! *Salon*. Available at: http://www.salon.com/2012/08/16/repeal_the_17th_amendment (last accessed September 1, 2015) JOHNSON, Keith. Anti-Washington Ire Kindles an Old Debate. *Wall Street Journal*. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304879604575582192395853212> (last accessed September 1, 2015); BAI, Matt. Tea Party’s Push on Senate Election Exposes Limits. *N.Y. Times*, June 1, 2010, available at: <http://www.nytimes.com/2010/06/02/us/politics/02bai.html> (last accessed September 1, 2015).

⁵⁸ ‘Scalia, Breyer Spar Over Supreme Court Issues’, Associated Press, November 12, 2010, available at: <http://www.foxnews.com/politics/2010/11/12/scalia-breyer-spar-supreme-court-issues> (last accessed September 1, 2015).

⁵⁹ ROSSUM, Ralph A. *Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment: The Irony of Constitutional Democracy*. Lanham: Lexington Books, 2001. p. 3.

Vote'.⁶⁰ But, in 1913, the Seventeenth Amendment changed the appointments rule, and since then it requires that 'The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote. The electors in each State shall have the qualifications requisite for electors of the most numerous branch of the State legislatures'.⁶¹ The amendment did not take long to ratify. Congress approved it on May 13, 1912, and three-quarters of the states had ratified it less than a year later by April 8, 1913.⁶²

The rapid ratification of the Seventeenth Amendment might suggest that political actors devoted little deliberation to it. But moving from indirect to direct senatorial elections had been a subject of national political interest for almost one hundred years prior. In 1826, a congressperson introduced an amendment to create direct elections for senators; this was followed by a similar proposal in 1835, and five more between 1850 and 1855.⁶³ Later in 1860, Andrew Johnson, then a senator but later president, renewed the calls for direct senatorial elections that he had earlier made as a member of the House of Representatives.⁶⁴ As president, Johnson continued to press for the change, sending a special message to Congress on the subject in 1868 and taking the position again in his State of the Union address that same year.⁶⁵ At the time, however, the nation was occupied with Reconstruction and as a result, as George Haynes writes, 'even if President Johnson's advocacy had been calculated to commend the measure to the favorable attention of Congress, little room was left for consideration of such a change in the Constitution'.⁶⁶

Public interest in moving from indirect to direct senatorial elections began to grow quickly shortly thereafter. There were more and more congressional resolutions and amendment proposals,⁶⁷ citizens and associations took up the cause, and state and national political parties made Senate reform part of their platform.⁶⁸ State legislatures, too, began pushing for the amendment, with California and Iowa, as early as 1874, petitioning Congress to amend the Constitution to create direct senatorial elections.⁶⁹ By 1902, three states had held separate referenda asking voters whether they would prefer direct senatorial elections, and in each case the vote was overwhelmingly in favor the change: 451,319 to 76,975 in Illinois in 1902;

⁶⁰ U.S. Const., art. I, § 3, cl. 1. (1789).

⁶¹ U.S. Const., amend. XVII (1913). The amendment also establishes a procedure to fill Senate vacancies. See *ibid.*

⁶² See The U.S. National Archives and Records Administration: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html (last accessed September 1, 2015).

⁶³ See HAYNES, George H. *The Election of Senators*. New York: Henry Holt and Co., 1912. p. 101-102.

⁶⁴ HAYNES, George H. *Idem*. p. 102.

⁶⁵ HAYNES, George H. *Idem. Ibidem*.

⁶⁶ HAYNES, George H. *Idem. Ibidem*.

⁶⁷ HAYNES, George H. *Idem*. p. 103-04.

⁶⁸ HAYNES, George H. *Idem*. p. 105.

⁶⁹ HAYNES, George H. *Idem*. p. 106.

187,958 to 13,342 in California in 1892; and 6,775 to 866 in Nevada in 1983.⁷⁰ By 1905, 31 state legislatures had in some way communicated to Congress its support for direct senatorial elections.⁷¹ Yet, even this number, as high as it was, did not reflect the full measure of state support because many states had already adopted state laws requiring direct senatorial election.⁷²

In 1906, 29 delegates from 11 states gathered in Iowa at what was called the Inter-State Senatorial Amendment Convention, an effort to accelerate the change that most states by then supported.⁷³ The goal of the convention was to coordinate efforts to ultimately petition Congress to call a convention to propose an amendment to create direct senatorial elections.⁷⁴ Although Iowans and others had long supported this idea for amending the Constitution, their efforts had borne no fruit. Faced with no congressional action on an amendment, the Governor of Iowa convened the event and made clear his objectives when he called the convention to order:

*Hitherto this sentiment has not been productive or results, and during the last session of the General Assembly it seemed to the members who compose that body that there was but one effective and practical way in which to take the views of the people of this country upon the proposed change in the election of Senators. It was to adopt the other alternative provided in the Constitution of the United States, and ask our sister states to co-operate with us in presenting a petition to Congress that would require action upon the part of that body in the way of convening a constitutional convention.*⁷⁵

The convention had been authorized by a joint resolution of the Iowa General Assembly. The Assembly directed the Governor of Iowa to invite other governors to send representatives to the Inter-State Convention.⁷⁶ The joint resolution, passed in March 1906, noted that seventeen states were at the time on record as petitioning Congress to approve an amendment proposal establishing direct senatorial elections and that seven states had by that time petitioned Congress to call a convention for the purpose of proposing an amendment to create direct senatorial elections.⁷⁷

By the time Congress eventually approved the Seventeenth Amendment and transmitted it to the states in 1912, over half of the states had already adopted direct senatorial

⁷⁰ HAYNES, George H. *Idem. Ibidem.*

⁷¹ HAYNES, George H. *Idem.* p. 110.

⁷² HAYNES, George H. *Idem.* p. 111.

⁷³ Report of the Proceedings of the Inter-State Senatorial Amendment Convention, Des Moines, Iowa, December 5-6, 1906, at 23-24.

⁷⁴ *Idem.* at 14.

⁷⁵ *Idem. Ibidem*

⁷⁶ HAYNES, George H. *The Election of Senators... Op. Cit.* p. 106.

⁷⁷ HAYNES, George H. *Idem.* at 106-08.

elections, or something quite close to it, as a matter of either law or practice.⁷⁸ For example, states would hold elections whose results were ‘advisory’ to the legislatures; the legislature of course retained the constitutional responsibility to select senators themselves, but their members found it difficult to ignore the results of those elections since they were essentially ‘referenda instructing state legislators’.⁷⁹ States generally took three paths toward direct senatorial election even before the Seventeenth Amendment was proposed and ratified: amending their constitution, passing laws, and following political practices that ‘sidestep legislative selection of senators’.⁸⁰ These subnational approaches reflected the distinctive strategy of the progressive movement: to pursue change at the state level, for instance through uniform state legislation or by piecemeal, to make it close to inevitable at the national level.⁸¹ By 1913, at least 34 states had effectively evolved by law or practice to elect their senators even before it was required by constitutional amendment.⁸²

4.1 The impetus for the Seventeenth Amendment

There were at least three motivations behind the move to direct senatorial elections: curbing corruption in state legislatures; avoiding deadlocks in senatorial elections; and giving greater voice to the people.⁸³ Under the prevailing method of indirect senatorial election—state legislators voting for the state’s United States Senators—corruption in state legislative elections for senators was pervasive, as observers at the time commented that the process ‘was so corrupt that it produced an unresponsive and unrepresentative Senate’.⁸⁴ State legislative corruption and interest group control of senatorial elections were, as Vikram Amar writes, ‘perhaps the greatest evils associated with indirect election’.⁸⁵ The concern was that indirect senatorial elections would lead senatorial candidates to promise money, favors or

⁷⁸ STRAUSS, David A. *The Irrelevance of Constitutional Amendments...* *Op. Cit.* p. 1497.

⁷⁹ BYBEE, Jay S. *Ulysses at the Mast: Democracy, Federalism, and the Sirens Song of the Seventeenth Amendment.* *Northwestern Law Review.* Chicago, v. 91, n. 2, p. 500-569, sept./dec. 1997. p. 537.

⁸⁰ CLOPTON, Zachary D.; ART, Steven E. *The Meaning of the Seventeenth Amendment and a Century of State Defiance.* *Northwestern Law Review.* Chicago, v. 107, n. 3, p. 1181-1242, mar./jun. 2013. p. 1190.

⁸¹ GRAEBNER, William. *Federalism in the Progressive Era: A Structural Interpretation of Reform.* *The Journal of American History.* Oxford, v. 64, n. 2, p. 331-357, sept. 1977. p. 332.

⁸² WIEGAND, Elva. *A History of the Movement for the Direct Election of Senators.* Los Angeles, 1934. Thesis (Master in History) - Department of History, University of Southern California. f. 49. One of the leading models for direct senatorial election was the Oregon plan that invited candidates for state legislature to sign one of two statements, either pledging to vote for the U.S. Senate candidate who received the highest popular vote in the state or to see the vote as only advisory. KOBACH, Kris W. *Rethinking Article V: Term Limits and the Seventeenth and Nineteenth Amendments.* *Yale Law Journal.* New Haven, v. 103, n. 7, p. 1971-2007, may 1994. p. 1978.

⁸³ BYBEE, Jay S. *Ulysses at the Mast...* *Op. Cit.* p. 538-47.

⁸⁴ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Electing the Senate: Indirect Democracy Before the Seventeenth Amendment.* Princeton: Princeton University Press, 2015. p. 10.

⁸⁵ AMAR, Vikram David. *Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment.* *Vanderbilt Law Review.* v. 49, n. 6, p. 1347-1407, nov. 1996. p. 1353.

offices to state legislators in return for their vote.⁸⁶ The corruption concern extended to state governments and also to influential yet unelected insiders who would pay off state lawmakers to direct their vote in senatorial elections.⁸⁷

As the legislative history of the Seventeenth Amendment suggests,⁸⁸ political actors believed the problem could be fixed by adopting direct senatorial elections that would give power directly to the people and would take it away from the corruptible state senators.⁸⁹ A 1911 report from the United States Senate Committee on the Judiciary referred to the ‘instances of bribery and corruption which have taken place in the legislatures of the different States in the last 25 years, and which could not have occurred had popular elections prevailed’.⁹⁰ There was evidence that state legislators had sold their votes to elect senators that would not have otherwise been elected.⁹¹

A constitutional amendment was necessary to address the problem on a national scale.⁹² It ‘completed the centralizing process that the public canvass began’, after states had come onboard with their own reforms and in light of the popular support behind the idea of direct election.⁹³ Despite strong evidence of corruption in seven states in the fifteen years preceding the successful proposal of the Seventeenth Amendment in 1912, the United States Senate was not keen to investigate these matters. Indeed, the Senate showed ‘extreme reluctance to investigate such charges, and [] bound itself by precedents which ma[d]e not only the unseating of a member, but even the pursuit of a thoroughgoing investigation, practically impossible, except where the evidence of guild [was] overwhelming and notorious’.⁹⁴ Of the ten senators investigated by the Senate before 1900, only two senators ultimately resigned their seat, though in neither case had the Senate yet taken a vote on the specific resolution concerning allegations of corruption.⁹⁵

It is worth recalling one corruption case. On July 13, 1912, two months after the Congress had approved the Seventeenth Amendment and transmitted it to the states for

⁸⁶ See TEACHOUT, Zephyr. *Corruption in America: From Benjamin Franklin’s Snuff Box to Citizens United*. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 123.

⁸⁷ AMAR, Akhil Reed. *America’s Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005. p. 412.

⁸⁸ See LITTLE, Laura E. An Excursion into the Uncharted Waters of the Seventeenth Amendment. *Temple Law Review*. Philadelphia, v. 64, n. 3, p. 629-658, sept./dec. 1991. p. 640.

⁸⁹ CROOK, Sara Brandes; HIBBING, John R. A Not-so-distant Mirror: The 17th Amendment and Congressional Change. *American Political Science Review*. Washington, D.C., v. 91, n. 4, p. 845-853, dec. 1997. p. 845.

⁹⁰ Report No. 961 to accompany S.J. Res. 134, Committee on the Judiciary, ‘Election of Senators by Popular Vote’, January 11, 1911, 61st Cong. 3d Sess., at 14.

⁹¹ BYBEE, Jay S. Ulysses at the Mast... *Op. Cit.* p. 539.

⁹² HAYNES, George H. *The Election of Senators...* *Op. Cit.* p. 53.

⁹³ RIKER, William H. The Senate and American Federalism. *American Political Science Review*. New York, v. 49, n. 2, p. 452-469, July 1955. p. 467.

⁹⁴ RIKER, William H. *Idem. Ibidem.*

⁹⁵ RIKER, William H. *Idem.* p. 53-56.

ratification, the Senate invalidated the election of Illinois Senator William Lorimer.⁹⁶ Elected in 1909 under the original process of indirect senatorial election, Lorimer had been cleared of the corruption charges in 1911 when the Senate dropped the matter after a six-week inquiry.⁹⁷ But when new public charges came to light a week before the Senate voted on the proposed Seventeenth Amendment, the Senate reopened the Lorimer case.⁹⁸ Lorimer, it was proven to the Senate's satisfaction, had been elected to the United States Senate with the help of at least seven state legislators whose votes had been bought with \$100,000 raised by large Chicago corporations.⁹⁹ In the end, four of the seven gave confessions in open court.¹⁰⁰ This extraordinary case of corruption is not representative; it appears to have been the most egregious example that came to light at the time.

But David Schleicher questions the corruption narrative that is thought to have prompted the move from indirect to direct senatorial elections: if the corrupting forces 'had the power to sneak through senators over popular worry about corruption, there needs to be an additional explanation for why they did not have enough power to stop direct elections—and in fact did not want to'.¹⁰¹ This is an important question and perhaps one that will remain unanswered, at least with any certainty. But Todd Zywicki may have an answer. The Seventeenth Amendment, Zywicki writes, made rent-seeking easier, allowing interest groups to go directly to an elected Senator rather than having to canvass an entire state legislature to secure a majority for their preferred candidate: 'by making it possible for special interests to lobby Senators directly, rather than having to proceed through the intermediary of the state legislatures, the Seventeenth Amendment reduced the costs of lobbying for wealth transfers'.¹⁰² As the interest groups grew more national and as they sought national influence to advance their cause, it proved more effective to lobby one relatively small group of national leaders rather than several groups of state leaders: 'because these national interest groups (such as labor unions and railroads) were dispersed across several states, it was quite cumbersome and expensive for them to have to lobbying multiple state legislatures in order to get the Senate consent to a piece of legislation'.¹⁰³ Schleicher explains Zywicki's answer succinctly:

⁹⁶ July 13, 1912: Senator Ousted', Senate History: 1878-1920, United States Senate, at: http://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Senator_Ousted.htm (last accessed September 1, 2015).

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ See BUENKER, John D. Illinois and the Four Progressive-Era Amendments to the United States Constitution. *Illinois Historical Journal*. Springfield, v. 80, sept./dec. 1987. p. 215-16.

¹⁰⁰ BUENKER, John D. *Idem*. at 216. The number could be higher than seven. According to another source, supporters of Lorimer paid bribes to forty state legislators. See GRADEL, Thomas J.; SIMPSON, Dick. *Corrupt Illinois: Patronage, Cronyism, and Criminality*. Champaign: University of Illinois Press, 2014. p. 42-43.

¹⁰¹ SCHLEICHER, David. The Seventeenth Amendment and Federalism in an Age of National Political Parties. *Hastings Law Journal*. San Francisco, v. 65, n. 4, p. 1043-1099, may 2014. p. 1060.

¹⁰² ZYWICKI, Todd J. Beyond the Shell and Husk of History... *Op. Cit.* p. 215.

¹⁰³ ZYWICKI, Todd J. *Idem*. p. 216.

[Interest groups] supported the Amendment for several reasons: it would reduce the cost of lobbying for favorable legislation by national interest groups because lobbyists would only have to engage with one body and not fifty; it would increase the length of senatorial tenures, permitting interest groups to form long-term relationships with senators; and it would reduce monitoring of senators because state legislatures were better at ensuring that senators did the bidding of the voting public rather than special interest groups. National interest groups thus had an interest in direct elections because it made the Senate easier to lobby.¹⁰⁴

The point, then, according to Zywicki, is that there was more to the Seventeenth Amendment than an effort to curb corruption. It may be that the move to direct senatorial elections concealed a much less-public effort to redirect rent-seeking behavior so as to make it more efficient for interest groups to solicit favors from the federal government.¹⁰⁵ John McGinnis echoes this view, arguing that the Seventeenth Amendment facilitated ‘the rise of the special-interest state’.¹⁰⁶ McGinnis writes that the Amendment ‘increased monitoring costs and entrenched senators in office’ and ‘made it easier for interest groups to strike long-term deals’ because the general electorate was much less competent than state legislators at monitoring senators.¹⁰⁷ Today, with the benefit of one century of political life under the Seventeenth Amendment, it is worth asking whether scholars believe that direct senatorial elections has fulfilled the objective that first drove its proposal.

4.2 The Seventeenth Amendment today

On the occasion of the one hundredth anniversary of the Seventeenth Amendment, Wendy Schiller and Charles Stewart published a report inquiring whether the Amendment had fulfilled its intended objectives. They concluded that ‘the 17th Amendment has failed to deliver on its promise, and has produced a Senate that is even less responsive to voters than it was under the indirect election system’.¹⁰⁸ The key finding concerned money in senatorial elections. They estimated that prior to the Seventeenth Amendment from 1871 to 1913, there was an average of \$214.88 million per year spend on senatorial elections.¹⁰⁹ This is roughly one-fifth of what was spent in the 2012 Senate election cycle: \$1.168 billion.¹¹⁰ For Schiller and Stewart, this contrast undermines the Amendment: ‘Despite the blatant use of money to win indirect Senate elections, 100 years after the 17th Amendment was enacted, the modern

¹⁰⁴ SCHLEICHER, David. *The Seventeenth Amendment... Op. Cit.* p. 1061.

¹⁰⁵ ZYWICKI, Todd J. *Senators and Special Interests: A Public Choice Analysis of the Seventeenth Amendment.* *Oregon Law Review*. Eugene, v. 73, p. 1007-1055, 1994. p. 1054-55.

¹⁰⁶ MCGINNIS, John O. *The Original Constitution and its Decline: A Public Choice Perspective.* *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Cambridge, v. 21, n. 1, p. 195-210, sept./dec. 1997. p. 205.

¹⁰⁷ MCGINNIS, John O. *Idem.* at 206.

¹⁰⁸ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *The 100th Anniversary of the 17th Amendment: A Promise Unfulfilled.* *Issues in Governance Studies*. Washington, v. 34, n. 59, p. 1-12, may 2013. p. 1.

¹⁰⁹ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Idem.* p. 6-7.

¹¹⁰ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Idem. Ibidem.*

Senate elections process is swamped with campaign money in ways that far outpace elections under the indirect elections system'.¹¹¹ A few years prior, another took a similar view of the Amendment but stressed more specific failures:

*In retrospect, the amendment failed to accomplish what was expected of it, and in most cases failed dismally. Exorbitant expenditures, alliances with well-financed lobby groups, and electioneering sleights-of-hand have continued to characterize Senate campaigns long after the constitutional nostrum was implemented. In fact, such tendencies have grown increasingly problematic. Insofar as the Senate also has participated in lavishing vast sums on federal projects of dubious value to the general welfare, and producing encyclopedic volumes of legislation that never will be read or understood by the great mass of Americans, it can hardly be the case that popular elections have strengthened the upper chamber's resistance to the advances of special interests.*¹¹²

The rise of money in senatorial elections has not been at the core of the call to repeal the Seventeenth Amendment. The repeal effort has instead relied largely on federalism, or 'states' rights', as the rallying cry behind the move to return to indirect senatorial elections. According to repeal proponents, doing away with direct senatorial elections would restore the federalist balance created by the Constitution: state legislatures would once again have the power to send to Washington only those senators they believed would be responsive to the state's needs.¹¹³ Ted Cruz, for example, has argued that the Seventeenth Amendment was a 'major step toward the explosion of federal power and the undermining of the authority of the states'.¹¹⁴ A common critique of the Amendment is that it disrupted the founding design of the Constitution, and that repeal would return the country to where it began and where it should be. One commentator, for instance, argues that a return to indirect senatorial elections 'would check the federal government's proclivity to pass laws binding the state to unfunded mandates. It would increase the sovereignty of the several states and restore true federalism back into our system of government'.¹¹⁵

¹¹¹ SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Idem*. p. 7.

¹¹² HOEBEKE, C.H. Democratizing the Constitution: The Failure of the Seventeenth Amendment. *IX Humanitas - National Humanities Institute, Center for Constitutional Studies*. Available at: <http://www.nhinet.org/hoebeke.htm> (last accessed September 1, 2015).

¹¹³ HOEBEKE, C.H. *Idem*. One state senator has even called on his state legislature to rescind its ratification of the Seventeenth Amendment. See HACKEN, Kelsey. Rescind Seventeenth Amendment, Indiana Lawmaker Proposes. *Heartlander Magazine*. Available at: <http://news.heartland.org/newspaper-article/2015/02/19/indiana-lawmaker-proposes-rescinding-seventeenth-amendment> (last accessed September 1, 2015).

¹¹⁴ GREENBLATT, Alan. Rethinking the 17th Amendment: An Old Idea Gets Fresh Opposition. *NPR*. Available at: <http://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2014/02/05/271937304/rethinking-the-17th-amendment-an-old-idea-gets-fresh-opposition> (last accessed September 1, 2015).

¹¹⁵ See KOEHL, Theodore. How to Repeal the 16th and 17th Amendments. *American Thinker*. Available at: http://www.americanthinker.com/articles/2013/07/how_to_repeal_the_16th_and_17th_amendments.html (last accessed September 1, 2015).

It is worth wondering whether restoring the original method of indirect senatorial elections would have the effect that repeal advocates anticipate, that is to say a rebalancing of federalism. On one view, returning to indirect senatorial elections would align the tenure of senators to how well they defend their state's interest rather than the national interests. It is also likely the case, as one observer acknowledges, that 'senators still would be just as likely to be corrupted' but it also likely that 'the corruption would be dispersed to the 50 separate state legislatures' and even then, 'the corruption more often would be on behalf of state interests'. This corruption, the same observer notes, would be remediable 'by the vigilance of voters for more responsive state legislative seats (typically, about less than 50,000 residences per state legislator), rather than Senate seats (the entire population of the state—usually millions.)'.¹¹⁶ This is an honest defense of indirect senatorial elections insofar as it recognizes that corruption is inevitable in either case.

But it is not clear that repealing the Seventeenth Amendment would necessarily reinstate indirect senatorial elections as a matter of practice, whatever it would mean as a matter of formal law. Assume the Seventeenth Amendment were repealed today. The Constitution would revert to its original appointment rule, requiring state legislatures to select their senators. But, in my view, that direct election would nonetheless remain a political and legal fact of senatorial selection. The laws mandating direct senatorial elections even before to the Amendment, as discussed above,¹¹⁷ would likely be revived. It would be difficult for state legislators to justify denying voters their right, acquired by prior law and practice, to choose their own senators.¹¹⁸ What is perhaps more problematic for the effort to repeal the amendment while concurrently prohibiting voters from choosing their own senators is that the amendment repealing the Seventeenth would have to be designed to effectively preclude all the different devices state legislatures could use to promote popular election of senators. It would also have to be designed to preclude indirect forms of popular election, for instance where the state legislature would select the candidate who was ahead in public opinion polls. Not only would this design be difficult to perfect but it would be an unreasonable choice for designers to make.

5. Conclusion

It is unlikely that the effort to repeal the Seventeenth Amendment will turn grow into a movement like the one that first drove the Amendment's proposal and ratification one hundred years ago. But even if support continues to build to repeal the Amendment, the formal amendment rules of Article V will almost certainly lead to its defeat. Constitutional amendment in the United States is next to impossible, or at least it is today. It could of course in the future

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ See *supra* Section 4.1.

¹¹⁸ See SPIVAK, Joshua. Don't Repeal the 17th Amendment. *Forbes.com*. Available at: <http://www.forbes.com/2010/04/02/seventeenth-amendment-repeal-louie-gohmert-opinions-contributors-joshua-spivak.html> (last accessed September 1, 2015).

become much less daunting, just as it became during the Progressive Era, when constitutional amendment seemed for some too easy in comparison to what it had been before. Fewer than thirty years before the entrenchment of the Seventeenth Amendment, Woodrow Wilson, writing in 1885, highlighted the difficulty of constitutional amendment under the United States Constitution, referring to the 'cumbrous machinery of formal amendment erected by Article Five'.¹¹⁹

Today, political actors introduce constitutional amendments on all subjects. Congresspersons introduce proposals on subjects ranging from campaign finance,¹²⁰ to prayer in schools¹²¹ and to presidential term limits,¹²² and state legislatures petition Congress to propose amendments to repeal federal laws,¹²³ to require a balanced budget¹²⁴ and to prohibit abortion.¹²⁵ Some of these amendments, and indeed perhaps most of them, are introduced for narrow parochial purposes that David Mayhew categorizes as position taking, credit claiming, or advertising.¹²⁶

Perhaps the history and methods of the Progressive movement can offer modern American constitutional reformers a roadmap for achieving formal constitutional change. For those amendments whose proposers believe could have a legitimate chance at eventual proposal and ratification, the Progressive movement is a good model for how to create and ultimately entrench social change. Of course, it would be difficult if not impossible to replicate the success of the Progressive Era. Four amendments in the span of a decade is unprecedented in American history since the Bill of Rights, and it would be surprising if such a feat were ever to be repeated.

6. References

ACKERMAN, Bruce A. Transformative Appointments. *Harvard Law Review*. Cambridge, vol. 101, n. 6, p. 1164-1184, apr. 1988.

ALBERT, Richard. Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 94, n. 3, p. 1029-1082, may 2014.

ALBERT, Richard. Constructive Unamendability in Canada and the United States. *Supreme Court Law Review*, v. 67, n. 2, p. 181-219, jan. 2014.

ALBERT, Richard. The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada. *Alberta Law Review*. Edmonton, v. 52, n. 5. No prelo.

¹¹⁹ WILSON, Woodrow. *Congressional Government*. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1885. p. 242.

¹²⁰ See H.R.J. Res. 31, 113th Cong. (2013).

¹²¹ See H.R.J. Res. 42, 113th Cong. (2013).

¹²² See H.R.J. Res. 19, 113th Cong. (2013).

¹²³ See H.R. Res. 12-1003, 68th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Colo. 2012).

¹²⁴ See S. Con. Res. 4007, 62d Leg. Assemb., Reg. Sess. (N.D. 2011).

¹²⁵ See S. Con. Res. 132, 45th Leg. Assemb., Reg. Sess. (Idaho 1980).

¹²⁶ MAYHEW, David R. *Congress: The Electoral Connection*. New Haven: Yale University Press, 1974. p. 49-61.

- ALBERT, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. *Wake Forest Law Review*. v. 49, p. 913-975, nov. 2014.
- ALSTYNE, William Van. What do you Think About the Twenty-Seventh Amendment? *Constitutional Commentary*. Williamsburg, v. 10, n. 1, p. 9-18, nov. 1993.
- AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005.
- AMAR, Vikram David. Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment. *Vanderbilt Law Review*. v. 49, n. 6, p. 1347-1407, nov. 1996.
- BAI, Matt. Tea Party's Push on Senate Election Exposes Limits. *N.Y. Times*, June 1, 2010, available at: <http://www.nytimes.com/2010/06/02/us/politics/02bai.html> (last accessed September 1, 2015)
- BARNETT, Randy. The Case for the Repeal Amendment. *Tennessee Law Review*. Knoxville, v. 78, n. 12, p. 813-822, mar. 2011.
- BUENKER, John D. Illinois and the Four Progressive-Era Amendments to the United States Constitution. *Illinois Historical Journal*. Springfield, v. 80, sept./dec. 1987.
- BYBEE, Jay S. Ulysses at the Mast: Democracy, Federalism, and the Sirens Song of the Seventeenth Amendment. *Northwestern Law Review*. Chicago, v. 91, n. 2, p. 500-569, sept./dec. 1997.
- CLOPTON, Zachary D.; ART, Steven E. The Meaning of the Seventeenth Amendment and a Century of State Defiance. *Northwestern Law Review*. Chicago, v. 107, n. 3, p. 1181-1242, mar./jun. 2013.
- COLÓN-RÍOS, Joel; HUTCHINSON, Allan. Democracy and Revolution: An Enduring Relationship? *Denver University Law Review*. Denver, v. 89, n. 3, p. 593-611, jul./sept. 2012.
- CROOK, Sara Brandes; HIBBING, John R. A Not-so-distant Mirror: The 17th Amendment and Congressional Change. *American Political Science Review*. Washington, D.C., v. 91, n. 4, p. 845-853, dec. 1997.
- DIXON, Rosalind. Partial Constitutional Amendments. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. Philadelphia, v. 13, n. 3, p. 643-685, mar. 2011.
- EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- EULE, Julian N. Judicial Review of Direct Democracy. *Yale Law Journal*. New Haven, v. 99, p. 1503-1558, may 1990.
- FALLON, Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *UCLA Law Review*. Los Angeles, vol.54, n. 5, 2007.
- FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America, *American Journal Comparative Law* (supplement), Ann Arbor, vol. 54, n.4 p.485, 490-491, 2006.
- GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Chicago Working Papers on Law and Economics*. Chicago, n. 682, p. 1-29, may 2014.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey. Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles. *University of Illinois Law Review*. Champaign, v. 18, n. 2, p. 683-710, apr. 2012.
- GRADEL, Thomas J.; SIMPSON, Dick. *Corrupt Illinois: Patronage, Cronyism, and Criminality*. Champaign: University of Illinois Press, 2014.
- GRAEBNER, William. Federalism in the Progressive Era: A Structural Interpretation of Reform. *The Journal of American History*. Oxford, v. 64, n. 2, p. 331-357, sept. 1977.
- GREENBLATT, Alan. Rethinking the 17th Amendment: An Old Idea Gets Fresh Opposition. *NPR*. Available at: <http://www.npr.org/sections/itsallpolitics/2014/02/05/271937304/rethinking-the-17th-amendment-an-old-idea-gets-fresh-opposition> (last accessed September 1, 2015).
- GRIMES, Alan P. *Democracy and the Amendments to the Constitution*. Lexington: Lexington Books, 1978.

HACKEN, Kelsey. Rescind Seventeenth Amendment, Indiana Lawmaker Proposes. *Heartlander Magazine*. Available at: <http://news.heartland.org/newspaper-article/2015/02/19/indiana-lawmaker-proposes-rescinding-seventeenth-amendment> (last accessed September 1, 2015).

HAYNES, George H. *The Election of Senators*. New York: Henry Holt and Co., 1912. HENRETTA, James A. Foreword: Rethinking the State Constitutional Tradition. *Rutgers Law Journal*. Camden, v. 22. p. 819-839, 1991.

HOEBEKE, C.H. Democratizing the Constitution: The Failure of the Seventeenth Amendment. *IX Humanitas - National Humanities Institute, Center for Constitutional Studies*. Available at: <http://www.nhinet.org/hoebeke.htm> (last accessed September 1, 2015).

HOEBEKE, C.H. *The Road to Mass Democracy: Original Intent and the Seventeenth Amendment*. Brunswick: Transaction Publishers, 1995.

JOHNSON, Keith. Anti-Washington Ire Kindles an Old Debate. *Wall Street Journal*. Available at: <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304879604575582192395853212> (last accessed September 1, 2015).

KENNEDY, Christopher M. Is There a Twenty-Seventh Amendment: The Unconstitutionality of a New 203-Year-Old Amendment. *Marshall Law Review*. Chicago, v. 26, n. 4, p. 977-1019, jul./sept. 1993.

KOBACH, Kris W. Rethinking Article V: Term Limits and the Seventeenth and Nineteenth Amendments. *Yale Law Journal*. New Haven, v. 103, n. 7, p. 1971-2007, may 1994.

KOEHL, Theodore. How to Repeal the 16th and 17th Amendments. *American Thinker*. Available at: http://www.americanthinker.com/articles/2013/07/how_to_repeal_the_16th_and_17th_amendments.html (last accessed September 1, 2015).

KYVIG, David E. *Explicit and Authentic Acts: Amending the U.S. Constitution, 1776-1995*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996.

KYVIG, David E. *Repealing National Prohibition*. Kent: The Kent State University Press, 2000.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 119, n. 8, p. 2311-2386, june 2006.

LEVINSON, Sanford. Authorizing Constitutional Text: On the Purported Twenty-Seventh Amendment. *Constitutional Commentary*. Saint Paul, v. 11, n. 1, p. 101-113, dec./feb. 1994.

LEVINSON, Sanford. How I Lost my Constitutional Faith. *Maryland Law Review*. Prince George's, v. 71, n. 4, p. 956-977, oct. 2012.

LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1999. LINK, Arthur S. What Happened to the Progressive Movement in the 1920's? *American Historical Review*. Oxford, v. 64, n. 4, p. 833-851, oct. 1959.

LITTLE, Laura E. An Excursion into the Uncharted Waters of the Seventeenth Amendment. *Temple Law Review*. Philadelphia, v. 64, n. 3, p. 629-658, sept./dec. 1991.

LORENZ, Astrid. How to Measure Constitutional Rigidity. *Journal of Theoretical Politics*. [s.l.], v. 17, n. 3, p. 339-361, july 2005.

LUTZ, Donald S. *Principles of Constitutional Design*. New York: Cambridge University Press, 2006.

MAGLEBY, David B. Taking the Initiative: Direct Legislation and Direct Democracy in the 1980s. *PS: Political Science & Politics*. New York, v. 21, n. 3, p. 600-611, jul./sept. 1988.

MARBURY, William L. The Limitations upon the Amendment Power. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 33, n. 2, p. 223-235, dec. 1919.

MAYHEW, David R. *Congress: The Electoral Connection*. New Haven: Yale University Press, 1974. p. 49-61.

- MCGINNIS, John O. The Original Constitution and its Decline: A Public Choice Perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Cambridge, v. 21, n. 1, p. 195-210, sept./dec. 1997.
- MCGREAL, Paul E. There is no Such Thing as Textualism: A Case Study in Constitutional Method. *Fordham Law Review*. New York, v. 69, n. 6, p. 2393-2469, may 2001.
- MILLER, Kenneth P. *Direct Democracy and the Courts*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- PERSILY, Nathaniel A. The Peculiar Geography of Direct Democracy: Why the Initiative, Referendum and Recall Developed in the American West. *Michigan Law & Policy Review*. Ann Arbor, v. 2, p. 11-41, jan. 1997.
- PILDES, Richard H. Why the Center Does Not Hold: The Causes of Hyperpolarized Democracy in America. *California Law Review*. Berkeley, v. 99, n. 2, p. 273-333, apr. 2011.
- PREUSS, Ulrich K. The Implications of 'Eternity Clauses: The German Experience. *Israel Law Review*. Cambridge, vol. 44, n. 3, p. 429-448, 2011.
- PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 107, n. 2, p. 165-222, 2008.
- RIKER, William H. The Senate and American Federalism. *American Political Science Review*. New York, v. 49, n. 2, p. 452-469, july 1955.
- ROSSUM, Ralph A. *Federalism, the Supreme Court, and the Seventeenth Amendment: The Irony of Constitutional Democracy*. Lanham: Lexington Books, 2001.
- SCHAUER, Frederick. Deliberating About Deliberation. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, v. 90, p. 1187-1202, 1990.
- SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. *Electing the Senate: Indirect Democracy Before the Seventeenth Amendment*. Princeton: Princeton University Press, 2015.
- SCHILLER, Wendy J.; STEWART III, Charles. The 100th Anniversary of the 17th Amendment: A Promise Unfulfilled. *Issues in Governance Studies*. Washington, v. 34, n. 59, p. 1-12, may 2013.
- SCHLEICHER, David. The Seventeenth Amendment and Federalism in an Age of National Political Parties. *Hastings Law Journal*. San Francisco, v. 65, n. 4, p. 1043-1099, may 2014.
- SEITZ-WALD, Alex. Repeal the 17th Amendment! *Salon*. Available at: http://www.salon.com/2012/08/16/repeal_the_17th_amendment (last accessed September 1, 2015).
- SPIVAK, Joshua. Don't Repeal the 17th Amendment. *Forbes.com*. Available at: <http://www.forbes.com/2010/04/02/seventeenth-amendment-repeal-louie-gohmert-opinions-contributors-joshua-spivak.html> (last accessed September 1, 2015).
- SPOTTS, JoAnne D. The Twenty-Seventh Amendment: A Late Bloomer or a Dead Horse? *The Georgia State University Law Review*. Atlanta, v. 10, n. 2, p. 337-365, jan.1994.
- STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 114, n. 5, p.1457-1460, mar. 2001.
- STRICKLAND, Ruth Ann. The Twenty-Seventh Amendment and Constitutional Change by Stealth. *PS: Political Science & Politics*. New York, v. 26, n. 4, p. 716-722, dec. 1993.
- SULLIVAN, Kathleen M. Constitutional Constancy: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever. *Cardozo Law Review*. New York, v. 17, n. 3, p. 691-704, jan. 1996.
- TEACHOUT, Zephyr. *Corruption in America: From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- TIMBERLAKE, James H. *Prohibition and the Progressive Movement, 1900-1920*. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

WIEGAND, Elva. *A History of the Movement for the Direct Election of Senators*. Los Angeles, 1934. Thesis (Master in History) - Department of History, University of Southern California.

WILSON, Woodrow. *Congressional Government*. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1885.

WITT, Benjamin Parke De. *The Progressive Movement*. New York: MacMillan, 1915.

ZYWICKI, Todd J. Beyond the Shell and Husk of History: The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals. *The Cleveland State Law Review*. v. 45, n. 2, p. 165-234, mar./may 1997.

ZYWICKI, Todd J. Senators and Special Interests: A Public Choice Analysis of the Seventeenth Amendment. *Oregon Law Review*. Eugene, v. 73, p. 1007-1055, 1994.

INSTRUMENTOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: DE LA *ULTIMA RATIO* A LA AUSENCIA DE RAZÓN

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN*

Sumario: 1. Introducción; 2. Perseguir; 2.1. La investigación de los actos de corrupción; 2.2. La sanción penal de la corrupción; 2.3. La sanción administrativa de la corrupción; 3. Revertir; 3.1. Parte civil y extinción de dominio; 3.2. La responsabilidad fiscal; 3.3. La acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición; 4. Prevenir; 4.1. El acceso a la función y al contrato; 4.2. El procedimiento administrativo anticorrupción; 4.3. La política pública anticorrupción; 5. Conclusión. 6. Referencias.

1. Introducción

La separación entre la moral, la ética y el derecho guió durante mucho tiempo los estudios científicos de los juristas; el purismo los obligaba a desdenar cuestiones no positivas. Pero la separación fue, desde el principio, artificial, ya que el derecho, como producto humano, resulta de valoraciones, concepciones éticas, escogencias y priorizaciones que privilegian ciertas finalidades, ciertos valores. Es por esto que la situación del derecho de un país refleja su escala de valores, el momento de evolución, la lógica de las relaciones sociales. A partir de esto, un estudio de los instrumentos diseñados por el derecho colombiano para combatir la corrupción puede radiografiar una sociedad en la que la corrupción se entronizó en el poder público, determinó, en gran medida, la ineficacia de la acción pública en pro del desarrollo social y permeó incluso los mecanismos de control. Además, un análisis en perspectiva del sistema jurídico de lucha contra la corrupción mostrará una inversión de la lógica de los instrumentos jurídicos donde la sanción penal, teóricamente *ultima ratio*, se ha convertido en la *prima ratio*. El balance mostrará visos de esperanza en la lucha contra la corrupción, pero a la vez, un manejo desordenado de dichos instrumentos, es decir, no sólo una *ultima* que se convirtió en *prima ratio*, sino una ausencia de razón.

* Docente-Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad de París II, Panthéon-Assas.

El problema de la corrupción en Colombia no es vano: en razón de la corrupción el “Estado deja de percibir cuarenta billones en impuestos”¹, alrededor de 53.200.000.000 reales. Según cifras de la Contraloría general de la República, el grupo empresarial Nule, empresa familiar artífice de uno de los más grandes escándalos de corrupción en el país de los últimos años², relacionado con una cantidad importante de obras de infraestructura contratadas con la empresa familiar³ ha determinado unas pérdidas financieras para el Estado de alrededor de 2.390.000 reales por grandes obras de infraestructura. Pero el problema no solamente es financiero o, de manera más precisa, no se puede medir solamente en términos económicos: la corrupción es una de las principales razones por las que, en Colombia, sigan existiendo vastas zonas del país sin acceso a servicios públicos esenciales, una parte considerable de la niñez sufra de desnutrición e, incluso muera por la falta de alimentos⁴. La corrupción es causa del atraso y determinante de la ineficacia pública⁵. Por esta razón, el análisis de los factores tomados en consideración por el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, tales como la expectativa de vida, el acceso a la escuela y a servicios de salud, haya determinado que Colombia obtenga, en 2014, un 0,711 en el HDI (Human development index) y se encuentre en el lugar 98 del escalafón mundial, en materia de desarrollo humano, mientras que Brasil ocupa el lugar 79⁶ y el país latinoamericano mejor ubicado sea Chile, en el lugar 41.

La corrupción genera desconfianza de la población frente al Estado, desinterés por los asuntos públicos e incluso apatía e indiferencia frente a la corrupción pública por una especie de acostumbramiento al mal permanente. La corrupción es el cáncer que provoca el divorcio

¹ Carmen Maritza González en “Tengo a los mejores investigadores”, *El Espectador*, 8 de octubre del 2013 en <http://www.elspectador.com/noticias/nacional/tengo-los-mejores-investigadores-articulo-439130> consultado el 15 de octubre del 2013.

² En 1992, Colombia padeció una crisis energética debido al fenómeno del niño. Para generar electricidad y, paliar la crisis, el Gobierno contrató la compra de varias barcazas generadoras de energía que, al no ser técnicamente compatibles con el sistema eléctrico nacional, no pudieron ser utilizadas. La compra, realizada sin garantías adecuadas que respondieran por la totalidad del gasto público, tuvo un costo de 12.000.000 de dólares estadounidenses. Cf. Jaime Mejía Mazuera: “Barcazas no fueron bien aseguradas”, en *El Tiempo*, 10 de febrero de 1993, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-39133>

³ Una explicación didáctica del caso conocido como “carrusel de la contratación” puede consultarse en “La caída del imperio de los Nule” en: <http://www.eltiempo.com/Multimedia/infografia/nule/>

⁴ Según un informe realizado por UNICEF y el Instituto colombiano de bienestar familiar, al año mueren en Colombia 5000 niños, por causa de la desnutrición: <http://www.semana.com/nacion/problemas-sociales/articulo/cinco-mil-ninos-mueren-desnutridos-colombia-cada-ano/103513-3> artículo publicado el 27 de mayo de 2009.

⁵ “La gran corrupción ha afectado el acceso al agua, a la tenencia de una vivienda digna, al medio ambiente sano, a la educación, a la salvaguarda de la vida de las personas por parte de las autoridades, a la movilización, al trabajo, etc., y, sobre todo, en Colombia, a la salud, víctima como ninguno de los atropellos y las componendas de los corruptos”. Cf. SILVA GARCÍA, Germán, Introducción: La corrupción a nivel mundial. In: MORELLI RICO, Sandra *et alii* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 20.

⁶ <http://hdr.undp.org/en/data>

entre la sociedad y sus gobernantes⁷; cuando hablamos de “corrupción estamos tratando de la descomposición del propio sistema”⁸.

El problema es global. Colombia suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁹ que propugnó, entre otras medidas, por la creación en la legislación interna del delito de soborno transnacional¹⁰, la Convención interamericana contra la corrupción¹¹, e incluso la ONG Transparencia internacional establece periódicamente un escalafón de corrupción por países conocido como el *Corruption perception index* que, en el 2014, situó a Colombia en el puesto 94, al lado de Egipto, Liberia y Panamá, mientras que Brasil ocupó el lugar 69, puesto compartido con Grecia, Italia, Rumania y Senegal¹². Los países latinoamericanos mejor calificados fueron Chile y Uruguay, en el lugar 21 y el peor calificado fue Venezuela, en el puesto 161, aunque, “En la dictadura no hay propiamente casos de corrupción, sino que ella misma es la corrupción institucionalizada”¹³.

El problema no es reciente. Sin necesidad de acudir a fuentes que mostrarían casos de corrupción en la antigua Grecia o en Roma, el derecho indiano, es decir, el conjunto de normas aplicables a los territorios colonizados por España en América, da cuenta de una serie de requisitos para acceder a los cargos públicos, dentro de las que se destacan la de ser virtuoso y pertenecer a la clase media, con un patrimonio propio suficiente para no tener

⁷ “(...) el Estado enfrenta un cáncer. Es una enfermedad, que está llevando al país hacia la muerte. Es un tumor que está propiciado un divorcio, cada vez mayor, entre los ciudadanos y sus autoridades. Encuestas recientes muestran la sensación inmensa que tienen la mayoría de los colombianos acerca del grado de corrupción que impera en las instituciones públicas. Así mismo, es un hecho, que muy poco se ha hecho realmente para sancionar a quienes se han dedicado a saquear el Estado. Como tuvo la oportunidad de demostrarlo, el Senador Eduardo Pizano, en el mes de octubre de 1992, en ese momento, en las cárceles colombianas, no se encontraba un solo condenado por enriquecimiento ilícito.”, Exposición de motivos de la ley 190 del 6 de junio de 1995 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0> consultado el 20 de octubre de 2012.

⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El poder público no atiende al interés general In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 34.

⁹ Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales de la Organización para la Cooperación y el desarrollo económico (OCDE). 17 dic. 1997 firmada en Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales de la Organización para la Cooperación y el desarrollo económico (OCDE). 17 dic. 1997 París París.

¹⁰ “Cada parte adoptará las medidas necesarias para establecer en su legislación como un delito, para cualquier persona, ofrecer, prometer o dar intencional e ilegalmente cualquier cosa de valor pecuniario u otras ventajas, sea en forma directa o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para otra persona, a fin de conseguir que tal funcionario realice u omite cualquier acto en el cumplimiento de sus deberes oficiales en orden a obtener o conservar un negocio u otras ventajas impropias en el contexto de un negocio internacional”.

¹¹ Firmada en Caracas el 29 de marzo de 1996 y ratificada por los miembros de la OEA.

¹² <https://www.transparency.org/cpi2014/results>

¹³ GALÁN GALÁN, Alfredo. Buena administración e instrumentos jurídicos de la lucha contra la corrupción. La experiencia española. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 36.

tentaciones¹⁴. La historia del derecho indiano demuestra que se vendían los cargos públicos¹⁵ e, incluso, mecanismos contra la corrupción como el juicio de residencia, realizado para controlar al funcionario a la dejación de las funciones, fueron objeto de corrupción¹⁶.

Si el problema es mundial, antiguo y permanente, pareciera que la lucha contra la corrupción debe buscar erradicarla, pero conformarse con su reducción significativa y progresiva. Para alcanzar este objetivo, el orden jurídico, en su conjunto, ofrece mecanismos que se mezclan convenientemente y, este entrelazamiento, determina el éxito de la estrategia. La preeminencia de mecanismos de derecho penal, frente a mecanismos administrativos que propendan por la reducción de la oportunidad para la corrupción y la generación de un ambiente hostil a la corrupción es signo de un sistema arcaico frente al problema. Durkheim clasificaba, en efecto, las sociedades en aquellas de derecho penal, de derecho administrativo y de derecho contractual: “En las sociedades primitivas (...) el derecho es enteramente penal (...)”¹⁷. “La historia muestra, en efecto, que, de una manera regular, el derecho administrativo se encuentra más desarrollado en las sociedades que pertenecen a un tipo más elevado; por el contrario, mientras más nos vamos a los orígenes, éste es más rudimentario”¹⁸. La evolución social, de la mano del derecho, determina no el abandono completo del derecho penal, sino que éste es relegado a ser la última opción frente a los problemas sociales, es decir, la *ultima ratio*. Cuando frente al problema, la primera respuesta es la sanción penal, la regresión hacia el arcaísmo se hace evidente. Este panorama de los instrumentos utilizados en Colombia para la lucha contra la corrupción, en los últimos años, permitirá un análisis crítico del conjunto del esquema jurídico en la materia.

Los instrumentos actuales en la lucha contra la corrupción fueron diseñados en los últimos cinco gobiernos. Un breve recuento lo mostrará, pero en el cuerpo del escrito se desarrollará. Así, durante el Gobierno de César Gaviria Trujillo (1990-1994) se reformó el Código penal, se crearon las oficinas de control interno, se expidió la ley 80 de 1993 – Estatuto de contratación estatal- y se creó la extinción de dominio por corrupción. Durante el Gobierno de Ernesto Samper Pizano (1994-1998), presidente acusado, investigado y exonerado de manera controversial por la financiación de su campaña presidencial con dineros provenientes del narcotráfico, se expidió el primer Estatuto anticorrupción – ley 190 de

¹⁴ Cf. MARILUZ-URQUIJO, José-María. *El agente de la administración pública en Indias*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998. p.125.

¹⁵ PARRY, John H. *The sale of public offices in Spanish indies under the Habsburgs*. Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1953. Un documentado estudio del sistema de venta de cargos puede consultarse en SANZ TAPIA: Ángel, La venta de oficios de hacienda en la Audiencia de Quito (1650-1700). *Revista de Indias*, vol. XIII, núm. 229, 2003, pp. 633-648.

¹⁶ Puede verse: PIETSCHMANN, Herbert. Burocracia y corrupción en la Hispanoamérica colonial: Una aproximación tentativa. *Editorial Nova Americana*. Turín, n. 5, pp. 11-37, año 1982. Y, del mismo autor: Corrupción en las Indias españolas. Revisión de un debate. In: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Manuel (Coord.). *Instituciones y corrupción en la historia*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998. pp. 31-52.

¹⁷ DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Livre premier, versión digital en http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/division_du_travail/division_travail_1.pdf. p. 78.

¹⁸ ibidem, p. 119

1995 “por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”. Bajo el Gobierno de Andrés Pastrana Arango (1998-2002) se crea el Programa presidencial de lucha contra la corrupción, se crea el Sistema de información de la contratación estatal SICE, como sistema de precios de referencia para el apoyo de la Contraloría en su labor de control -Ley 598 de 2000 -. En los Gobiernos de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010), cuyos ministros de Agricultura, del interior y de salud fueron condenados penalmente por actos de corrupción¹⁹, el primero en materia de la entrega irregular de subsidios²⁰ y los dos otros en la compra de los votos para permitir la reelección del Presidente, en un caso en el que se vio al “Estado sobornando al propio Estado”²¹ y en el que el propio Presidente de la República participó²², al dar las instrucciones a los ministros de realizar los ofrecimientos por las que serían posteriormente condenados²³, se ratificó la Convención internacional de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción. Por su parte, en el Gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014 y 2014-2018) se expidió la ley 1474 de 2011, Estatuto anticorrupción y se expidió el Decreto-ley 019 de 2012, antitrámites que, entre otras cosas, suprimió el sistema SICE.

Este rápido panorama permite establecer una clasificación de los instrumentos, a partir del criterio de su preeminencia en el ordenamiento jurídico colombiano: aquellos que pretenden *perseguir (I)* a los corruptos para sancionarlos, los que buscan *revertir (II)* los efectos de la corrupción y aquellos que se dirigen a *prevenir (III)* los actos de corrupción. Aunque parezca lógico, la prevención administrativa no es la *prima ratio* sino la *ultima*, en un esquema donde la venganza institucionalizada prima.

¹⁹ <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/mala-hora-del-gabinete-uribe-articulo-288245>

²⁰ <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/condena-a-andres-felipe-arias-por-agro-ingreso-seguro/14260975>

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia que condenó a los ex ministros Sabas Pretelt y Diego Palacio, y al exsecretario de Casa de Nariño, Alberto Velásquez, por su participación en los cohechos que permitieron la reforma constitucional que abrió paso a la reelección de Álvaro Uribe.

²² La Sentencia de la Corte suprema de justicia precisa que “conforme a lo probado en este asunto, los hechos (...) evidencian que Alberto Velásquez, al igual que los otros dos procesados, hizo suyos los ofrecimientos hechos a Yidis Medina Padilla por el entonces Presidente de la República, en la medida en que le especificó a la congresista los cargos disponibles en el Magdalena Medio (...) comprometiéndose a hablar con los ministros del ramo para concretar los nombramientos correspondientes”.

²³ La misma sentencia explica que “En el análisis de las piezas que constituyen el voluminoso expediente, la Corte Suprema de Justicia determinó cómo, siguiendo instrucciones del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, el exsecretario General de la Presidencia y los exministros de Protección Social y del Interior y de Justicia dispusieron del poder que les conferían sus altos cargos para pagar, con una serie nombramientos, el voto favorable de la exrepresentante Yidis Medina y la ausencia de Teodolindo Avendaño en la votación de aquella madrugada”. Cf. <http://www.semana.com/nacion/articulo/sabas-pretelt-diego-palacio-alberto-velasquez-condenados-por-yidispolitica/424181-3>

2. Perseguir

2.1 La investigación de los actos de corrupción

Perseguir la corrupción para alcanzarla, pero nunca adelantarla. Para esto, es necesaria la investigación adecuada de los comportamientos como medida de instrucción previa a la sanción. El ejercicio del *ius puniendi*, en Colombia, respecto de la corrupción, se comparte en materia penal y en materia disciplinaria, aunque, en realidad, las distintas normas anticorrupción han establecido más instancias de investigación o de denuncia de actos de corrupción. En materia de investigación penal, la fiscalía colombiana dispone de una fiscalía especializada en la persecución de los delitos relacionados con la corrupción. El Estatuto anticorrupción de 1995 dotó a la fiscalía de un instrumento eficaz en la lucha contra este flagelo que consiste en la posibilidad de negociar acuerdos de beneficios²⁴ con los corruptos que delaten a sus determinadores o cómplices y permitan el desmantelamiento de las mafias de corrupción²⁵. Por su parte, el Estatuto anticorrupción de 2011 autorizó la realización de operaciones encubiertas que permitan a un agente público infiltrarse en las organizaciones criminales, actuar como agente encubierto copartícipe del delito, sin que pueda ser sancionado penalmente (Art. 36 de la ley 1474 de 2011).

En materia disciplinaria, el poder de sanción es atribuido a las oficinas de control interno disciplinario, ubicadas en cada entidad pública, pero sin instrumentos orgánicos ni funcionales suficientes para luchar contra la corrupción²⁶. Por esta razón, la Procuraduría general de la Nación dispone de un poder preferente que le permite desplazar a las oficinas de control interno disciplinario de cada entidad pública y el Estatuto anticorrupción de 1995 (ley 190) creó una viceprocuraduría contra la corrupción. Por su parte, aunque la función esencial de las contralorías no sea la de sancionar, si en el ejercicio de su función de control del gasto público encuentran situaciones reprochables, deben comunicar la situación a las autoridades tanto penales, como administrativas (disciplinarias). También, se creó una Unidad administrativa especial – Agencia del inspector general de tributos, rentas y contribuciones parafiscales, en el Ministerio de Hacienda²⁷, para recibir quejas investigar y sancionar actos de corrupción en materia de impuestos. Esta agencia pretende el desmantelamiento de las mafias de corrupción tributaria.

²⁴ En un español jurídico mal hablado por penalistas colombianos, este tipo de beneficios se conoce como “principio de oportunidad”. En realidad el principio de oportunidad no son los beneficios en sí mismos, sino el postulado que inspira y permite dichas negociaciones.

²⁵ “La corrupción es un “matrimonio” entre un corruptor y el corrupto. En tal sentido generalmente no existen testigos, y las dos partes quedan comprometidas ante la ley penal”, Exposición de motivos de la ley 190 del 6 de junio de 1995 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0> consultado el 20 de octubre de 2012.

²⁶ “sus oficinas de control disciplinario interno no tienen la fuerza suficiente para enfrentar un enemigo tan poderoso como la corrupción”: Carmen Maritza González en “Tengo a los mejores investigadores”, *El Espectador*, 8 de octubre del 2013.

²⁷ “Tengo a los mejores investigadores”, *El Espectador*, 8 de octubre del 2013,

Finalmente, los estatutos anticorrupción han situado deberes especiales de denuncia en cabeza de los particulares que ejerzan funciones de contadores o de revisores fiscales. Así, según el estatuto anticorrupción de 1995, los revisores fiscales de los contratistas del Estado deben vigilar que no se realicen pagos a ningún servidor público y que los estados financieros reflejen la realidad de los ingresos y pagos. También se encuentran en la obligación de colaborar con quien realice labores de interventoría o supervisión del contrato²⁸. Por su parte, el estatuto anticorrupción de 2011 adicionó una causal de revocatoria de la tarjeta profesional del contador público que ejerciendo la función de revisor fiscal y conociendo actos de corrupción o debiendo legalmente conocerlos, no los denuncie dentro de los seis meses siguientes. También se excluyeron de la cobertura del secreto profesional los actos de corrupción²⁹. El Estatuto anticorrupción de 2011 prohibió las represalias contra el servidor público que denuncia actos de corrupción y su violación se considera como una falta disciplinaria (art. 43).

2.2 La sanción penal de la corrupción

Las distintas modificaciones introducidas a los dispositivos penales han puesto en evidencia que la sanción penal es el instrumento preferido en Colombia en la lucha contra la corrupción: cada escándalo de corrupción termina convertido en una reforma al Código penal que amplía el ámbito de aplicación de los delitos contra la Administración pública, crea nuevos delitos, aumenta las penas de los existentes o reduce los beneficios para los corruptos. Así, el Estatuto anticorrupción de 1995 introdujo un concepto amplísimo de servidor público, aplicable para los solos efectos penales, que permite incluir a los particulares que administren dineros o recursos públicos provenientes de impuestos, tasas o contribuciones o ejerzan funciones públicas dentro del sujeto activo cualificado “el servidor público que”³⁰. La lucha contra la corrupción se guió en adelante por criterios materiales, no solamente orgánicos³¹. También el Estatuto anticorrupción de 2011 dedica una parte muy importante a asuntos penales. En efecto, restringió la posibilidad de otorgar beneficios y subrogados penales respecto de las personas que hayan sido condenados por delitos relacionados con la

²⁸ Art. 80 de la ley 190 de 1995. El deber de entregar informes a los interventores fue declarado constitucional por la sentencia C-538 de 1997 de la Corte constitucional.

²⁹ Art. 7 de la ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 26 de la ley 43 de 1990 al introducir un numeral 5, con una nueva causal de revocatoria de la tarjeta profesional.

³⁰ Artículo 18º.- Modifícase el artículo 63 del Código Penal así: "Artículo 63º.- Servidores Públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de la Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos, los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política."

³¹ La norma “proporciona un esquema de servidor público mucho más amplio que el de uso común en derecho administrativo”. SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo* - Tomo IV – Contratación indebida. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 70.

corrupción (Art. 13 de la ley 1474). Igualmente amplió el término de prescripción en la mitad para investigar delitos dolosos cometidos por servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas (art. 14). Se crearon tres nuevos delitos relacionados con actos de corrupción, que vinieron completar la lista ya larga: el tráfico de influencias de particular sobre servidor público para obtener algún beneficio económico (art. 28); el delito de acuerdos restrictivos de la competencia en contratación estatal³², delito inspirado de la alteración de la licitación pública por grupos empresariales que se distribuían secretamente la contratación administrativa, como lo conoció el país en el caso del grupo empresarial Nule³³. Igualmente, respecto del escándalo conocido como Agro ingreso seguro que para propiciar el desarrollo agrícola del país, terminó entregando subsidios públicos a latifundistas, una reina de belleza y hasta a un narcotraficante extraditado³⁴ y los dineros no fueron utilizados para desarrollar el agro, la respuesta fue penal, a través de la creación del delito de fraude en subvenciones³⁵. Por último, el Estatuto de 2011 aumenta considerablemente las penas, entre otros, de delitos como el enriquecimiento ilícito del servidor público, el soborno transnacional y el peculado por aplicación oficial diferente o el peculado culposo cuando recaiga sobre recursos de la seguridad social.

2.3 La sanción administrativa de la corrupción

En materia administrativa – disciplinaria – el Estatuto de 2011 significó una ampliación en muchos aspectos: precisó los particulares que pueden ser objeto de sanción disciplinaria, artífices o sujetos de la corrupción (art. 44): el interventor, consultor y asesor en contratación estatal. Estos particulares completaron la lista en la que ya se encontraban los particulares que administran dineros o recursos públicos o ejercen función pública de manera permanente o transitoria. También se amplió la posibilidad de revocar los autos de archivo

³² “El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual (...)”: art. 27 de la ley 1474 de 2011.

³³ “Tras 15 años de trayectoria, los dueños del denominado Grupo Nule conformaron un emporio como para dejar con la boca abierta a cualquiera: más de 35 empresas en los sectores de energía, agua y construcción; llegaron a participar en más de 86 consorcios para las diferentes licitaciones públicas; sus inversiones traspasaron las fronteras, además de varios países de América Latina desarrollaron proyectos en España, y en busca de recursos llegaron a China y Dubái. En su mejor momento facturaron más de 200 millones de dólares al año, y emplearon, directa e indirectamente a través de sus empresas, a unas 15.000 personas. Se convirtieron en las estrellas nacies de la contratación pública del país”: Artículo “La caída del grupo Nule”, *Semana*, 11 de sept. De 2010, <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-del-grupo-nule/121790-3>

³⁴ Uno de los beneficiarios del programa gubernamental fue el narcotraficante extraditado Ismael Pantoja Carrillo, alias el ‘Negro’: <http://www.semana.com/nacion/articulo/agro-escandalo-seguro/108603-3>

³⁵ “Entre los comportamientos que aparentemente no encuadraban totalmente en las figuras tradicionales del código Penal se detectó el obtener indebidamente subvenciones del Estado, comportamiento que apareció de nuevo en el panorama nacional con la aprobación de los subsidios conocidos como de agro ingreso seguro (AIS), de los que fueron beneficiarios familias adineradas del país, los cuales no reunían cabalmente los requisitos para tal beneficio. Esta situación condujo a que, previa aceptación de los cargos, los responsables fueran condenados por delitos de peculado y falsedad en documento, cuando en verdad se trata de un típico fraude a subvenciones”: HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Bogotá, vol. 34, no. 96, p. 31-55, enero-junio 2013.

de procesos disciplinarios y los fallos absolutorios (art. 47-49). El término de caducidad de la acción disciplinaria fue considerablemente aumentado ya que no se tratará de 5 años contados desde la comisión de la falta hasta la adopción de la decisión de primera instancia, sino de 5 años para abrir la investigación disciplinaria. El término de la investigación disciplinaria fue ampliado de 6 a 12 meses. Se previeron nuevas faltas disciplinarias gravísimas aplicables a los interventores del contrato estatal tales como no exigir la calidad de bienes y de servicios, certificar como recibida a satisfacción una obra que en realidad no ha sido bien ejecutada y no informar sobre hechos de corrupción que puedan generar incumplimiento del objeto contractual.

El panorama sancionatorio podría dar la apariencia de un sistema en el que la amenaza de las sanciones, con su creciente violencia y su efecto disuasivo – atemorizador -, son suficientes para erradicar o, al menos, controlar la corrupción. No obstante esta lógica, la realidad demuestra que los aparatos penales se encuentran necesariamente un paso atrás del ingenio corrupto y la historia de la tipificación pone en evidencia que el corrupto siempre es más ingenioso que el legislador, incluso cuando, como ocurre con frecuencia, corrupto y legislador son la misma persona. Por esta razón, frente al fenómeno de la corrupción, la segunda estrategia utilizada en Colombia es la que busca retrotraer los efectos de la corrupción.

3. Revertir

La sanción no revierte los efectos de la corrupción; sólo sacia las ansias de venganza privada y pretende educar a través del miedo. La resocialización y la protección del delincuente, en Colombia, son sofismas. No todos los efectos de la corrupción pueden ser retrotraídos: ni el daño a la imagen de las entidades públicas, ni la desconfianza de la población en las instituciones, ni la ineficacia e ineficiencia administrativas ya consolidadas. Por esta razón, la lucha contra la corrupción en Colombia busca revertir solamente los efectos patrimoniales de la misma³⁶, lo que pone en evidencia el carácter limitado, aunque necesario de estos mecanismos.

3.1 Parte civil y extinción de dominio

En primer lugar, el Estatuto anticorrupción de 1995 (ley 190) dispuso la obligación de constituir la parte civil del proceso penal en todos los procesos por delitos contra la Administración pública³⁷, sin que este instrumento sea incompatible con la atribución de

³⁶ La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción tiene un capítulo V dedicado a la recuperación de activos.

³⁷ Para que sirva la sanción penal contra la corrupción es necesario que “esa condena y su ejecución incluyan la neutralización del beneficio económico, de manera que la norma penal, además de la función de prevención especial que se concentra en el reo, cumpla su función, más importante si cabe, de prevención general”. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El poder público no atiende al interés general In: MORELLI RICO, Sandra *et alii* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 31.

responsabilidad fiscal por parte de la contraloría³⁸. También, en 1996 se creó la figura de la extinción de dominio de bienes producto de actividades ilícitas. Este instrumento ha sido regulado sucesivamente por la ley 333 de 1996, la ley 793 de 2002 y, actualmente, por la ley 1708 de 2014, “Código de la extinción de dominio” que la define como “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado”: art. 15. Aunque la extinción de dominio tiene una vocación amplia, ha sido utilizada con muy poco éxito y de manera limitada principalmente respecto de bienes obtenidos fruto del narcotráfico. En la persecución de los bienes fruto de la corrupción, el balance es decepcionante³⁹, aunque se trate de un instrumento interesante en la lucha contra la corrupción, en la medida en que el interés principal de los corruptos es el dinero y, en cierta medida, prefieren estar algunos años en prisión, siempre y cuando puedan, con posterioridad, gozar libremente de los frutos de su ilícito⁴⁰. Las sucesivas reformas han buscado hacer eficaz el procedimiento que, en promedio, ha tenido una duración de más de 10 años y, en una proporción importante, ha terminado sin sentencia de extinción por la habilidad de los abogados. El otro problema que aqueja la figura es la del manejo de los bienes fruto de la extinción del derecho de propiedad, ya que la entidad encargada de dicha administración se convirtió en un foco de corrupción en el país, a tal punto que varios de sus exfuncionarios enfrentan procesos penales⁴¹ y la entidad fue suprimida finalmente por el Decreto 3183 del 2 de septiembre de 2011 “Por el cual se suprime la Dirección Nacional de Estupefacientes, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones.”

3.2 La responsabilidad fiscal

Otro instrumento para revertir los efectos patrimoniales de la corrupción es la figura de la responsabilidad fiscal⁴² a cargo de las contralorías, autoridades administrativas inde-

³⁸ “La atribución de la Contraloría General de la República contenida en el artículo 268-5 de la C.P., no trasciende el campo de la responsabilidad fiscal y se ejercita sin perjuicio de la acción penal correspondiente que, incluso, ése órgano puede promover ante las autoridades competentes (C.P. art. 268-8)”: Corte constitucional, sentencia C-038-96.

³⁹ “De acuerdo con una información solicitada por la Secretaría de Transparencia a la Fiscalía General de la Nación, durante los últimos 11 años en 594 procesos de extinción del derecho de dominio, derivados de casos de corrupción, fue decretada la inhabilitación en 338 de ellos, lo que significa que en el 57 por ciento de tales procesos no se encontró méritos para investigar”. 12 de abril de 2013 en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Abril/Paginas/20130412_03.aspx

⁴⁰ “La Extinción de Dominio es una herramienta muy fuerte de lucha contra el narcotráfico, pero ahora debe convertirse en una herramienta de la lucha contra la corrupción. Los delincuentes dedicados a ese tema obtienen grandes sumas de dinero, y a veces poco les importa estar en la cárcel uno, dos, tres años o un período corto si salen ricos. Entonces ahí la extinción de dominio debe ser aplicada con más fuerza y decisión en la lucha contra la corrupción”. Carlos Medellín Becerra, entrevista “Extinción de dominio deber ser la nueva herramienta contra corruptos”, *El Nuevo Siglo*, 18 de marzo de 2012, <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/3-2012-extinción-de-dominio-deber-ser-la-nueva-herramienta-contra-corruptos-medell%C3%ADn.html>

⁴¹ <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/imputacion-11-personas-caso-dne-articulo-302753>

⁴² La responsabilidad fiscal está regulada en la ley 610 del 2000.

pendientes de control. Estas entidades realizan el control del gasto público y del manejo de los recursos públicos, ambiente natural de la corrupción. Para declarar las responsabilidades fiscales y ordenar el reembolso, las contralorías llevan a cabo juicios de responsabilidad fiscal que terminan con condenas si se comprueba, a más del detrimento patrimonial, la actuación con dolo o culpa grave por parte del gestor fiscal. En la pro de la lucha eficaz contra la corrupción, el Estatuto anticorrupción de 2011 previó unas situaciones en las que el dolo o la culpa grave del gestor fiscal se encuentran presumidos y, por lo tanto, se invierte la carga de la prueba hacia el investigado. Se trata de circunstancias de mala gestión administrativa, por ejemplo: elaborar pliegos de condiciones vagos o imprecisos, cuya interpretación o aplicación diera lugar a detrimento patrimonial; el incumplimiento de las obligaciones de interventoría, como no visitar las obras; el reconocimiento de salarios y prestaciones violando normas laborales de función pública, entre otras. Para garantizar el pago efectivo de la condena en responsabilidad fiscal, el Estatuto de 2011 dispuso una solidaridad legal entre el ordenador del gasto y el contratista y todos aquellos que participaron en la afectación del patrimonio público (art. 119, declarado constitucional por la sentencia C-388-14). Con el fin de generar eficiencia en el proceso de responsabilidad fiscal, el Estatuto creó un proceso verbal. Además, se creó un Grupo especial de reacción inmediata y de investigaciones especiales revestidos de poderes de policía judicial.

3.3 La acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición

La misma Constitución colombiana de 1991, en su artículo 90, prevé otro mecanismo para proteger el patrimonio público, en este caso, no de la mala gestión fiscal, sino de las condenas al Estado que resulten del dolo o de la culpa grave de sus agentes, formas naturales de la corrupción. La acción de repetición y el llamamiento en garantía se encuentran regulados en la ley 678 de 2001. La obligación de buscar el reembolso de lo pagado por la condena, conciliación o reconocimiento indemnizatorio recae sobre el jefe de la entidad obligada a pagar. El Estatuto anticorrupción de 2011 previó que de no iniciarse la acción de repetición por parte de la entidad condenada, la ejercerá el Ministerio de justicia y del Derecho a través de su Dirección de defensa judicial (art. 6).

Si los corruptos son privados de los frutos de la corrupción, a más de proteger el patrimonio público, la corrupción se desestimula. Sin embargo la extinción de dominio por actos de corrupción muestra resultados de éxito bastante bajos, no sólo por las prácticas dilatorias de los investigados, sino también por la corrupción misma de los órganos encargados de administrar los bienes retirados, mientras que la acción de repetición y la responsabilidad fiscal enfrentan un grave problema de eficacia por la insolvencia provocada de los corruptos, que impide ejecutar las decisiones de reembolso. Los paraísos fiscales, como lo es Panamá⁴³, son los principales obstáculos para la recuperación de los dineros públicos

⁴³ Los paraísos fiscales no han celebrado o cumplido las obligaciones de la Convención Multilateral de Asistencia Mutua en Materia Tributaria. Luego del fracaso de negociación directa con el Gobierno de Panamá para compartir

afectados por la corrupción ya que, al no compartir información financiera con Colombia, en nombre del secreto bancario, protegen las arcas de los corruptos. Frente a la impunidad de la persecución y la ineficacia de la reversión⁴⁴, a pesar de ser instrumentos preferidos en Colombia, es necesario utilizar instrumentos de prevención.

4. Prevenir

Es posible que los instrumentos para prevenir actos de corrupción no logren erradicarla por completo⁴⁵, pero pueden disminuirla progresivamente, transformar la regla en excepción, generar asombro en la sociedad, tristemente acostumbrada a la corrupción. Para hacer más difícil el desarrollo de la corrupción, el derecho administrativo utiliza el acceso a la función y el procedimiento administrativo. También se acude a la formulación de políticas públicas anticorrupción.

4.1 El acceso a la función y al contrato

El acceso a la función o al contrato es el primer elemento para prevenir la corrupción. La escogencia de los funcionarios públicos o de sus contratistas, si bien no apunta a la selección de ángeles exentos de tentaciones, sí busca dos objetivos: la escogencia de personas con un perfil adecuado para el ejercicio del cargo y la exclusión misma de la corrupción en la selección de agentes del Estado y de los contratistas. En cuanto a la escogencia de funcionarios, el primer elemento es la identificación de su habilidad legal para ejercer la función. La determinación de inhabilidades para ejercer cargos públicos se remonta al derecho indiano donde existió una prohibición de nombrar parientes en el cuarto grado de relación con un funcionario, criados o allegados de éste o deudores de la Real Hacienda⁴⁶. En la legislación colombiana actual, el Estatuto anticorrupción de 1995 previó la obligación de todo aspirante a un empleo público o a contratista del Estado de prestación de servicios de hacer una declaración de no estar incurso en situación alguna de inhabilidad o incompatibilidad (art. 1). Para evitar que la utilización de sociedades comerciales permita la disimulación de las inhabilida-

información financiera, Colombia declaró como paraísos fiscales a Barbados, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Qatar y Panamá, mediante el Decreto 1.966 del 7 de octubre de 2014. Por la presión del Gobierno de Panamá y, en busca de negociación, su inclusión en la lista de paraísos fiscales fue suspendida por Colombia, pero si no se llega a un acuerdo, se reactivará. Cf. <http://www.portafolio.co/economia/panama-paraíso-fiscal-colombia>

⁴⁴ “este estatuto de responsabilidad fiscal tiene serios desajustes institucionales y jurídico- procesales, que exigen a las contralorías un profundo esfuerzo de cambio, dentro del marco de una nueva herramienta legal, si se quieren alcanzar los objetivos constitucionales asignados con los propósitos resarcitorios desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, y de la lucha contra la corrupción, como componente implícito de los mismos”. Cf. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Teoría de la responsabilidad fiscal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 95.

⁴⁵ “sino que exista en un grado que no genere disfunciones sensibles al sistema”. Cf. GALÁN GALÁN, Alfredo. Buena administración e instrumentos jurídicos de la lucha contra la corrupción. La experiencia española. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 38.

⁴⁶ Cf. MARILUZ-URQUIJO, José-María. *El agente de la administración pública en Indias*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998. p.125.

des, para eludirlas, el Estatuto de 1995 autoriza a realizar el levantamiento del velo societario, medida que permite identificar los socios de la persona jurídica. En materia de inhabilidades, el Estatuto de 1995 crea una inhabilidad para contratar con el Estado o ejercer funciones públicas para aquellas personas condenadas por delitos contra el patrimonio público, transitoria y con posibilidad de rehabilitación. Sin embargo, el art. 4 del Acto legislativo de 2009 que reformó el artículo 122 de la Constitución, convirtió esta inhabilidad en definitiva, de por vida, es decir, sin posibilidad de rehabilitación⁴⁷. Fue necesaria una reforma constitucional para evitar la censura por contrariar la dignidad humana. El Estatuto anticorrupción de 2011 creó una inhabilidad especial para contratar con el Estado respecto de quienes incurran en actos de corrupción y dispuso que “(...) Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas” (art. 1). Teniendo en cuenta la corrupción en la financiación de las campañas políticas y en las retribuciones a través de contratos administrativos, el Estatuto de 2011 creó una inhabilidad para contratar con la administración del nivel respectivo, respecto de quienes han financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, las Gobernaciones o las Alcaldías, con aportes superiores al 2,5 del tope máximo permitido para la financiación. Esta inhabilidad rige durante todo el período del Presidente, del Gobernador o del Alcalde cuya campaña ha sido financiada por el inhabilitado (art. 2). La medida busca evitar la captura de las entidades públicas por parte de los capitales privados. También, para combatir la llamada puerta giratoria que, como germen de corrupción, permite que los servidores públicos, al terminar su función pública, trabajen para empresas privadas con el objeto de gestionar sus intereses ante las entidades en las que trabajaban, el Estatuto de 2011 incluye una prohibición especial para prestar servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que ejerció, hasta por el término de 2 años después de haber cesado en el cargo⁴⁸ o respecto de empresas que fueron objeto de inspección, vigilancia o regulación por la entidad en la que ejerció sus funciones o, de manera definitiva, respecto de asuntos que conoció directamente en su calidad de servidor público (art. 3). Dicha prohibición fue acusada de inconstitucionalidad por afectar el derecho fundamental al trabajo, pero fue declarada constitucional por la sentencia C-257-13 al considerarla una limitación justificada por fines constitucionales y proporcionada. En el mismo sentido, el Estatuto de 2011 previó una inhabilidad para que los ex empleados públicos del nivel directivo contraten con la entidad en la cual prestaron sus servicios u otras del mismo

⁴⁷ “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

⁴⁸ El art. 35 de la ley 734 de 2002, Código disciplinario único, ya incluía dicha prohibición pero el término era de 1 año, declarada constitucional por la sentencia C-893-03.

nivel administrativo, durante los dos años siguientes a la cesación de sus funciones (art. 2). Esta inhabilidad pretende excluir la contratación a través de las influencias que permanecen aún después de haber dejado el cargo. Para evitar la neutralización de la interventoría de los contratos estatales porque los interventores, en el fondo, son los mismos contratistas, como ocurrió en el caso del grupo empresarial Nule⁴⁹, el Estatuto de 2011 previó una inhabilidad para celebrar contrato de interventoría para la persona, familiar o grupo que haya celebrado contrato de obra pública, concesión o suministro de medicamentos o alimentos y durante todo el plazo de ejecución y liquidación del contrato (art. 5). Por último, el mismo Estatuto de 2011, en su art. 90, creó una inhabilidad de 3 años para contratar respecto de los contratistas que ejecutan de manera defectuosa sus obligaciones, pero son suficientemente prudentes para no configurar un incumplimiento grave que dé lugar a la caducidad del contrato, con la inhabilidad de 5 años que trae aparejada. Se trata de la inhabilidad por el incumplimiento reiterado de contratos, lo que se mide por la imposición de 5 multas durante la vigencia fiscal, 2 declaratorias administrativas de incumplimiento o 2 multas y una declaratoria de incumplimiento.

A pesar de que, en Colombia, la carrera administrativa sea el sistema general de administración del personal, (art. 125 de la Constitución), sistema de acceso, ascenso y permanencia en el cargo por razones de mérito⁵⁰, la realidad administrativa muestra que, en muchos casos, la obligación constitucional se burla por la no realización de los respectivos concursos para proveer los empleos. Tal fue el caso de la Procuraduría general de la Nación, cuyo jefe, el procurador general de la Nación, fue reelegido para un nuevo período en circunstancias con graves visos de corrupción, por el hecho de que varios de los congresistas que votaron en su favor, tenían cuotas burocráticas en la Procuraduría, en cargos cuya designación y continuidad dependían de la reelección del Procurador⁵¹. El Procurador se resistía a realizar concursos para proveer cargos en la Procuraduría y pretendía continuar nombrando libremente a funcionarios, hasta que, a través de una tutela, la Corte constitucional lo obligó a la realización de los concursos⁵². Frente a esta orden, el encargado de luchar contra la corrupción decidió instaurar un recurso de nulidad contra dicha sentencia, recurso que fue desestimado. Este ejemplo muestra que existe aún un campo importante para trabajar en la prevención de la corrupción y consiste en la regulación de los contratos de prestación de servicios profesionales, para que dicho instrumento necesario, no siga siendo una burla a la norma constitucional y genere nóminas paralelas en las entidades públicas. El sistema de

⁴⁹ http://portal.canalrcn.com/noticias/los_nule_hac%C3%AD_la_obras_y_ten%C3%AD_la_interventor%C3%AD_de_la_mismas

⁵⁰ El sistema permite la "diferenciación entre política y Administración y la búsqueda constante de evitar a toda costa subjetividad en la provisión del grueso de puestos de trabajo dentro de la Administración". Cf. RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 508.

⁵¹ <http://www.semana.com/nacion/articulo/alejandro-ordonez-reeleccion-controvertida/268711-3>

⁵² Corte constitucional, sentencia T-147-13.

formación de funcionarios públicos en entidades públicas de calidad⁵³ y la selección a través de estas entidades, parece ser una opción en la discusión.

Por último, en lo que concierne al manejo de personal, el Estatuto de 1995 creó la obligación para los funcionarios al momento de ingresar al servicio y al momento de dejar el cargo, de realizar una declaración juramentada de su patrimonio (art. 13-16). Ya en época colonial se puso en funcionamiento un procedimiento llamado Juicio de residencia que se realizaba al funcionario al momento de terminar sus funciones. Sin embargo, la historia demuestra que incluso los residenciadores negociaban la absolución del funcionario residenciado⁵⁴.

4.2 El procedimiento administrativo anticorrupción

El procedimiento administrativo es un instrumento que, según su configuración, puede convertirse en un instrumento eficaz en la prevención de la corrupción. El primer elemento es la simplicidad de los trámites. La complejidad y demora de los trámites administrativos son el paraíso de los tramitadores y de los sobornos a funcionarios para agilizar o simplificar el procedimiento⁵⁵. Es por eso que tanto el Estatuto de 1995, como el decreto 019 de 2012 y la Ley anti trámites (962 de 2005) suprimieron considerablemente los trámites considerados inútiles o excesivos y simplificaron procedimientos. El decreto de 2012 prohibió la exigencia de declaraciones extrajuicio, autenticaciones y declaraciones de supervivencia, en desarrollo de la presunción constitucional de Buena fe (art. 83 de la Const.). También prohibió solicitar documentos que reposan en la misma entidad, exigir la prueba de pagos realizados con anterioridad ante la misma administración para poder realizar trámites administrativos, rechazar solicitudes contenidas en formularios por errores de citas, de ortografía, de mecanografía, aritméticos o similares, exigir la representación de un abogado para la actuación administrativa y solicitar certificaciones de indicadores económicos para adelantar procesos o actuaciones ante las autoridades. Bajo la misma lógica, la ley de 2005 dispuso que todo requisito, para que sea exigible al administrado, deberá encontrarse inscrito en el Sistema Único de Información de Trámites, SUIT, que opera a través del Portal del Estado Colombiano, PEC, www.gobiernoenlinea.gov.co. De esta manera se hace más simple, objetivo y público el procedimiento administrativo y se reduce la necesidad de corrupción. Con el mismo objetivo, la informatización del procedimiento administrativo, al excluir la decisión individual, reduce también las oportunidades para la corrupción.

⁵³ La ESAP (Escuela superior de administración pública) también se ha visto envuelta en escándalos de corrupción, sin contar las controversias relativas a la calidad de la educación que ofrece. Cf. <http://www.lanacion.com.co/index.php/noticias-regional/neiva/item/220918-la-esap-desorganizacion-y-derroche-de-dinero>

⁵⁴ HERZOG, Tamar. *Ritos de control, prácticas de negociación: pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)*. Madrid: Fundación Histórica Tavera, 2000.

⁵⁵ "Los colombianos nos hemos acostumbrado a "comprar" tiempo. Pagar a alguien, para que nos tramite algo más rápidamente, o para que se "salte la cola".", Exposición de motivos de la ley 190 del 6 de junio de 1995 en <http://www.alcaldiaibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0> consultado el 20 de octubre de 2012.

La opacidad y el desorden administrativo son el contexto ideal para la corrupción, la permiten y dificultan su puesta en evidencia, denuncia y persecución. Por esta razón, los corruptos desorganizan los procedimientos administrativos para que no pueda existir control sobre la toma de decisiones. En esta medida, la transparencia es el principal instrumento administrativo anticorrupción⁵⁶: “la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”⁵⁷. Bajo esta lógica, el Estatuto de 1995 previó sanciones disciplinarias para los servidores públicos que obstruyan la labor de los medios de comunicación o nieguen u obstruyan el acceso ciudadano a la información pública (art. 79). Además, ordenó la creación, en todas las entidades públicas del país, de oficinas de atención de peticiones, quejas y reclamos de los ciudadanos. Por su parte, el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo reguló, de manera amplia, el derecho de petición con fines de acceso a información y dicha regulación se encuentra hoy en día en la ley estatutaria de acceso a los documentos e información pública (ley 1712 de 2014) y en la ley estatutaria del derecho de petición (ley 1755 de 2015). Se trata de normas que establecen términos, obligaciones y procedimientos para controvertir las decisiones de negativa de acceso a la información que solamente puede tener por razón válida la reserva legislativa expresa.

En pro de la transparencia, el Estatuto de contratación estatal, ley 80 de 1993 y las normas complementarias, previeron mecanismos abiertos para la selección del contratista, como es el caso de la licitación pública y dispuso obligaciones como la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones para la licitación, de los pliegos y de los contratos⁵⁸. El Estatuto de 2011 incluyó mecanismos de transparencia, incluso para la contratación sin licitación en mínima cuantía, (Art. 94): publicación de una invitación a ofrecer y un término reducido para recibir las ofertas.

La transparencia administrativa desarrolla un principio más general y opuesto a la corrupción que es la democracia⁵⁹. Por esta razón, el art. 32 del Estatuto de 2011 determina que todas las entidades públicas tienen la obligación de desarrollar sus funciones de acuerdo con los principios de democracia participativa, para lo cual, deben convocar a audiencias

⁵⁶ Por esta razón resulta irónico que el Estatuto anticorrupción de 1995 sometiera a reserva los procesos disciplinarios, con otro tipo de argumentos: “Con el fin de evitar publicidad mal intencionada, que en nada ayuda a darle credibilidad al sistema judicial o disciplinario colombiano, se establece la reserva sobre los llamados pliegos o autos de cargos y se obliga a publicitar los fallos. En la actualidad, en la práctica se está condenando a la gente, sin que ésta siquiera haya tenido la oportunidad de ser escuchada en el proceso”: Exposición de motivos de la ley 190 del 6 de junio de 1995 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0>. Esta norma quedó finalmente consagrada en el art. 33 de la ley 190 de 1995 que sólo excluyó de la reserva, el fallo disciplinario.

⁵⁷ Louis Brandeis, juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, citado en GUICHOT, Emilio. El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. In: GUICHOT, Emilio (Coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014. p. 17.

⁵⁸ Art. 19 decreto 1510 de 2013. Cf. Circular Externa N° 1 de 21 de junio de 2013

⁵⁹ “La corrupción nos preocupa porque amenaza la esencia misma de la democracia y la base de nuestra organización social”. Cf. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El poder público no atiende al interés general In: MORELLI RICO, Sandra et alii (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 27.

públicas, propiciar la participación ciudadana, fomentar las asociaciones de usuarios y ciudadanos y de control social de la actividad pública. Por último, obliga a la rendición periódica de cuentas ante la ciudadanía⁶⁰.

Habiendo aprendido de las tristes experiencias de corrupción, como el caso del grupo Nule, el Estatuto de 2011, mejoró los procedimientos administrativos para prevenir la corrupción: en primer lugar prohibió la expedición de adendas o modificaciones al pliego de condiciones para la licitación dentro de los tres días anteriores al cierre previsto de la misma (art. 89). En segundo lugar, el Estatuto dispuso que el manejo de los dineros del anticipo para el contratista no sería libre por parte del particular, sino que deberá constituirse una fiducia pública que, como patrimonio autónomo, garantice la correcta inversión de los dineros públicos (art. 91). En tercer lugar, creó la figura de la supervisión del contrato que necesariamente debe ser desarrollada por un funcionario de la planta de la entidad contratante (art. 82), esto con el fin de corregir la situación en la que bastaba con la celebración de un contrato para la interventoría del contrato de obra, de cesión o de suministro, pero no existía algún funcionario encargado de la verificación de la ejecución del contrato y dicha función se descargaba en el tercero interventor⁶¹.

El sistema administrativo de precios de referencia para la contratación estatal SICE (sistema de información de la contratación estatal), creado por la ley 598 de 2000, fue un intento loable, aunque fracasado de un procedimiento administrativo para precaver actos de corrupción. Se trató de una base de datos que buscaba apoyar a la Contraloría en su labor de control a través de la tabulación de los precios promedios de los bienes y servicios que podría contratar la Administración pública, por medio del Catálogo Único de Bienes y Servicios (Cubs) y del Registro Único de Precios de Referencia (Rupr). Administado por particulares, la inscripción de proveedores en el sistema y en sus catálogos de precios no era gratuita, lo que determinó que no fuera interesante para los proveedores de bienes y servicios inscribir sus precios y, por lo tanto, el sistema fue progresivamente quedando desactualizado e inservible. La ONG transparencia por Colombia concluye que este sistema murió de muerte natural⁶². La puesta en marcha del sistema tuvo un costo de 42 millones de dólares, de los que, 23 millones resultaron de un préstamo contratado con el Banco Interamericano de Desarrollo.

⁶⁰ La política nacional de rendición de cuentas se encuentra formulada en el documento CONPES 3654 de 2010.

⁶¹ “Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado (...)”: art. 82 de la ley 1474 de 2011.

⁶² “Algunos dicen que el Sice duró hasta que su capacidad instalada llegó a su tope, porque el sistema colapsó al no poder suministrar la información actualizada. De acuerdo con Marcela Restrepo, directora de asuntos públicos de Transparencia por Colombia, quien fungió como usuaria especial del sistema, el Sice “nunca logró consolidar el Cubs, porque éste era un catálogo muy ambicioso donde para cada producto existía una clasificación, un código de acuerdo a la características del mismo. Era un universo muy amplio. A esto se le agrega que el sistema dejó de ser importante para la Contraloría General y se notaba que no existía dentro del órgano de control un liderazgo frente al tema. El Sice murió de muerte natural” », « Descalabro del SICE), *El espectador*, 17 de marzo de 2012, en <http://www.elspectador.com/impreso/negocios/articulo-332911-descalabro-del-sice> consultado el 22 de oct. 2012.

El procedimiento administrativo también puede prever instrumentos para combatir la corrupción ya generada. Este es el caso de la revocatoria del nombramiento o la terminación del contrato que el Estatuto de 1995 reguló (art 5) cuando el nombramiento o la celebración del contrato no haya respetado los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato. El art. 37 de la ley 433 de 1998 reguló la revocatoria del nombramiento cuando no se acrediten los requisitos para el empleo por haber aportado documentación falsa. En este caso, previo proceso penal o disciplinario, el funcionario será inhabilitado para ejercer funciones públicas por el término de 3 años⁶³. El art. 6 del Estatuto de 1995 previó la revocatoria del nombramiento cuando sobrevenga una situación de inhabilidad y no sea corregida o superada en el término de 3 meses.

La configuración de procedimientos adecuados, objetivos, transparentes, que permitan la participación ciudadana no es suficiente para prevenir actos de corrupción. El auto control o los procedimientos de control administrativo son necesarios para el mismo fin. Tal es el caso del control interno de gestión que, si bien su objetivo central no es la prevención de la corrupción, sino la eficacia administrativa, a través del acompañamiento de la ejecución de los planes, programas y proyectos, accesoriamente identifica nichos de corrupción, en tanto que son factores que obstaculizan la consecución de los fines de la entidad, es decir, ineficacia administrativa. El sistema de control interno de calidad, inspirado de la auditoría contable, fue creado por la ley 87 de 1993, para reemplazar el control previo y general respecto del gasto público, ejercido por las contralorías antes de la Constitución de 1991⁶⁴. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1826 de 1994, modificado por el 1547 de 2001. El control interno de gestión es el que propende por la realización de los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución; eficiencia, eficacia, moralidad, economía, celeridad, etcétera. Este instrumento afrontaba el problema de neutralización ya que los jefes de las oficinas de control interno de calidad eran nombrados discrecionalmente por el jefe de cada entidad pública, lo que determinaba su ausencia de autonomía para poner en evidencia los incumplimientos, factores de ineficiencia o ineficacia y los actos de corrupción⁶⁵. Por esta razón, el Estatuto de 2011 dispuso que los jefes de las oficinas de control

⁶³ Esta interpretación del procedimiento para la imposición de la inhabilidad, resultó de la constitucionalidad condicionada establecida por la Corte constitucional en la Sentencia C-631-96.

⁶⁴ La exposición de motivos de la ley 87 de 1993 explica: "Entre los principios rectores que deben regir la administración pública y que fueron estudiados por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente se propuso la eliminación del control previo por parte de la Contraloría General de la República y a su cambio, establecer un control interno ejercido por las mismas entidades (...) Al exigirse la presencia de sistemas de control interno, se dota a la Administración Pública de elementos para la evaluación y retroalimentación de su gestión fiscal, se fortalece el principio de responsabilidad en cabeza de administradores y se previene la posible co-administración por parte de los control, facilitando a los distintos órganos del Estado decidir sobre la conveniencia y oportunidad de todos los actos inherentes al ejercicio del poder. Como resultado se logra una administración responsable y comprometida en la prevención del fraude, malgasto y abuso, enfocada a buscar la eficiencia y eficacia de su gestión desligándola de una función de control externo universal y redundante, permitiendo la independencia suficiente que deberá acudir a los organismos de control para el examen posterior que les compete, a la luz de la nueva Constitución Política".

⁶⁵ Para luchar contra la corrupción es necesario el fortalecimiento de los órganos internos de control en cuanto al "robustecimiento de su independencia". Cf. GALÁN GALÁN, Alfredo. Buena administración e instrumentos jurídicos

interno de calidad serían nombrados, en el nivel nacional, por el Presidente de la República y, en el nivel territorial, por la máxima autoridad administrativa de dicho nivel, entiéndase, el Gobernador o el Alcalde (art. 8 y 9). El Estatuto reforzó la obligación de rendir informes, de denunciar los posibles actos de corrupción, de publicar un informe cada 4 meses del estado de la entidad y de rendir un reporte al director del Departamento administrativo de la Presidencia de la República y a los organismos de control.

El derecho administrativo dispone de instrumentos para prevenir la corrupción, como quedó evidenciado, tanto en lo que concierne el acceso a las funciones y a los contratos, como en la configuración de un procedimiento administrativo simple, transparente y que realice los principios de la función administrativa. Ahora bien, la prevención de la corrupción no debe primar sobre la búsqueda de la eficacia administrativa, ya que no se trata de fines incompatibles. La experiencia colombiana demostró los fatales efectos de buscar erradicar la corrupción, aún al altísimo precio de la ineficacia. Se trata del Estatuto de contratación de 1983, decreto-ley 222, que configuró un procedimiento rígido para seleccionar contratistas, confuso y difícil por la exigencia de demasiados controles previos que se mostraron redundantes y no contribuyeron en nada a combatir la corrupción. La presunción de mala fe con la que fue diseñado este estatuto determinó la ausencia plena de discrecionalidad administrativa. Como resultado de su aplicación, las entidades públicas debían reunir tantos y tan difíciles requisitos y sobrepasar tantos controles, que no podían contratar y varias entidades públicas fueron llevadas a la parálisis o, al menos a sobrecostos⁶⁶. Es justamente por estas razones que la ley 80 de 1993, Estatuto actual, configuró procedimientos menos detallados, suprimió requisitos y controles, con miras a la eficacia de la contratación y, en su lugar, estableció una normatividad de principios que guían los procedimientos administrativos de selección del contratista: selección objetiva, igualdad, economía, etcétera. Pero el problema no es únicamente de normas o procedimientos. Una parte importante de la prevención de la corrupción política.

4.3 La política pública anticorrupción:

En la lógica invertida de los instrumentos colombianos en la lucha contra la corrupción, el último es la formulación de políticas públicas para la prevención de la misma. La asimilación corriente que existe en Colombia entre la política con la corrupción misma y el curso sin efectos, ha determinado que frente a escándalos graves de corrupción, la población

de la lucha contra la corrupción. La experiencia española. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 44.

⁶⁶ "En la práctica, el tiempo para cumplir con estos requisitos, que eran llamados de legalización y de perfeccionamiento, podía ser superior al de la fecha de ejecución del contrato, con un agravante de carácter presupuestario, ya que cuando se comenzaba a ejecutar el objeto contractual había que hacer modificaciones en el precio, por aumento de costos, lo que llevaba indefectiblemente a la celebración de contratos adicionales y prórrogas presupuestales, mecanismos que encarecían el objeto contractual". Cf. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración pública en Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 177.

exija penas altas de prisión y nunca opte por la formulación de nuevas políticas públicas. Es por esto que, aunque en los distintos estatutos anticorrupción se hayan previsto instancias para la formulación de dichas políticas, dichos instrumentos hayan sido residuales. Tal es el caso de la Comisión nacional para la moralización (art. 62 del Estatuto de 2011), conformada por una lista amplia de funcionarios públicos⁶⁷ y cuyo conjunto de funciones definen una política pública⁶⁸. También se establecen comisiones regionales de moralización, con las mismas funciones. Igualmente existe una Comisión nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción de conformación también plural⁶⁹ y con funciones también de diseño de políticas públicas⁷⁰. Se suma a este entramado institucional, un Programa presidencial de lucha contra la corrupción, con presupuesto propio para el diseño e implementación de políticas anticorrupción y la coordinación de la lucha internacional contra la corrupción. Por último, el Estatuto de 2011, dispuso la obligación de todas las entidades públicas, de todos los niveles, de crear anualmente, una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano (art. 73), donde se establezca con dicha periodicidad, el mapa de riesgos de corrupción de la entidad en cuestión⁷¹ y las estrategias para evitarla y combatirla.

Ahora bien, la mejor política es la educación. Por esta razón, el Estatuto de 2011 dispuso que los colegios deben incluir estrategias de formación en convivencia pacífica, participación democrática, cultura de la legalidad y del cuidado de lo público. Igualmente, la educación a través de los medios de comunicación fue tomada en consideración a partir de la obligación de divulgación de campañas institucionales contra la corrupción en los medios públicos de comunicación (art. 80).

5. Conclusión

Colombia negocia actualmente un acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC. Frente a la posibilidad de la conclusión de los acuerdos, para muchos colombianos la prioridad no

⁶⁷ Presidente de la República, Ministro del Interior y Justicia, Procurador General de La Nación, Contralor General de la República, Auditor General de la República, Presidentes del Senado y Cámara, Fiscal General de La Nación, Presidente Corte Suprema de Justicia, Presidente del Consejo de Estado, Director del Programa Presidencia, Alto Consejero para el Buen Gobierno y Defensor del Pueblo.

⁶⁸ Velar por la aplicación del estatuto, Coordinar acciones conjuntas, Coordinar intercambio de información, Establecer indicadores de eficiencia, eficacia y transparencia, Adoptar estrategia anual, Promover participación ciudadana, Promover el control social, Coordinar actividades pedagógicas.

⁶⁹ Gremios económicos, ONG´s del tema, Universidades, Medios de Comunicación, Veedurías ciudadanas, Consejo Nacional de Planeación y Organizaciones Sindicales.

⁷⁰ Velar por la aplicación del estatuto anticorrupción, Realizar informe de seguimiento, evaluación y recomendaciones a las políticas y planes, Impulsar campañas educativas de promoción de valores éticos, Promover Códigos de Conducta, Seguimiento a casos de impacto, Seguimiento a cabildeo y Denunciar los actos de corrupción.

⁷¹ "la catalogación de determinadas actividades que podríamos denominar "de riesgo", como, por ejemplo, la contratación pública, el otorgamiento o percepción de subvenciones, la realización de actividades sujetas a licencia o autorización administrativa, el manejo de fondos o instrumentos de crédito y de instrumentos bancarios de movimientos de activos". Cf. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El poder público no atiende al interés general In: MORELLI RICO, Sandra *et alii* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 28.

es atacar las causas del conflicto, para prevenir la conformación de nuevos grupos guerrilleros, ni reparar a las víctimas, sino saciar su sed de venganza, con altas penas de prisión para los guerrilleros. La misma realidad de inversión de prioridades y de instrumentos fue radiografiada en este escrito en el caso de la corrupción. Personalmente, hubiera preferido construir una demostración en la que la primera parte fuera la de la prevención, la segunda la reversión y la última la sanción, pero la lógica y la razón hubieran ocultado la realidad: en Colombia, la sanción es la *prima ratio* y la prevención es la última, aunque esta patología, Colombia no es el único país que la padece⁷².

6. Referencias

- AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. *Teoría de la responsabilidad fiscal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El poder público no atiende al interés general In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013.
- DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Livre premier, versión digital en http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/division_du_travail/division_travail_1.pdf.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la Administración pública en Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombi, 2003.
- GALÁN GALÁN, Alfredo. Buena administración e instrumentos jurídicos de la lucha contra la corrupción. La experiencia española. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013.
- GARDINI, Gianluca. Lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética pública. El nuevo Código de conducta para los funcionarios públicos (Italia). In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013.
- GUICHOT, Emilio. El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. In: GUICHOT, Emilio (Coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Bogotá, vol. 34, no. 96, pp. 31-55, ene./jun. 2013.
- HERZOG, Tamar. *Ritos de control, prácticas de negociación: pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)*. Madrid: Fundación Histórica Tavera, 2000.
- MARILUZ-URQUIJO, José-María. *El agente de la administración pública en Indias*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998.
- MERLONI, Francesco. Las más recientes políticas para combatir la corrupción en Italia van desde la represión penal (¿o punitiva?) hasta la adopción de medidas administrativas de prevención. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013.
- PARRY, John H. *The sale of public offices in Spanish indies under the Habsburgs*. Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1953.

⁷² “El tema de la corrupción se asocia tradicionalmente con el derecho criminal, que prevé infracciones específicas en esta materia”: Gianluca Gardini, “Lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la ética pública. El nuevo Código de conducta para los funcionarios públicos (Italia)”, en *Corrupción, flagelo mundial*, ob. Cit., p. 47. Cf. MERLONI, Francesco. Las más recientes políticas para combatir la corrupción en Italia van desde la represión penal (¿o punitiva?) hasta la adopción de medidas administrativas de prevención. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013. p. 113 y ss.

PIETSCHMANN, Herbert. Burocracia y corrupción en la Hispanoamérica colonial: Una aproximación tentativa. *Editorial Nova Americana*. Turín, n. 5, p. 11-37, año 1982.

PIETSCHMANN, Herbert. Corrupción en las Indias españolas. Revisión de un debate. In: GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Manuel (Coord.). *Instituciones y corrupción en la historia*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo - Tomo IV – Contratación indebida*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SANZ TAPIA: Ángel, La venta de oficios de hacienda en la Audiencia de Quito (1650-1700). *Revista de Indias*, vol. XIII, núm. 229, 2003, pp. 633-648.

SILVA GARCÍA, Germán, Introducción: La corrupción a nivel mundial. In: MORELLI RICO, Sandra *et alli* (Coords.). *Corrupción, flagelo mundial - Tomo II*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2013.

Páginas de internet

“La caída del grupo Nule”, *Semana*, 11 de sept. De 2010, <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-del-grupo-nule/121790-3>

“La caída del imperio de los Nule” en: <http://www.eltiempo.com/Multimedia/infografia/nule/>

« Descalabro del SICE”, *El espectador*, 17 de marzo de 2012, en <http://www.elespectador.com/impreso/negocios/articulo-332911-descalabro-del-sice>

Carlos Medellín Becerra, entrevista “Extinción de dominio deber ser la nueva herramienta contra corruptos”, *El Nuevo Siglo*, 18 de marzo de 2012, <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/3-2012-extinción-de-dominio-deber-ser-la-nueva-herramienta-contra-corrup-tos-medell%C3%ADn.html>

Carmen Maritza González en “Tengo a los mejores investigadores”, *El Espectador*, 8 de octubre del 2013 en <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/tengo-los-mejores-investigadores-articulo-439130>

Exposición de motivos de la ley 190 del 6 de junio de 1995 en <http://www.alcaldiaibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0> consultado el 20 de octubre de 2012.

http://portal.canalrcn.com/noticias/los_nule_hac%C3%AD_la_s_obras_y_ten%C3%AD_la_interventor%C3%AD_de_la_s_mismas

http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Abril/Paginas/20130412_03.aspx

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/imputacion-11-personas-caso-dne-articulo-302753>

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/mala-hora-del-gabinete-uribe-articulo-288245>

<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/condena-a-andres-felipe-arias-por-agro-ingreso-seguro/14260975>

<http://www.lanacion.com.co/index.php/noticias-regional/neiva/item/220918-la-esap-desorganizacion-y-derroche-de-dinero>

<http://www.portafolio.co/economia/panama-paraiso-fiscal-colombia>

<http://www.semana.com/nacion/articulo/agro-escandalo-seguro/108603-3>

<http://www.semana.com/nacion/articulo/alejandro-ordonez-reeleccion-controvertida/268711-3>

<http://www.semana.com/nacion/articulo/sabas-pretelt-diego-palacio-alberto-velasquez-condenados-por-yidispolitica/424181-3>

<http://www.semana.com/nacion/problemas-sociales/articulo/cinco-mil-ninos-mueren-desnutridos-colombia-cada-ano/103513-3> artículo publicado el 27 de mayo de 2009.

<https://www.transparency.org/cpi2014/results>

Jaime Mejía Mazuera: “Barcazas no fueron bien aseguradas”, en *El Tiempo*, 10 de febrero de 1993, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-39133>

CAÇA AOS ÍMPROBOS: COMO A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE DESVINCULADA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DESVIRTUA A FINALIDADE LEGAL*

FELIPE KLEIN GUSSOLI**

Sumário: **1.** Introdução: a corrupção institucionalizada; **2.** O advento da Constituição Federal de 1988 e a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de redução dos índices de corrupção; **3.** A caça às bruxas: alguns problemas da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deslocada das garantias constitucionais; **3.1.** A relação necessária entre o princípio da tipicidade e os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa; **3.2.** Inconstitucionalidade do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa: a inaceitabilidade do deslize culposo do dever de honestidade; **3.3.** O Recurso Especial nº 1.366.721-BA e a presunção do periculum in mora nas cautelares de indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa; **3.4.** A suposta imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no art. 37, §5º da Constituição Federal; **3.5.** A aplicação desproporcional e atécnica das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa; **4.** Considerações finais: consequências da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deslocada das garantias constitucionais - desvirtuamento da finalidade constitucional e legal; **5.** Referências.

1. Introdução: a corrupção institucionalizada

A corrupção, compreendida em sentido amplo, atenta contra as instituições e contra o povo.¹ Simultaneamente, ela solapa a credibilidade e legitimidade essenciais ao bom fun-

* Prêmio de 1º lugar da Sessão de Comunicados Científicos promovida no marco do *Seminário Internacional Eficiência e Ética na Administração Pública*, ocorrido nos dias 10 e 11 de agosto de 2015 e realizado pelos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUCPR, da UFPR e da UniBrasil.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Aluno do curso de especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado.

¹ Adota-se, para os fins aqui propostos, um conceito amplo de corrupção, relativo ao desvio da finalidade pública para atendimento dos fins privados. Embora neste sucinto estudo faça-se este recorte, registre-se que há quem critique tal definição, haja vista que "não abrange a complexidade e os matizes das desonestidades e ineficiências intoleráveis no setor público, mas apenas de uma faceta da má gestão pública, possivelmente a menos frequente, ou seja, aquela que engloba as gravíssimas desonestidades, além de revelar-se incapaz de assinalar fenômenos que, embora não se encaixem na ideia de podridão moral do homem público, indicam altos níveis de reprovação ético-social. De modo que resulta aconselhável inserir o tratamento da corrupção como espécie de outra patologia, esta tida como

cionamento do Estado. Em torno dela forma-se praticamente um consenso de que o desvio do interesse público para atendimento de interesses privados é um dos maiores entraves para o desenvolvimento nacional.²

O Brasil consagra historicamente um quadro institucionalizado e multicausal de corrupção. Índices do ano de 2014 da organização não governamental Transparência Internacional classificam nosso país como o 69º país mais corrupto do mundo.³ Das 175 nações analisadas, o Brasil está ao lado de Senegal e Suazilândia, e atrás de Ruanda.⁴ No âmbito nacional, estudo do ano de 2010 da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) estima o custo com a corrupção entre 1,38% a 2,3% do PIB, o que corresponderia hoje a aproximadamente R\$ 76 bilhões desperdiçados anualmente, no mínimo.⁵ Para piorar o cenário, a má aplicação de recursos e a má gestão agravam os problemas da Administração, porquanto assente que afora “os problemas visíveis, a corrupção possui efeitos invisíveis, dentre os quais o grau de desconfiança da população nas instituições, enfraquecendo o aparelho administrativo estatal”.⁶

Esse quadro desolador não é exclusividade brasileira, o que levou a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 29 de março de 1996, a elaborar a Convenção Interamericana contra a Corrupção,⁷ e a própria Organização das Nações Unidas (ONU) a promulgar, em 14 de dezembro de 2005, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.⁸ Mesmo não

mais ampla; a corrupção, ao revés, deve situar-se num nível de detalhamento das desonestidades funcionais mais graves." Deste modo, a improbidade seria "espécie do gênero 'má gestão pública'" e a corrupção seria "espécie do gênero 'improbidade'". (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 389).

² Para análise do desenvolvimento além da noção economicista e como conceito jurídico moldado constitucionalmente cf. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

³ O índice de percepção de corrupção relativo ao ano de 2014 e a série histórica do ranking pode ser acessada no site da Transparência Internacional: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em 01 set. de 2015.

⁴ A utilização de dados da Transparência Internacional neste estudo liminar sobre os problemas da aplicação da Lei de Improbidade se justifica na importância desta organização internacional no estabelecimento de um ranking internacional fornecedor de dados globais sobre corrupção, utilizado pela imprensa, governos, cidadãos e sociedade civil organizadas. Fábio Medina Osório, em estudo lapidar, se pauta na mesma conduta: "É verdade que não se trata de dados oficiais de algum organismo público, nem sequer dados imunes às controvérsias e polêmicas. Entretanto, tendo em conta a posição internacional da ONG, suas atuações em mais de uma centena de países, e sua reconhecida idoneidade para os fins a que se propõe, consideramos oportuno, desde um ângulo sociológico, trazer à colação estas informações, prestigiando o terceiro setor." (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* p. 29).

⁵ FIESP. *Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 01 set. de 2015.

⁶ NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum. 2008. p.19.

⁷ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

⁸ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

sendo um fenômeno exclusivamente brasileiro, aqui se reconheceu há tempos a necessidade de formulação mecanismos de combate à corrupção.

Metodologicamente optou-se pela análise pós-1988. A institucionalização da corrupção fez com que a Constituição de 1988 previsse meios duros de combate ao desvio de recursos e desrespeito aos princípios da Administração, como por exemplo a representação perante os Tribunais de Contas e a ação popular. A par deles, o mais famoso e utilizado instrumento de combate à corrupção é sem a menor sombra de dúvidas a ação de improbidade administrativa, regulada pela Lei Federal nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

É notável a amplitude conquistada pela LIA ao longo de seus mais de vinte de vigência. A guerra declarada contra a imoralidade na Administração Pública tem como principal arma a Lei nº 8.429/92. E embora sejam vários os legitimados para a propositura de ações de improbidade, o embate contra a corrupção tem como protagonista o Ministério Público, ovacionado pela imprensa e pela sociedade por sua atuação destemida e combativa, com toda razão e louros que lhe assistem. Nos últimos tempos o país tem notado exemplar atuação dessa instituição, especialmente em virtude da explosão dos recentes escândalos desnudados pela operação “Lava Jato”. A atuação corajosa dos órgãos de controle e a fama conquistada pelos principais atores das investigações conjuntas com a Polícia Federal provocam questionamentos acerca do modo que a legislação vem sendo utilizada pelos aplicadores do Direito, e se ele está em equilíbrio com a Constituição. Este breve estudo parte dessas premissas para investigar, em linhas gerais, se a guerra declarada contra a corrupção, com larga utilização da LIA, realmente tem surtido os efeitos intimidadores esperados.

A partir do cotejo entre os dispositivos da Lei nº 8.429/92 (e o uso que as instituições de controle fazem deles) e as garantias constitucionais aplicáveis aos acusados em processo judicial, busca-se desvendar se a já cotidiana *caça aos corruptos* tem resultado exitosa ou não. Em outras palavras, busca-se investigar se tem prevalecido a finalidade ínsita ao art. 37, §4º da Constituição Federal e de sua lei regulamentadora, qual seja, a de redução dos atos de improbidade e índices de corrupção.

2. O advento da Constituição Federal de 1988 e a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de redução dos índices de corrupção

Foi após a Constituição Federal de 1988 que surgiram os pressupostos efetivos para que o histórico do patrimonialismo iniciasse a desvanecer. Do ângulo não preventivo⁹, mas remediador, a LIA concretizou no plano legislativo a norma do art. 37, §4º da Constituição

⁹ Conquanto o combate a corrupção exija múltiplas frentes, a LIA cuida da solução *a posteriori*, qual seja, repressiva. Não se ignora, entretanto, que a luta contra atos corruptos "deve passar por reformas políticas, sociais, administrativas, legislativas e econômicas de um país; devem ser adotadas medidas preventivas e é fundamental a participação dos setores públicos e privados, além de toda a sociedade em geral. Em razão de ser um problema multicausal, o enfrentamento da corrupção deve ser amplo e nas formas preventivas e repressivas." (NUNES, Antônio Carlos Ozório. *Op. cit.* p.19).

Federal de 1988 segundo a qual “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” Nessa via, a verificação da probidade administrativa como reação ao histórico de desvios no Brasil rege-se pelos princípios constitucionais consagrados no art. 37, *caput* da Constituição Federal, notadamente o da legalidade e o da moralidade administrativa.¹⁰

Como introduzido, é comum a referência à LIA como a grande medida jurídica de atribuição de responsabilidade voltada ao enfrentamento da corrupção em sentido amplo.¹¹ A Lei nº 8.429/92 contribuiu sem precedentes para o combate ao quadro institucionalizado de corrupção. Nas palavras de Marcelo Hager, “paradoxalmente, apesar de ter sido sancionada por Fernando Collor de Mello, a lei ‘pegou’ e se tornou uma ferramenta poderosa no combate à corrupção.”¹²

Os dados corroboram essa afirmação. Com base na Meta 18 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foram identificados 113,7 mil processos de improbidade e crimes contra a Administração ajuizados até 31.12.2011. Desses, 43,7 mil tratam exclusivamente de improbidade administrativa.¹³ Diante da grandeza dos números e da intuição dos especialistas que trabalham no dia a dia com a legislação, a doutrina reconhece na Lei nº 8.429/92 a mais importante medida de “combate à imoralidade administrativa e à improbidade, crédito que devemos atribuir sobretudo ao Ministério Público que vem atuando de forma corajosa na defesa dos interesses do cidadão e do patrimônio público amplamente considerado.”¹⁴

É justamente o Ministério Público que oferece os dados mais atualizados de ajuizamento de ações de improbidade. Em seu endereço eletrônico, o Ministério Público Federal alega ter ajuizado, apenas no âmbito da Justiça Federal entre 2013 e 2015, aproximadamente 5,4 mil ações de improbidade.¹⁵ O número impressiona e esclarece a postura ofensiva dos membros do *Parquet* em prol do interesse público e da salvaguarda do patrimônio do povo.

¹⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117-130.

¹¹ “Só pelo fato de ampliar o espectro de atuação sancionatória da lei, o art. 37, §4º da CF, matriz da matéria, já se constitui no passo mais importante no sentido de proporcionar ao legislador o fundamento de validade para a confecção de uma norma capaz de enfrentar, com eficiência, o flagelo da corrupção.” (PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.37).

¹² HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. *Interesse Público*. Belo Horizonte, Fórum, n. 58. a. 11, p.165-182, nov./dez. 2009. p. 165.

¹³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/metasp2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corupcao.pdf>. Acesso em: 01 set. de 2015.

¹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. A “corrupção” e a improbidade: uma reflexão. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum. 2008. p. 258.

¹⁵ Disponível em: <<http://corrupcaoao.mpf.mp.br/noticias/mpf-ajuizou-cerca-de-5-5-mil-acoes-de-improbidade-de-2013-a-2015>>. Acesso em 22 set. de 2015.

A intenção e o trabalho incansável desses autênticos *servidores públicos* é digna de nota e elogio.

Entretanto, nem os números nem a intenção significam necessariamente combate *efetivo e adequado* às mazelas contra o patrimonialismo na Administração. Apesar das estatísticas e do intento dos autores das ações de improbidade, nota-se uma corrida desenfreada pela punição deslocada das garantias constitucionais dos suspeitos envolvidos em atos ímprobos. Assim, o combate à corrupção desvinculado das garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal desvirtua-se em *caça às bruxas*, na qual aparentemente *tudo* vale na luta contra os males nefastos da corrupção.

3. A caça às bruxas: alguns problemas da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deslocada das garantias constitucionais

Se é verdade que a LIA contribuiu para o desmanche da corrupção e de desvio de finalidade no Poder Público e nas contratações com particulares, sua aplicação a torto e a direito trouxe consigo “uma crença velada, porém bastante forte, de que todos os funcionários públicos são corruptos ou ladrões.”¹⁶ No plano do real, a presunção de inocência deixa de ser a regra, subsistindo “no imaginário de alguns operadores do direito a ideia de que não haveria servidores públicos interessados no atendimento das necessidades da coletividade, mas sim uma verdadeira quadrilha.”¹⁷

Ninguém discorda que “a improbidade administrativa é uma das principais causas de proliferação da desigualdade, pobreza e exclusão, impeditiva do almejado desenvolvimento nacional, sem o qual não se alcançará o bem de todos.”¹⁸ Mesmo assim, é preciso pesquisar os motivos e as consequências da inversão prática de alguns princípios, como o da presunção de inocência no combate à corrupção. Não se olvide ainda que o deslocamento das garantias historicamente conquistadas e positivadas na Constituição brasileira ao invés de classificar o país na vanguarda do combate dos desvios, o põe na dianteira em termos de proteção do cidadão e respeito à ordem jurídica. A verdadeira *caça* empreendida pelos veículos midiáticos e carimbada pela utilização equivocada dos instrumentos jurídicos de controle da corrupção provoca lamentáveis consequências na rotina da Administração, onde trabalham agentes sempre mais e mais temerosos de implementar os atos necessários à persecução do interesse público. Afinal, todos esses têm receio do futuro (processo) que os espera, em prejuízo de seu patrimônio e as vezes até de sua honra pessoal.

Nos subtópicos seguintes serão apontados alguns problemas pontuais na aplicação cotidiana da LIA, bem como de alguns aspectos inconstitucionais dessa lei, caminho a ser trilhado para a formulação da hipótese ligada à pergunta que embasa esse sucinto estudo.

¹⁶ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade... *Op. Cit.* p. 165.

¹⁷ HAGER, Marcelo. *Idem. Ibidem.*

¹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21.

Isto é, a utilização da LIA desvinculada dos direitos e garantias fundamentais realmente contribui para o combate eficaz da corrupção ou serve de espetáculo para uma sociedade cansada de tantas injustiças?

3.1 A relação necessária entre o princípio da tipicidade e os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa

Da legalidade e do art. 5º, XXXIX da Constituição decorre o princípio da taxatividade ou tipicidade, materializador das normas no mundo e correspondente “a uma exigência de certeza, precisão, determinação, clareza, exatidão no definir os limites entre o punível e o impunível.”¹⁹ O núcleo principiológico constitucional em matéria sancionadora estende a tipicidade aos ilícitos penais e aos ilícitos administrativos²⁰, de modo que os acusados do cometimento de atos de improbidade administrativa estão albergados pelas garantias constitucionais historicamente ligadas aos acusados da prática de delitos criminais.²¹

A natureza das sanções de suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios fiscais e de crédito aproxima os tipos legais da LIA dos tipos penais. Quer dizer, existe um “aspecto penal de que revestem tais sanções, marcadas por tipicidade, quer no plano material, quer no plano processual.”²² A categoria da *ilicitude* inevitavelmente aproxima o Direito Penal do regime jurídico sancionatório da improbidade administrativa. Tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo na sua vertente punitiva, respeitadas as naturais diferenças, são em seu âmago manifestações do *ius puniendi* estatal exigentes de um regime de restrição do arbítrio.²³ A natureza retributiva das sanções de im-

¹⁹ CARDOSO, Cassiano Pereira. O princípio da taxatividade penal na Constituição brasileira. 2004. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004. p. 29.

²⁰ Para os que atribuem natureza civil à LIA vale o mesmo raciocínio: “Apesar de tratar de uma lei civil, a interpretação a ser dada a ela é equivalente à das leis penais. Faz-se essa afirmação porque se trata de uma lei cuja aplicação acaba por restringir direitos de diversas categorias por intermédio da aplicação de penalidades.” (HAGER, Marcelo. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 61, a. 12, p.109-133, maio./jun., 2010. p. 109).

²¹ Entre todas as garantias e princípios aplicáveis, neste estudo optou-se pelo recorte do princípio da tipicidade em razão do crescente problema da aplicação das penas de improbidade pela prática de atos nem sempre previstos com exatidão nos tipos legais. Além da tipicidade, da proporcionalidade e da prescritibilidade, José Roberto Pimenta de Oliveira alça no mínimo mais doze princípios constitucionais classicamente estudados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal como regentes do *ius puniendi* estatal dos atos de improbidade administrativa e não abordados de forma específica neste trabalho. São eles: (i) princípio da legalidade formal; (ii) princípio da irretroatividade; (iii) princípio da retroatividade da lei mais benigna; (iv) princípio da culpabilidade; (v) princípio do devido processo legal; (vi) princípio do contraditório e da ampla defesa; (vii) princípio da presunção de inocência; (viii) princípio da inadmissibilidade de prova ilícitas; (ix) princípio do juiz natural; (x) princípio da razoável duração do processo; (xi) princípio da vedação da *reformatio in pejus*; e (xii) princípio da vedação ao *bis in idem*. (OLIVERIA, José Roberto Pimenta. *Op. cit. passim*).

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade Administrativa: decadência e prescrição. *Interesse Público*. Porto Alegre, Notadez, n.33. a. 7. p.55-92, set./out., 2009. p.88.

²³ “Somente o Código Penal e a legislação de mesma natureza enfocam a matéria das excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da imputação, mas, tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionados, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal. Estamos diante de ilícitos administrativos e sanções de

probidade conclamam a aplicação de princípios próprios de Direito sancionador, como os da tipicidade, da individualização da pena e da culpabilidade.²⁴ Esses princípios, decorrentes de evolução jurídica e humana paulatina, “integram o núcleo do regime jurídico punitivo, aplicável a toda manifestação do *ius puniendi* estatal, seja ele exercido pela aplicação de sanções penais, seja exercido pela imposição de sanções administrativas retributivas.”²⁵

No escólio de Rafael Munhoz de Mello, “não se trata de aplicar acriteriosamente os princípios de direito penal no campo do direito administrativo sancionador, mas sim de reconhecer que ambos os ramos jurídicos têm um núcleo comum, formado por um Estado de Direito.”²⁶ Logo, não importa em qual âmbito for, “a inexistência de diferenças ontológicas em relação ao ilícito e as sanções cíveis, administrativas e criminais implica uma mesma *ratio juris* por ocasião da aplicação das sanções.”²⁷

Posto isso, é de se concordar com Emerson Gabardo, que ao discorrer sobre o núcleo comum dos princípios de caráter sancionatório no ordenamento jurídico brasileiro conclui: “Quando o art. 5º, inciso XLVI prescreve: ‘a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) a privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos’, ele não fala que esse dispositivo se restringe aos crimes; ele não fala que esse dispositivo é do Direito Penal, é do Direito Administrativo ou é do Direito Civil.”²⁸ Ora, onde a Constituição não fez distinção, porque caberia ao intérprete fazê-la para reduzir as garantias dos cidadãos? Está muito claro que todas as sanções do 5º, XLVI da Constituição são “penas e, portanto, é difícil ser afastada a proposição de que existe um Direito Constitucional Penal ou um Direito Constitucional sancionatório, que implica um regime jurídico ou um Direito público de intervenção que é o núcleo comum do Direito Penal, do Direito Administrativo ou até mesmo do Direito Civil, embora reconheça certa dificuldade em aceitar essa mistura entre o Direito Civil e o Direito

direito administrativo, e o regime jurídico imperante terá que ser chamado a intervir, dentro da perspectiva de equilíbrio entre os direitos fundamentais potencialmente em conflito. O direito penal tem sido a melhor referência histórica para o balizamento e a limitação do poder punitivo estatal, inclusive quando é este último exercido por autoridades administrativas ou por autoridades judiciárias na prática de poderes jurisdicionais de imposição de sanções administrativas. Não se trata de reduzir as fontes de direito administrativo sancionador ao direito penal, como se este ostentasse alguma espécie de superioridade normativa. Trata-se apenas de perceber a superioridade teórica da dogmática penal, que pode e deve servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambas constituem projeções do direito punitivo público, carecendo de limites e contornos básicos comuns.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* p. 207).

²⁴ Para identificação completa do regime jurídico da sanção administrativa e delimitação dos princípios comumente relacionados ao Direito Penal no Direito Administrativo, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁵ MELLO, Rafael Munhoz. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*. Belo Horizonte, a. 5, n. 22, p.25-57, out./dez. 2005. p. 31.

²⁶ MELLO, Rafael Munhoz. *Idem*. p. 26.

²⁷ HAGER, Marcelo. A utilização de conceitos de direito criminal... *Op. cit.* p. 111.

²⁸ GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: breve estudo sobre o princípio da insignificância. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 12, n. 134, p. 9-17, abr. 2012, p. 11.

Penal.”²⁹ Portanto, o princípio da tipicidade, autêntica revolução em face do arbítrio estatal em matéria punitiva, assume carga valorativa na aplicação da Lei nº 8.429/92. Os tipos da LIA, seja na descrição da conduta ou seja na definição da pena, são iluminados pelo princípio ora tratado. As condutas dos artigos 9º, 10 e 11 e seus incisos e as penas previstas no art. 12 e incisos se atrelam inevitavelmente ao art. 5º, XXXIX da Constituição.

O problema, porém, é que “a Lei de Improbidade Administrativa (...) possui uma redação bastante genérica, [e] tem sido interpretada de uma forma ampliativa. Atualmente quaisquer equívocos ou ilegalidades praticados por um servidor público podem ser enquadrados na Lei de Improbidade. Não há praticamente nenhum servidor público do primeiro escalão que não esteja sendo processado por improbidade administrativa.”³⁰

As condutas são inegavelmente abertas. A condenação por violação abstrata a princípios do *caput* do art. 11 da LIA, por exemplo, traz enorme incerteza. A postura cada vez mais comum de condenar o sujeito ativo do ato ímprobo apenas com base em princípios foge do dever de respeito ao princípio da tipicidade.³¹ Nota-se assim a reprodução constante de insegurança jurídica no cotidiano da administração pública, porquanto os deveres abstratos previstos na Lei nº 8.429/92 distantes da mediação de normas mais concretas causa vacilo na conduta do agente público, mais preocupado com as possíveis sanções incidentes na sua esfera jurídica do que com o cumprimento de seus deveres funcionais.

Essa afirmação, que merece aprofundamento teórico, implica por exemplo na impossibilidade de condenação nas sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 por violação em abstrato ao princípio da moralidade, sem qualquer mediação. Na precisa síntese de Carolina Zancaner Zockun, com fundamento nas lições de Márcio Cammarosano, o invocado “princípio da moralidade é (...) um princípio intrinsecamente vinculado à legalidade, pois é esta que lhe define a substância, erigindo os valores em que ele deve se pautar.”³² O mesmo raciocínio valerá para outros conceitos jurídicos indeterminados previstos na LIA.

Eis o primeiro aspecto problemático na aplicação da legislação de improbidade. Desobedece-se a Constituição naquilo que diz respeito ao princípio da tipicidade com o fim último de punir, custe o que custar, aqueles suspeitos do cometimento de improbidade, já

²⁹ GABARDO, Emerson. *Idem. Ibidem.*

³⁰ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade... *Op. cit.* p. 166.

³¹ “(...) toda improbidade administrativa traduz uma ilegalidade de comportamento que não se limita a violar princípios os deveres abstratos previstos contemplados na Lei Federal 8.429/92. Sendo uma norma sancionadora em branco, quaisquer tipos da LGIA são complementados por legislações setoriais, instituindo regras que se sistematizam e se incorporam aos princípios.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* p. 219).

³² O motivo reside no art. 5º, II da Constituição Federal: “não há moral jurídica fora do Direito positivo. Só a lei (em sentido lato) obriga: as regras de moral comum não possuem força coercitiva e, por isso, não fazem parte do ordenamento jurídico positivo, não podendo ser invocadas para preencher o conteúdo do princípio da moralidade, sob pena de se atentar contra o princípio maior da segurança jurídica. (...) Assim, o princípio da moralidade só pode ser invocado se caminhar *pari passu* com a estrita legalidade, pois não é Direito sem este e não possui aplicação prática sem regras jurídicas que lhe definam expressamente o conteúdo para cada caso.” (ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum. 2008. p.43-44).

que através de uma interpretação ampliada praticamente qualquer ação ou omissão está abrangida pelos dispositivos da LIA. O resultado disso é que os agentes públicos já não sabem como agir e como trabalhar com tranquilidade, pois têm ciência de que qualquer deslize acarretará em processamento por cometimento de improbidade, *ainda que não se saiba ao certo qual deslize*.

A tipicidade também diz respeito às sanções. Marcelo Hager em comentários à Lei nº 8.429/92 procede na análise combinatória das consequências jurídicas previstas no art. 12 e incisos da LIA para desvendar qual o número possível de penas aplicáveis aos agentes condenados. No art. 12, I da LIA o autor alcançou o resultado de $2,12 \times 10^{18}$ penas. Para o art. 12, II, o total de $5,29 \times 10^{19}$ penas possíveis. Para a última combinação, do art. 12, III da LIA, chegou ao montante de $5,47 \times 10^{16}$ penas passíveis de aplicação. Diante dessa constatação, em que o magistrado pode ultrapassar a casa do *trilhão* para aplicar penas aos agentes processados, há uma grande *incerteza* para o cidadão e agente público, “agravada pela insuficiência dos critérios de gradação das penas previstas na lei de improbidade” e que torna as sanções previstas na LIA “inconstitucionais por não serem claras.”³³

Entre a abertura interpretativa dos ilícitos e a variedade das sanções, cabe questionar se algum especialista em improbidade pode responder qual a pena incidente para a prática de um determinado ato de improbidade (entre os inúmeros possíveis). Saberá o jurista responder com precisão o questionamento? Seguramente que não. Sua resposta será permeada de “dependes”. Sabe-se, sem dificuldades, ser impossível “saber de antemão qual a pena a ser aplicada ao cidadão e, com isso, dá-se uma liberdade extremada ao aplicador da lei em afronta aos incisos XXXIX e XLVI da Constituição Federal.”³⁴

Essa insegurança é inquestionavelmente um dos maiores entraves na atuação dos servidores públicos, não importa de qual escalão. A boa administração não se compatibiliza com o receio de ser processado e condenado por condutas tão amplas em sanções tão incertas quanto aquelas previstas na LIA. Essas reflexões em torno do princípio da tipicidade e da LIA demonstram a necessidade da jurisprudência incorporar as garantias constitucionais na sua aplicação e interpretar restritivamente os dispositivos legais, sob pena de paralisar o bom desenvolvimento da função administrativa com base no puro receio subjetivo de ser processado e condenado por condutas incertas e em penas mais incertas ainda.

3.2 Inconstitucionalidade do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa: a inaceitabilidade do deslize culposo do dever de honestidade

O art. 10 da LIA permite a condenação do sujeito passivo da ação de improbidade pelo cometimento culposo dos atos previstos no *caput* e incisos.³⁵ Essa previsão, pretende-

³³ HAGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 58-59.

³⁴ HAGER, Marcelo *Idem*. p. 59-60.

³⁵ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres

se demonstrar, destoa da lógica exigida na aplicação de sanções por ato ilícitos cometidos em desfavor da Administração Pública.

Os conceitos de moralidade e de improbidade quando positivados no ordenamento jurídico selecionam características que *condicionam* a atuação do intérprete.³⁶ A não ser que a legislação utilize-se de termos técnico-jurídicos, parte-se da literalidade do conceito e de seu sentido comum para, através de interpretação histórica e sistemática buscar o significado “mediante observação da evolução do sistema jurídico, relativamente à origem do preceito interpretado.”³⁷ Essa metodologia é adequada para interpretação do art. 37, §4º da Constituição, o qual não dispõe sobre qualquer regra interpretativa. Nesse sentido, enquanto no bom português o conceito de moralidade tem os contornos relativos aos costumes, a palavra *improbidade* tem um significado restrito: desonestidade.³⁸ Os dicionários indicam que “a interpretação gramatical, fundada no critério do sentido geral ou comum, implica que *improbidade* equivaleria a ausência de probidade, desonestidade, perversidade, maldade. Deriva do latim *improbitas, improbitate*, que significa má qualidade, perversidade, maus costumes, mau caráter.”³⁹ Como ser desonesto está abarcado pelo conceito de imoralidade, a relação dos conceitos é de gênero e espécie. Assim, “a improbidade (...) é uma espécie de imoralidade. Trata-se de uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente.”⁴⁰

A consequência da distinção é importante. Enquanto a imoralidade acarreta anulação dos atos administrativos e a responsabilização do agente, a improbidade faz incidir as sanções do art. 37, §4º da Constituição e, conseqüentemente, da Lei nº 8.429/92.⁴¹ Se essa linha de raciocínio é correta⁴², também é correta a conclusão de que não pode existir uma modalidade culposa de *improbidade*, o que só seria admissível se fosse possível ser *desonesto sem a intenção de ser*. Mas se é certo que ímprobo é aquele que é desonesto, “como considerar devasso aquele agente público que inconscientemente, sem ser desonesto, comete equívocos? (...) Nessa moldura, somente a conduta dolosa (consciente) é que deverá ser considerada, em tese, como uma possível improbidade administrativa, sob pena de vulgarização da própria norma, com ferimento ao princípio da razoabilidade (...).”⁴³

das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...).”

³⁶ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade... *Op. cit.* p. 172.

³⁷ OLIVERIA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.* p. 150.

³⁸ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade... *Op. cit.* p. 177.

³⁹ OLIVERIA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.* p. 150.

⁴⁰ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade... *Op. cit.* p. 178.

⁴¹ HAGER, Marcelo. *Idem.* p. 178-179.

⁴² Não se ignora aqueles que sustentam o contrário, inclusive mediante o uso de extensa fundamentação. Fábio Medina Osório parte de complexa teoria sobre a categoria ético normativa e bases constitucionais da probidade para afirmar que improbidade não se confunde com desonestidade. Sua teorização aliada à opção do legislador de selecionar expressamente atos de improbidade culposos terminam na defesa da constitucionalidade da expressão “culposa” do art. 10 da Lei de Improbidade. cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* p. 213-237. Cf. ainda, por todos: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 137-138.

⁴³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário: inconstitucionalidade da expressão culposa do art. 10 da Lei nº 8.429/92. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 3,

É intuitivo que ninguém desvia da honestidade por deslize ou descuido. O Direito Administrativo sancionatório recepciona essa intuição. Novamente, Marcelo Hager lembra que a *ratio* do sistema sancionatório aproxima o art. 18 do Código Penal quando da aplicação de penas restritivas da esfera jurídica do cidadão.⁴⁴ Diante disso, “inexiste improbidade culposa. Somente pode haver improbidade administrativa quando o agente tiver consciência ou assumir o risco de praticar uma conduta ímproba. Exige-se dolo.”⁴⁵ Desta forma, no art. 10, *caput* da LIA, “é inconstitucional a expressão ‘culposa’, por não se encaixar no conceito de improbidade administrativa a que alude o art. 37, §4º, da CF.”⁴⁶

Essa e outras discussões estão sendo travadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.295-DF, ajuizada pelo Partido da Mobilização Nacional em 10/09/2009 e ainda pendente de julgamento. Até que o julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cabe aos magistrados através do controle difuso declarar a inconstitucionalidade da expressão “culposa” do art. 10 da Lei nº 8.429/92, eis que a aceitação da modalidade culposa de improbidade, para além de inconstitucional, gera máximo desconforto entre os agentes responsáveis pela administração do patrimônio público. É que *mesmo que tomem todas as cautelas exigidas para afastar a culpa pelo cometimento de atos que causem prejuízo ao erário, mesmo assim* é alta a probabilidade de se verem no polo passivo de ações de improbidade, demoradas e custosas, para comprovar o zelo e cuidado nas suas funções, nem sempre com sucesso.⁴⁷

3.3 O Recurso Especial nº 1.366.721–BA e a presunção do *periculum in mora* nas cautelares de indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento acerca da *presunção* do perigo de dano nas ações de improbidade que contenham entre seus pedidos – ou ainda em cautelar autônoma à ação principal – o requerimento de indisponibilidade patrimonial dos requeridos. O entendimento aqui defendido é pela inconstitucionalidade dessa jurisprudência.

A análise que se pretende desenvolver neste ponto centra-se na primeira das três medidas cautelares positivadas na LIA, aquela prevista no art. 7º, de natureza conservativa e que decreta a indisponibilidade dos bens do acusado para o fim de ressarcir danos ao

n. 29, p.2515-2520, jul. 2013, p. 2517.

⁴⁴ “Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único- Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

⁴⁵ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade... *Op. cit.* p. 179.

⁴⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Atos de Improbidade..., *Op. cit.* p.2518.

⁴⁷ Outros fatores auxiliam para o insucesso da comprovação da atuação zelosa, sem negligência, imprudência ou imperícia. Por exemplo, nas ações que buscam ressarcimento ao erário se entende que não incidem regras de prescrição. Como comprovar então, geralmente após muitos anos da atuação no cargo, que exerceu as funções sem culpa, se os documentos ou testemunhas já nem existem mais? Esse problema será abaixo discutido, no subtópico 3.4.

erário.⁴⁸ Para o sucesso do pleito de indisponibilidade é necessária a verificação concreta pelo magistrado de dois requisitos específicos previstos no art. 801, IV do Código de Processo Civil de 1973: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.⁴⁹ O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê os mesmos requisitos para a tutela de evidência cautelar: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

O requisito da “fumaça do bom direito” corresponde à verossimilhança do direito invocado. Significa nada mais que a verificação da probabilidade do direito invocado através de cognição judicial sumária⁵⁰, em oposição à cognição exauriente relativa aos pedidos principais (ou à ação principal, caso a cautelar forme outro processo). O *fumus* na ação de improbidade espelha a plausibilidade do direito do autor invocado na inicial e comprovado sumariamente pelas provas juntadas na fase postulatória.

O outro requisito necessário à concessão liminar do pedido de indisponibilidade de bens e valores do art. 7º da LIA é a existência de “um *estado perigoso*, capaz de ameaçar seriamente a incolumidade de um determinado direito da parte, seja por ato voluntário de outra parte, seja em decorrência até mesmo de ato de terceiro ou de algum fato natural.”⁵¹ É aquilo que a doutrina e jurisprudência chamam de *periculum in mora*.⁵²

Às cautelares, como é o caso da medida do art. 7º da Lei 8.429/92, aplicam-se as regras gerais do Código de Processo Civil, sob pena de desmanche do construto teórico incorporado na legislação pátria. Não é porque o art. 7º não citou expressamente as normas da legislação processual adjetiva - como o fez o art. 16 da LIA quanto à cautelar de sequestro - que se pode ignorar a necessidade de adequação aos requisitos legais do *fumus* e *periculum*, este especificamente incorporado no “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão de grave e de difícil reparação”, conforme art. 798 do Código de Processo de 1973.

A categorização do estado de perigo é obrigatória. É imprescindível que o autor traga elementos bastantes ao convencimento do juízo acerca da dilapidação patrimonial

⁴⁸ Para cumprimento da parte final do art. 37, §4º da Lei Fundamental (“na forma e gradação previstas em lei”) a LIA prevê ao menos três medidas acautelatórias. O art. 7º prevê a possibilidade de decretação da indisponibilidade patrimonial, com o bloqueio da generalidade de bens e valores do acusado fins de garantir futuro ressarcimento ao erário. O art. 16 trata do sequestro de bens. Por sua vez, a última medida cautelar prevista na Lei 8.429/92 é o afastamento do agente público do cargo para a boa administração da Justiça, ou seja, quando a manutenção do agente no cargo público se torna comprovadamente prejudicial à instrução processual.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.2248.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Flávio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.315.

⁵¹ SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Flávio Luiz. *Op. cit.* p. 309.

⁵² Marinoni e Arenhart distinguem precisamente o “perigo de dano” do “perigo na demora”: “O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isso mesmo para se evidenciar a necessidade de tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência de sua causa, ou seja, o perigo de dano.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.28).

ensejadora do insucesso de eventual execução em proveito do erário. Ao menos fundado *receio* de dilapidação dos bens e valores será necessário para configurar o requisito especial do perigo de dano irreparável do art. 798 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 300 do Novo Código de Processo Civil, haja vista que sua fundamentação deve ter base “em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva.”⁵³

Longe disso tudo que foi acima resumido, não raro se encontram obras que afirmem - com base numa noção equivocada de supremacia do interesse público⁵⁴- ser simplesmente dispensável o requisito do *periculum in mora*. No entanto, como apenas uma interpretação forçada dos dispositivos levaria à conclusão da dispensabilidade desse requisito, é quanto sua forma de preenchimento que permanecem as discussões, com posicionamentos dispares na doutrina.

Numa ponta, a impossibilidade de presunção do *periculum* em sede de ação de improbidade se funda em fortes argumentos. As cautelares são em sua essência mitigações do princípio do devido processo legal, e quando deferidas *inaudita altera pars* representam exceção ao contraditório e ampla defesa. Vez que representam limitações a esses direitos fundamentais, medidas cautelares só poderão ser deferidas quando necessárias à efetivação do direito à razoável duração do processo, também constitucionalmente assegurado no art. 5º, LXXVIII. É a lei que dá concreção a este direito fundamental quando exige categórica demonstração da verossimilhança e perigo da demora. Por isso, “estando presente o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* deverá também estar invencivelmente demonstrado, que a constrição de bens conforma-se ao objetivo do processo principal, restringindo-se ao necessário e adequado propósito de assegurar a efetividade do provimento final da ação de improbidade administrativa.”⁵⁵ Nessa linha, é preciso sempre que o autor “especifique em que consiste o justo receio de que o réu venha a inviabilizar eventual ressarcimento futuro.”⁵⁶

Na outra ponta da discussão estão os defensores do “perigo da demora implícito”. Esses encaram que o perigo da demora exigido nos provimentos cautelares foi presumido pelo legislador constitucional no art. 37, §4º e pelo legislador infraconstitucional no art. 7º da LIA. Bastaria então a prova indiciária da improbidade, pois a exigência de demonstração do *periculum* implicaria a perda de efetividade do mandamento constitucional sancionatório.⁵⁷ Em muitos casos o acusado, para os adeptos da presunção, solaparia seus bens antes mesmo do recebimento da inicial pelo juiz, principalmente em razão da notificação prévia prevista no art. 17, §7º da Lei ora estudada.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem. Ibidem*.

⁵⁴ Para fiel compreensão da noção, cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O Limite da Improbidade Administrativa: os Direitos dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 151. (grifos ausentes no original)

⁵⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Op. cit.* p. 185.

⁵⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.* p. 1172.

Esses mesmos adeptos da presunção do perigo da demora, que não está em lugar nenhum positivada, encontram também na realidade brasileira da demora do processo um motivo a mais para a presunção do estado de perigo em que se encontra imerso o autor da ação de improbidade. Sustentam que como certamente o processo levará muito tempo para chegar ao fim, o perigo na demora deve ser presumido. Entendem que a demora seria um risco em si para a utilidade do processo, logo seria “desnecessário o perigo do dano, pois o legislador contenta-se com o *fumus boni iuris* para autorizar essa modalidade de medida de urgência. [...] Identificam-se, portanto, as características da indisponibilidade previstas no art. 7º: está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano. O legislador dispensou esse requisito, tendo em vista a gravidade do ato e necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.”⁵⁸ Identifica-se nesses argumentos mais uma vez a inversão da presunção *de inocência*, este sim positivado constitucionalmente, gerador da desconfiança generalizada de que todos os agentes públicos fazem parte de quadrilhas formadas para corromper a Administração e desviar recursos.

Com fulcro nessas posições, a jurisprudência hoje dominante posiciona-se no sentido de que a suposta supremacia do interesse público em conjunto com o art. 7º da LIA conteria a presunção do requisito *periculum in mora*, de modo que a concessão das liminares militares em favor da sociedade e em prejuízo dos acusados.

É dizer, com base na hierarquia do interesse público frente o interesse dos particulares, entendem que seria forçoso reconhecer a presunção da má-fé dos acusados. Embora ninguém admita seja este o caso - afinal a boa-fé é que se presume e má-fé é que se prova - a presunção do *periculum* em sede de ação de improbidade é, na prática, a crença cega na dilapidação patrimonial com o objetivo de impossibilitar futura e incerta execução. Os fins parecem justificar os meios, em violação flagrante da Constituição e em prejuízo do direito de propriedade dos acusados, muitas vezes por tempo desarrazoado. Ou seja, para evitar a dilapidação não comprovada bloqueiam-se os bens dos réus. E nesse caso a demora do processo que serve de fundamento à presunção em favor da sociedade, a despeito da violação ao direito de propriedade, da presunção de inocência e à razoável duração do processo, parece não importar.

A partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.319.515-ES⁵⁹, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento pela presunção prevaleceu. Bastaria assim o ajuizamento da ação de improbidade e comprovação da fumaça do bom direito para que estivesse enfim configurada a presunção de má-fé do acusado. O ponto final das discussões

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1319515/ES. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento em 22.08.2012. Publicado em 21.09.2012.

foi o recém publicado julgamento do Recurso Especial nº 1.366.721–BA.⁶⁰ O resultado do julgamento em tese estabilizou qualquer controvérsia jurisprudencial acerca do tema enfrentado. Uma vez sujeito ao procedimento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do Código de Processo Civil)⁶¹, o mencionado recurso julgado em 26.02.2014 e publicado em 19.09.2014 definiu ser suficiente para a decretação de indisponibilidade de bens mera comprovação da verossimilhança do alegado na exordial de ação de improbidade. A tese venceu por maioria, e os inconvenientes da posição pacificada são inúmeros.

Os argumentos contra a tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça passam ao largo da mera insatisfação para concentrarem-se na própria inconstitucionalidade material das decisões. Parte da doutrina convenientemente retrata o absurdo de tal presunção. Certa demora afinal é ínsita a qualquer processo, mas além disso “não parece em consonância com os princípios constitucionais do processo imputar os ônus da demora do trâmite processual, geralmente responsabilidade exclusiva do Estado, ao demandado.”⁶²

Conforme já se disse, ao passar por cima dos requisitos ensejadores da tutela cautelar passa-se por cima também das garantias constitucionais da presunção de inocência⁶³ e do devido processo legal⁶⁴, ambas insertas no título dos direitos e garantias fundamentais, e também cláusulas pétreas. Desta maneira, no plano individual ocorre absoluta violação de direitos fundamentais toda vez que no ajuizamento da ação de improbidade o juiz concede o pedido de indisponibilidade com base presunções. É basilar nos Estados Democráticos de Direito que a inocência se presume, e não a culpa. Como se evidencia, nas ações de improbidade em que a decretação de indisponibilidade ocorre com apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, invertem-se as regras constitucionais, com infelizes efeitos no cotidiano da Administração Pública.

⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1366721/BA. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Og Fernandes. Primeira Seção. Julgamento em 26.02.2014. Publicado em 19.09.2014.

⁶¹ Correspondente ao incidente de resolução de demandas repetitivas do art. 976 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.

⁶² PENÃ, Eduardo Chemale Selistre. Os pressupostos para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 38. n. 224. p.333-355, out. 2013.

⁶³ Aplicável não somente ao penal, mas a qualquer espécie de processo ou procedimento, “diante da presunção de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados pela acusação. Na falta desses, é dever do magistrado confirmar, com um solução absolutória, o originário *status* de inocência.” (GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 442).

⁶⁴ “Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica [...] Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 635-636).

A violação ao mandamento constitucional pode na prática se mostrar aterradora. A decretação de indisponibilidade do indivíduo, comumente sem garantir o contraditório prévio, acarreta em graves prejuízos. O bloqueio imediato das contas bancárias dos acusados em ação de improbidade é nefasto. Não raro há o bloqueio de verbas de caráter alimentar, como salários, aposentadorias e pensões, o que se não houvesse a presunção do *periculum in mora* deixaria de acontecer em muitos casos, notadamente quando o réu demonstra liquidez patrimonial para saldar eventuais dívidas provenientes de condenação. Economias de décadas são repentinamente bloqueadas com base em presunção inconstitucional.

A provisoriamente ínsita às cautelares leva ao correto entendimento segundo o qual a concessão da liminar deve permitir à parte sofredora da constrição, independente do resultado final da demanda, manter-se sóbria nos seus negócios.⁶⁵ Aliás, na tutela antecipada isso se confirma na regra do artigo 273, §2º do CPC, proibidor da irreversibilidade do provimento antecipatório fundado no *fumus* e no *periculum*. A presunção do perigo da demora, por sua vez, ignora a situação concreta dos agentes acusadas do ato de improbidade e faz cessar o fluxo financeiro das contas bancárias dos réus.

É imperioso ressaltar que inexistente na Lei 8.429/92 e no art. 37, §4º da Constituição qualquer previsão sobre presunção do perigo de dano. Ao revés, a norma constitucional ao dispor sobre as sanções “na forma e gradação previstas na lei”, impõe respeito aos requisitos das cautelares presentes na legislação processual, notadamente o Código de Processo Civil. Sendo assim, ao mesmo tempo em que macula as disposições do Código de Processo Civil sobre os requisitos imprescindíveis à concessão da cautelar – pois a presunção em verdade é a própria suplantação do requisito do perigo da demora – a prática pacificada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça subverte a presunção de inocência identificada no art. 5º, LVII da Lei Fundamental, tanto como viola a cláusula do *due process of law* do art. 5º, LIV.

Porém, a par das críticas a que se sujeita a posição consolidada no Superior Tribunal de Justiça, de fato a publicação da decisão final no Recurso Especial nº 1.366.721 – BA tende, por força da norma do incidente de demandas repetitivas, a estabilizar em caráter nacional as dúvidas sobre a presunção do fundado receio de dilapidação patrimonial nas ações de improbidade.⁶⁶ Com vistas a salvar a interpretação de inconstitucionalidade é preciso compreender qual a espécie de presunção pontuada pelo Superior Tribunal de Justiça. São os mesmos princípios que servem de fundamento à crítica da posição majoritária sobre o tema na jurisprudência dão suporte à conclusão segundo a qual a presunção aventada é *relativa*, portanto sempre admite prova em contrário pelo réu, a quem cabe o ônus dos fatos desconstitutivos do direito do autor também no âmbito das cautelares.

⁶⁵ ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Ação civil pública. Tutela antecipada - desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 105. n. 207. p.207-219, jan. 2002.

⁶⁶ Salvo se em sede de recurso extraordinário houver mudança de entendimento.

Logo, a única interpretação constitucional possível da posição manejada pelo Superior Tribunal de Justiça é aquela que entende que o perigo da demora implícito na verdade satisfaz uma presunção *juris tantum*. Seria incabível admitir a presunção absoluta do *periculum in mora* em sede cautelar, mais uma vez por afronta à presunção de inocência e ao devido processo legal. Como assaz repetido, o mero ajuizamento da ação de improbidade não pode afrontar o direito de disposição patrimonial do réu. Se mesmo que assim proceder o juízo, sempre caberá àquele que teve sua esfera patrimonial constringida a impugnação da decisão via sistema recursal para afastar a presunção instaurada quando da distribuição processual.

3.4 A suposta imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no art. 37, §5º da Constituição Federal

As ações de improbidade administrativa não raro estão acompanhadas de pedidos de ressarcimento ao erário por danos causados por agentes ou particulares em tese ímprobos. Nesses casos, é usual a invocação do art. 37, §5º da Constituição Federal para afastar a prescritibilidade da pretensão condenatória. A norma tem a seguinte redação: “Art. 37. (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” A parte final do dispositivo dá lastro à interpretação segundo a qual pretensões de ressarcimento ao erário seriam imprescritíveis.

A prescrição e a decadência são institutos ligados à segurança jurídica.⁶⁷ Fulminam, pelo decurso do tempo e pela inércia do titular da pretensão, o direito de ir à juízo obrigar a parta adversa à prestação da obrigação. O princípio da isonomia exige que, como regra, a prescrição se estenda a todos os sujeitos de direito, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado. O conflito entre o interesse público de se ressarcir o erário e a segurança das relações jurídicas é o embate necessário à interpretação adequada do art. 37, §5º da Constituição Federal.

Sob esse prisma, não se perde de vista que a Constituição é expressa naqueles casos em que excepciona a segurança jurídica em prol da imprescritibilidade de pretensões jurídicas, como em crimes de racismo (art. 5º, XLII) e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV), não constituindo o art. 37, §5º exemplo disso. Não se averigua possível fazer interpretação extensiva do preceito em prejuízo de direitos fundamentais, o que é basilar.

Ademais, a ampla defesa sairia prejudicada se fosse permitido ao Estado a qualquer tempo ajuizar medidas judiciais restritivas da esfera patrimonial do cidadão. Como se defender mediante o uso do sistema processual de provas se não é mais possível obter

⁶⁷ A mais recente obra completa sobre o tema da segurança jurídica e sua relação com o Direito Administrativo contribui para o aperfeiçoamento da noção ultimamente relegada na aplicação subjetiva e moralizante da legislação. Cf. VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

documentos e testemunhos aptos à comprovação da inocência do acusado? Muito difícil, senão impossível em casos mais complexos, como por exemplo aqueles onde se admite, em tese, o cometimento de atos ímprobos culposos. Como atestar a cautela exigida para afastar a culpa se, décadas depois, não existem mais documentos ou pessoas aptas a testemunhar? Inconstitucionalmente, se presumirá mais uma vez nessas situações a má-fé do servidor? Os inconvenientes são intransponíveis.

Com bases nesses mesmos argumentos, Emerson Gabardo afasta a interpretação usual do art. 37, §5º e sugere que “a melhor leitura da segunda parte desta regra, a partir de um Estado social e democrático de Direito, seja a de inferir que a ressalva refere-se apenas à impossibilidade de inclusão do prazo decadencial das ações de ressarcimento na mesma lei que estabelece o prazo relativo aos atos ilícitos”⁶⁸, posicionamento seguido por Celso Antônio Bandeira de Mello.⁶⁹ Outros autores que se dedicaram com profundidade ao tema concluem o mesmo.⁷⁰ A razão é simples, e reside no fato de que na lei que estabelece as sanções aos atos de improbidade, as consequências dos atos são mais graves, exigindo-se prazos prescricionais *menores*. Na outra lei, da parte final do art. 37, §5º da Constituição, a pretensão a fulminar é indenizatória. Entre a sanção pelo ilícito e o ressarcimento patrimonial, obviamente a condenação à restituição patrimonial é menos grave, o que permite, a juízo do legislador, prazos mais extensos de prescrição. É desnecessário, mas não custa dizer, que prazos mais extensos *não significa imprescritibilidade*.

⁶⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 313.

⁶⁹ “O art. 37, §5º, da Constituição estatui que: ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. A segunda parte do dispositivo dez despertar a suposição, amplamente disseminada, de que seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento. A esta posição aderimos até a 26ª edição deste *Curso*. Já hoje (...), revimos esta posição sob influência do que Emerson Gabardo expôs sobre a matéria. (...) De fato, o Poder público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem. Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1057; 1073).

⁷⁰ “Contudo, à luz de uma interpretação teleológica e sistemática da citada regra, com a calibração dos princípios jurídicos aplicáveis à espécie, notadamente o da segurança jurídica, constata-se que a ressalva feita pelo dispositivo constitucional não pode ser quanto à imprescritibilidade de ações de ressarcimento, mas sim no que tange à legislação aplicável: uma aos agente públicos e aos terceiros que pratiquem atos ilícitos que causem prejuízos ao erário, em defesa da probidade, e outra versando especificamente sobre a respectiva ação de ressarcimento, em defesa do patrimônio público. É dizer, a finalidade do art. 37, §5º, é firmar que será necessária a existência de duas leis: uma lei para o estabelecimento dos prazos de prescrição por ilícitos praticados por qualquer agente público ou terceiros que causem dano ao erário, e outra que regulamente a ação de ressarcimento, fixando, inclusive, o prazo prescricional aplicável a cada uma delas.” (HUMBERT, Georges Louis Hage. As ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são prescritesíveis. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 12, n. 132, p. 24-28, fev. 2012. p. 25-26). “Como regra geral, a violação de um direito faz nascer para seu titular uma pretensão, que se extingue pela prescrição, sendo certo que as regras que estabelecem prazos extintivos têm em mira o interesse público pela estabilidade das relações, indispensável para o convívio em sociedade, de forma que, para nós, o artigo 37, §5º, da Constituição Federal deve ser entendido sob esse enfoque.” (PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado: exegese do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição Federal e aplicabilidade da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 10, n. 112, p. 7-19, jun. 2010. p. 11).

Diante desses fundamentos, a interpretação literal da norma constitucional perde amplitude, haja vista que o “o princípio da legalidade, nuclear no Estado de Direito, com a dimensão que modernamente a ele se atribui, em determinadas situações, ainda que excepcionais, deve ceder espaço a outros princípios que, diante de determinado caso concreto, deverão prevalecer para resguardar a segurança das relações jurídicas (...). É a partir dessa noção que devemos desenvolver o tema proposto, uma vez que a revisão do ato administrativo encontra limites em outros princípios, como o da boa-fé e da segurança jurídica, este último tendo como consectário inafastável o tempo.”⁷¹ Demonstra-se, portanto, que não é apenas a condenação por multa civil prevista como sanção na Lei nº 8.429/92 que está sujeito à prescrição, mas também a pretensão de ressarcimento ao erário buscado nas ações de improbidade administrativa, posto que “a Constituição Federal não pode ser interpretada no sentido de consagrar, nesse caso, a imprescritibilidade.”⁷²

Todas essas questões estão sendo analisadas no Recurso Extraordinário nº 669.069-MG, afetado pelo instituto da repercussão geral. Já foram proclamados até então 4 (quatro) votos a favor da interpretação que preza pela prescritibilidade das ações de ressarcimento, tese em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.⁷³ Na subsistência da interpretação a favor da prescritibilidade, certamente os mecanismos de controle e fiscalização serão aprimorados para que o ressarcimento seja buscado no transcurso do prazo prescricional de atualmente 5 (cinco) anos.⁷⁴ Lembre-se que como se trata de mera pretensão condenatória de *ressarcimento patrimonial*, não excludente de outras *penas*, nada impede que o legislador aumente o prazo prescricional hoje em vigência. Basta, para tanto, respeitar o respeito o princípio da proporcionalidade.

3.5 A aplicação desproporcional e atécnica das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa

Infelizmente, a confusão entre ressarcimento e sanção acima exposta é recorrente na jurisprudência. O descuido com a técnica as vezes impressiona. Igualmente, não rara é a

⁷¹ PELEGRINI, Marcia. *Idem*. p. 9-10.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p.88.

⁷³ Até a data de revisão deste trabalho, em 25/09/2015, os seguintes Ministros já haviam votado a favor da prescritibilidade: Teori Zavascki (relator), Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. Faltavam apenas mais 2 (dois) votos de 7 (sete) para consagrar a tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

⁷⁴ São importantes as conclusões de Ada Pellegrini Grinover a respeito do tema: “Nesse particular, não há dúvida da relevância, para o interesse público, dos fatos narrados nas iniciais de diferentes demandas ajuizadas pelo Ministério Público. Os números e cifras nelas indicados são, não raro, estarrecedores, assim como podem ser repugnantes os ilícitos imputados aos demandados. Contudo, contrariamente ao que se passa na mídia, os pleitos que são submetidos ao Judiciário não podem, por sua seriedade, subsistir à custa de estardalhaços, de anúncios impactantes e de ensaios que, por tempo excessivo – aos olhos da Constituição e da Lei –, permaneceram apenas como tais; e que, por isso mesmo, tardam a se traduzir na efetiva, concreta, prática e objetiva propositura da ação de responsabilização por improbidade administrativa. Quando esta, enfim, veio a lume, a soma de tudo isso de que se falou pode resultar na consumação do fenômeno extintivo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p.87).

aplicação desproporcional de sanções pelos atos ímprobos confirmados em decisão judicial. Não devia ser assim.

Já se demonstrou anteriormente que o núcleo principiológico constitucional em matéria sancionatória obriga a interpretação restritiva dos dispositivos da LIA. Nesse passo, a aplicação das sanções⁷⁵ em consonância com o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Sem ignorar o leque que se abre para o estudo da proporcionalidade na subsunção das condutas às hipóteses infracionais,⁷⁶ este breve subtópico trata da observância da proporcionalidade das sanções previstas no art. 12 da LIA.⁷⁷

O art. 12 da Lei nº 8.429/92 expressa o princípio condutor da aplicação de penas dessa natureza. O princípio da proporcionalidade referido nesse dispositivo “é o mesmo aplicável em direito penal, que também é chamado de princípio da proibição do excesso, ao significar que a pena deve ser aplicada conforme a culpabilidade do agente, não podendo, com isso, haver excessos.”⁷⁸

Em se tratando de sanções administrativas a proporcionalidade da punição é pressuposto de validade do ato restritivo de direito. A mesma lógica se aplica às sanções de improbidade administrativa previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. Uma vez que sanções administrativas e penais são medidas que “atingem de modo negativo a esfera jurídica dos particulares, razão pela qual deve ser aplicada com observância do princípio da proibição do excesso e seus corolários: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”⁷⁹ A aplicação da sanção de improbidade em excesso e em desacordo com o princípio da proporcionalidade é inválida e está maculada pelo arbítrio.

Embora o art. 12, parágrafo único da LIA determinar que “Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”, até agora não se viu o desenvolvimento de critérios seguros de dosimetria refletidos na aplicação das sanções pelos Tribunais. Embora haja autores que

⁷⁵ Desde que entendidas constitucionais as penalidades do art. 12 e incisos, em consonância com o princípio da tipicidade. Como o objetivo aqui é demonstrar pontualmente problemas práticos de aplicação da LIA, parte-se do pressuposto, neste subtópico especificamente, que o dispositivo citado não adentra no universo de normas inconstitucionais em vigência no ordenamento brasileiro.

⁷⁶ O problema é discutido, ainda que em linhas gerais, por Mauro Roberto Gomes de Mattos: “O *caput* do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa tem caráter aberto, quando estipula que qualquer ação ou omissão culposa, ou involuntária do agente que enseja a perda patrimonial do ente de direito público acarretará as graves sanções que a lei elenca. Ora, o agente que involuntariamente comete uma pequena lesão será enquadrado na mesma graduação daquele que dolosamente causou prejuízo, por ação ou omissão, ao erário. (...)” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Atos de Improbidade... Op. Cit.* p. 2517).

⁷⁷ “É certo que determinadas condutas ilícitas, praticadas por agente públicos em suas vidas privadas, não têm por que integrar necessariamente o núcleo da falta de probidade administrativa. A proporcionalidade exige que se analisem condutas sob perspectivas distintas, valoradas gradualmente a partir da ideia de que existem múltiplos mecanismos institucionais de reação contra os atos ilícitos.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* p. 79).

⁷⁸ COPOLA, Gina. Das penas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92, art. 12). *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 9, n. 102, p. 42-48, ago. 2009. p. 47.

⁷⁹ MELLO, Rafael Munhoz. *Op. cit.* p. 35.

citem vigas mestras para definição da proporcionalidade das penas⁸⁰, falta na doutrina brasileira o desenvolvimento de critérios objetivos de dosimetria das sanções da LIA que tragam segurança e previsibilidade aos agentes públicos e demais cidadãos. A sensação é de que, uma vez condenado, abrem-se as portas de uma loteria, na qual o sujeito aguarda na sorte ou no azar uma das trilhões de combinações possíveis sem qualquer critério seguro de aplicação da pena. Da sentença à decisão colegiada final transparecem inúmeros cenários de punição, todos vagos e incertos, e muitos em clara desproporção em relação ao ato cometido.

Há quem inclusive defenda a aplicação analógica do art. 59 do Código Penal⁸¹ para concretizar de certo modo o princípio da proporcionalidade nos casos concretos e trazer alguma objetividade ao sancionamento pelo ato ímprobo, posto que patente a insuficiência do art. 12 da LIA para este fim.⁸²

A incerteza a respeito de quais sanções incidiram na esfera pessoal do sujeito passivo da ação de improbidade constitui novamente um sério problema. Assim como aquele identificado em relação ao princípio da tipicidade, as sanções do art. 12 e incisos da LIA aplicadas em dissonância com o princípio da proporcionalidade pode travar o desenvolvimento do exercício da função administrativa estatal. Pergunta-se mais uma vez: quem saberá dizer ao certo em quais penas incidirá alguém que comete um ato ímprobo? A gravidade do ato nem sempre acompanha proporcionalmente o sancionamento, pois a perspectiva moralizadora na aplicação das penas e a indevida presunção de má-fé do servidor público contribui para o distanciamento da proporcionalidade.

⁸⁰ "A justificação do juízo valorativo inerente à dosimetria das sanções é condição para avaliar a objetividade do coeficiente sancionatório imposto na defesa ou proteção do bem jurídico violado. Podem ser citados: (i) a natureza das atribuições e o nível de responsabilidade da função pública exercida pelo sujeito ativo em face do sujeito passivo lesado (art. 2º); (ii) o tipo de vínculo funcional mantido com o ente lesado (art. 2º); (iii) a forma de comportamento dos agentes públicos (art. 2º) e terceiros (art. 3º) responsabilizados pela improbidade; (iv) a extensão do rol de sujeitos envolvidos e responsáveis pelo ato de improbidade (art. 2º e 3º); (v) o grau de lesividade material objetiva da conduta ímproba em relação ao bem jurídico (art. 9º, 10 e 11); (vi) a configuração objetiva (fática) da conduta ímproba (arts. 9º, 10 e 11); (vii) o elemento subjetivo visualizável no processo de tipificação (arts. 9º, 10 e 11); (viii) a dimensão e forma de ocultação dos bens e valores obtidos ilícitamente (art. 9º); (ix) o tipo de vantagem patrimonial indevida obtida (art. 9º); (x) a dimensão patrimonial dos prejuízos causados ao erário (art. 10); (xi) a dimensão do enriquecimento ilícito de terceiros (art. 10); (xii) a complexidade da função pública exercida (art. 11); (xiii) a importância do gozo dos direitos políticos na situação jurídica do condenado (art. 12); (xiv) o potencial dissuasivo da punição pecuniária da multa civil na prevenção de reincidência do condenado (art. 12); (xv) a influência dos direitos interditados na situação jurídica do condenado (art. 12). A 'exemplariedade' das sanções também constitui outro fator legal, na medida em que se trata de sistema punitivo, com escopo preventivo e repressivo de condutas funcionais ilegítimas." (OLIVERIA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.* p. 336-337).

⁸¹ "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível."

⁸² HAGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa... Op. cit.* p. 161.

Esses alertas visam chamar atenção para a necessidade de respeito absoluto ao princípio da proporcionalidade na aplicação isolada ou cumulativa das sanções pela jurisprudência. Visam, outrossim, sublinhar a falta na doutrina e fomentar o desenvolvimento mais aprofundado da relação entre sanção por atos de improbidade e proporcionalidade.⁸³

4. Considerações finais: consequências da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deslocada das garantias constitucionais - desvirtuamento da finalidade constitucional e legal

Diante da análise empreendida, impende anotar as considerações de Emerson Gabardo sobre os tempos hoje vividos. Para o professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, o momento é “de forte desejo por moralidade; só que não podemos deixar que essa ansiedade reverbere numa caça às bruxas, ou ainda implique uma movimentação do Judiciário, e particularmente do Ministério Público, no sentido de impulsionar ações que na realidade vão tirar a credibilidade da aplicação prática das leis que têm de alguma forma como objeto o Direito Administrativo.”⁸⁴

Concorda-se plenamente com a reflexão. Os pontos problemáticos da aplicação da LIA acima trabalhados elucidam os vários inconvenientes de sua utilização desvinculada de garantias positivadas na Constituição Federal. Os poucos aspectos aqui enfrentados são parcela dos sintomas de uma verdadeira *caça às bruxas* que desrespeita o procedimento e garantias previstos na Constituição para os acusados em prol de punição rápida e exemplar. A caça e a corrida empreendidas contra a corrupção terminam no palco, onde a sociedade assiste como plateia a humilhação dos sujeitos que a seus olhos desde sempre foram desonestos. Esse teatro transformado em espetáculo midiático em nada se parece com os anseios estabilizados pelo constituinte originário em 1988.

O papel corajoso do Ministério Público e demais órgãos de controle não pode desandar em abuso. Antes de tudo, devem prezar pela garantia da ordem jurídica constitucional, jamais deixando o anseio por moralidade, geralmente de cunho subjetiva, insuflar seus agentes formadores de vontade. Ninguém é contra o enfrentamento da corrupção, que deverá ser sempre racional e utilizador de métodos condizentes com as normas constitucionais.

Permite-se ainda concluir que o enfrentamento da corrupção à distância dos direitos e garantias fundamentais termina por *gerar* corrupção. A nobreza dos fins que aparentemente justifica os meios retira da vida pública as pessoas honestas e bem intencionadas. O combate eficaz à corrupção só se alcança em compasso com o respeito à garantias constitucionais, senão com a ampliação dos direitos fundamentais dos acusados. Afinal, a “ausência desses direitos, além de não garantir níveis menores de impunidade, ao contrário, geralmente

⁸³ Para introdução ao tema, cf. SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na lei nº 8.429/92. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 238, p. 237-263, Out./Dez. 2004.

⁸⁴ GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios... *Op. cit.* p. 16.

fomenta índices mais significativos de inoperância acusatória e também afeta a legitimidade dos processos punitivos, gerando descrédito institucional.”⁸⁵

Nenhum agente público consegue exercer suas funções com tranquilidade e segurança se sob sua cabeça pende a espada do medo. O receio de ser processado injusta e acriteriosamente, em prejuízo de seu patrimônio e honra pessoais, gera o afastamento da vida pública dos gestores e agentes compromissados com o bem comum.⁸⁶ De que vale a pena doar-se em favor da sociedade se ela mesma desatende os princípios constitucionais para *presumir* o agente público corrupto? Para aquele sujeito compromissado com o bem comum, mas certo de que ao final de seu mandato ou durante sua carreira terá como prêmio uma ação judicial, melhor será o afastamento da vida pública. Essa posição ao menos evita-lhe achaque aos seus direitos constitucionais e vexames midiáticos replicados à velocidade da internet.

Se não os números ainda, os indícios e traços do cotidiano demonstram que a *caça aos corruptos* desvirtua a finalidade legal da LIA. O efeito notado é a indiferença dos honestos e a manutenção dos agentes mal intencionados na Administração Pública. Nos postos de comando sobram principalmente aqueles sujeitos descompromissados, mas preparados para o enfrentamento de longos e custosos processos judiciais. Lamentavelmente, esses é que em prejuízo da sociedade se *arriscam* na gerência da coisa pública, e dela tentam extrair benefícios particulares na maior medida do possível, sempre em prejuízo do real detentor do poder, o povo.

5. Referências

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Ação civil pública. Tutela antecipada - desproporcionalidade entre drasticidade da liminar concedida e possível sentença de procedência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 105. n. 207. p.207-219, jan. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARDOSO, Cassiano Pereira. O princípio da taxatividade penal na Constituição brasileira. 2004. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004.

COPOLA, Gina. Das penas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92, art. 12). *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 9, n. 102, p. 42-48, ago. 2009.

⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* p. 26.

⁸⁶ Carlos Roberto Barbosa Moreira cita excerto do voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Especial nº 721.190-CE e do Ministro Teori Albino Zavaski no Recurso em Mandado de Segurança nº 25.917-RJ: “Se é verdade (conforme lição tantas vezes repetidas) que o processo criminal, por si só, já representa uma pena, outro tanto se pode dizer de uma ‘ação cível com cunho penal’, pois ‘a pendência de uma ação de improbidade, por si só, é um dano sério.’ Daí a afirmação corrente de que, para o recebimento da petição inicial da ação de ressarcimento por ato de improbidade administrativa, é imprescindível que se configure, além das condições genéricas da ação, uma *justa causa* (...).” (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Ação de Improbidade Administrativa. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 38, v. 218, p. 313-325, abr. 2013. p. 316).

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIESP. *Corrupção*: custos econômicos e propostas de combate. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 01 set. de 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. A "corrupção" e a improbidade: uma reflexão. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum. 2008. p. 253-260.

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: breve estudo sobre o princípio da insignificância. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 12, n. 134, p. 9-17, abr. 2012.

_____. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade Administrativa: decadência e prescrição. *Interesse Público*. Porto Alegre, Notadez, n.33. a. 7. p.55-92, set./out., 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

_____. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. *Interesse Público*. Belo Horizonte, Fórum, n. 58. a. 11, p. 165-182, nov./dez.2009.

_____. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade. *Interesse Público*. Belo Horizonte, n. 61, a. 12, p.109-133, maio./jun., 2010.

_____. *Improbidade Administrativa*: comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015.

HUMBERT, Georges Louis Hage. As ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa são prescriteis. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 12, n. 132, p. 24-28, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ato de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário: inconstitucionalidade da expressão culposa do art. 10 da Lei nº 8.429/92. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 3, n. 29, p.2515-2520, jul. 2013.

_____. *O Limite da Improbidade Administrativa*: os Direitos dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*. Belo Horizonte, a. 5, n. 22, p.25-57, out./dez. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Ação de Improbidade Administrativa. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 38, v. 218, p. 313-325, abr. 2013.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum. 2008. p. 15-35.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado: exegese do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição Federal e aplicabilidade da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, a. 10, n. 112, p. 7-19, jun. 2010.

PENÃ, Eduardo Chemale Selistre. Os pressupostos para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 38. n. 224. p.333-355, out. 2013.

SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na lei nº 8.429/92. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 238, p. 237-263, Out./Dez. 2004.

SILVA, Ovidio A. Batista da; GOMES, Flávio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1319515/ES. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento em 22.08.2012. Publicado em 21.09.2012.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1366721/BA. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Og Fernandes. Primeira Seção. Julgamento em 26.02.2014. Publicado em 19.09.2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum. 2008.

PARTE IV

MECANISMOS DE APRIMORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA TRANSPARENTE, EFICIENTE E DEMOCRÁTICA



TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO: O CAMINHO PARA A GARANTIA DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ENEIDA DESIREE SALGADO*

TARSO CABRAL VIOLIN**

Sumário: 1. Introdução; 2. A história da opacidade da Administração Pública brasileira e a Constituição de 1988; 3. A Lei de Acesso à Informação e suas origens; 4. Os objetivos da Lei de Acesso à Informação; 4.1. A transparência e o direito à verdade; 4.2. A transparência da Administração Pública; 4.3. A transparência dos recursos públicos transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos; 5. Uma proposta para o controle social: a transparência do processo de nomeações dos ministros do Supremo Tribunal Federal; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

O Brasil, segundo sua Constituição de 1988, é um Estado Social, Republicano e Democrático de Direito. Levando em consideração que esses adjetivos não são qualidades vazias e que, como cláusulas constitucionais, revestem-se de força normativa, deve-se sublinhar seu significado nos âmbitos estatais e públicos.

* Professora do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Direito e em Políticas Públicas - Mestrado e Doutorado - da UFPR. Mestre e doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, com estágio de pós-doutoramento à *Universidad Nacional Autónoma de México*. Pesquisadora e vice-líder do Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Publicou os livros: "Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico - Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro", "Princípios constitucionais eleitorais" e "Lei de Acesso à Informação". É coordenadora das obras "Sistemas eleitorais: Experiências Iberoamericanas e Características do Modelo Brasileiro", "Partidos Políticos e seu regime jurídico", "Direito Eleitoral - Debates Iberoamericanos" e "Direito, Felicidade e Justiça".

** Professor dos Cursos de Especialização da Academia Brasileira de Direito Constitucional e do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; e da Graduação da Faculdade de Pinhais - FAPI Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Doutorando em Políticas Públicas na UFPR. Autor do livro "Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica" e coordenador do livro "Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas". Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor da UFPR. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Terceiro Setor (Fórum). Membro das Comissões de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR. Advogado em Curitiba

A ideia de República implica a exigência de que os agentes públicos – todos eles – atuem em busca do interesse público, da coisa pública, do bem comum. Um regime republicano impõe um conteúdo essencial aos atos do Poder Público, do que não é possível nos afastarmos, sob pena de ilegitimidade e ilegalidade: a finalidade pública estabelecida pelo ordenamento jurídico, substancialmente na Constituição.¹ Se deve sublinhar, mesmo que no pensamento republicano pressupõe-se que o papel do governo é o de promover a liberdade dos cidadãos e que a função dos cidadãos é de vigiar os governantes.²

Por sua vez, a Democracia requer que os fins que sirvam como direção para a atuação do Estado e de seus agentes sejam determinados por meio de um consenso que envolva o maior número possível de pessoas e que essa participação na formação da vontade do Estado ocorra baseada em condições de livre informação e expressão.³ Assim mesmo, um regime democrático que se assinala pela representação política pede também um poder em público,⁴ transparente e suscetível de controle.

É possível afirmar que uma República democrática determina, com força de norma constitucional, quem governa e como se governa. E para que se possa afirmar também sua efetividade e sua realidade, é indispensável a função de cidadão, virtuoso e participativo, comprometido com os princípios e valores compartilhados pela comunidade política. Para tanto, é imprescindível o acesso à informação, de fontes plurais e confiáveis, e também a transparência na gestão do interesse público.

Em um Estado Republicano de Direito é garantida a supremacia do interesse público, inclusive os direitos dos cidadãos em determinado Estado, tempo e momento históricos, ou seja, os direitos fundamentais.⁵ Nesse tipo de Estado não são apenas os Poderes que se controlam de forma harmônica e independente (*accountability* horizontal), mas também são controlados pelos cidadãos (*accountability* vertical). É necessária, assim, uma nova cultura por parte das instituições, dos governantes, da burocracia e dos cidadãos, no sentido de cumprimento do direito fundamental à informação.

Note-se que o direito de petição para fins de transparência e informação já havia sido previsto no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 previu que todo o indivíduo tem direito “de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60-77.

² PETTIT, Philip. Republican Theory and Political Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust and Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998, p. 295-314.

³ HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: _____. *A Constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 75-142.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 386 e ss.

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.

qualquer meio de expressão”. O art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 determina, ainda, que “toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”. E no Brasil?

2. A história da opacidade da Administração Pública brasileira e a Constituição de 1988

Embora a República, para a surpresa do povo, tenha sido proclamada em 1889, os princípios republicanos não foram interiorizados pelos governantes e tampouco pelos governados. Devido à peculiar trajetória do Brasil colônia ao Brasil republicano, Raymundo Faoro afirma que o Estado acabou por anteceder a sociedade brasileira, sendo formado e sustentado por uma estrutura político-social patrimonialista.⁶

A noção de burocracia weberiana, como um fundamento da dominação racional-legal, em que a autoridade obedece o Direito quando ordena e onde os mandatos são impessoais, e o quadro funcional profissional atua objetivamente,⁷ não se harmoniza com um espírito forjado por uma indiferença às leis quando contrárias às afinidades emotivas do brasileiro.⁸

Os cargos públicos, caracterizados durante o Brasil Colônia por seu patrimonialismo, por seu uso privado, pelo predomínio da fidelidade pessoal, pela multiplicidade de funções, pela estabilidade, por sua ausência de especialização profissional, e por sua associação com o enobrecimento,⁹ continuam com os mesmos atributos no imaginário social, inclusive com a transferência por herança, ainda que de maneira informal, desses cargos.

Na verdade, se a Administração gere interesses pessoais dos administradores, nada mais natural do que os negócios indevidamente chamados de públicos cubram-se com uma cortina de opacidade. E isso ainda ocorre no Brasil nos dias de hoje.

O elevado número de nomeações sem concurso público e um conjunto de cargos públicos utilizados para acomodar aliados políticos por vezes acaba por transformar o aparato administrativo em um comitê eleitoral prospectivo, com o administrador alternando os nomes e os postos conforme as “luzes” que se pretende lançar sobre os correligionários. A utilização promocional da publicidade institucional é outro exemplo de desvio que o sistema brasileiro não consegue extinguir.

⁶ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 819 e ss.

⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 139-161.

⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, p. 113 y ss.

⁹ Conforme CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 40, n° 2, 1997, p. 229-250.

Com as primeiras tentativas de implementação de um Estado Social e uma Administração burocrático-weberiana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 previa no capítulo dos direitos e garantias individuais, em seu art. 113, número 35, tratando de processos nas “repartições” públicas, a “comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva”.

Depois da apropriação do Poder Público pelos militares após o golpe de Estado de 1964 e quase 25 anos de obscuridade, a doutrina colocou em marcha o intento de uma redefinição do espaço público e seu governo baseado no interesse público,¹⁰ culminando na Assembleia Constituinte de 1987.

Fundamentando-se na necessidade de um novo substrato jurídico, a Constituição de 1988 estabelece um conjunto de princípios e regras que, rompendo com o sistema anterior, busca instituir um novo modelo de governo com a força normativa de seus preceitos.

O *caput* do art. 37 da Constituição trata dos princípios expressos da Administração Pública como a Legalidade, a Impessoalidade, a Moralidade e a Publicidade e, a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, se estabelece que também é princípio explícito a Eficiência.

A publicidade incluída no texto é entendida pela maioria dos governantes como algo muito próximo da propaganda, do *merchandising*. Embora o § 1º do art. 37 da Constituição determine seus contornos – “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.” – na realidade este canal não é utilizado pela Administração para a prestação de contas, como algo retrospectivo, mas sim para evidenciar, em uma linguagem promocional, um grupo político e seus futuros candidatos.¹¹

Por outro lado, é comum que se dê pouca visibilidade aos atos administrativos, principalmente as nomeações e concessões de vantagens. No Estado de Paraná, um escândalo noticiado em 2010 mostrou a existência de 700 “publicações” oficiais secretas da Assembleia Legislativa do Estado, algumas inclusive sem numeração, com a mesma data de edições numeradas, com publicações de atos administrativos que tinham um atraso de sete

¹⁰ Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60-77; e HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

¹¹ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio da publicidade e os abusos de poder político na democracia contemporânea In: AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-171.

anos. Entre 2006 e 2009 mais da metade (56,7%) dos atos oficiais da Assembleia haviam sido publicados de forma secreta.¹²

O Senado Federal também utilizou do mesmo expediente e cerca de 300 atos administrativos, que se referiam a nomeações, criação de cargos e ao aumento de salários foram mantidos em segredo. Depois da denúncia em 2009, o Presidente do Senado, José Sarney (ex-presidente da República pelo PMDB), responsável por muitos dos atos secretos, anunciou o portal da transparência no sítio da web do Senado Federal.

A Câmara Municipal de Curitiba tampouco foi exceção. Contratos administrativos de publicidade foram firmados secretamente, beneficiando vereadores e duas empresa de publicidade, sendo uma delas de propriedade da então esposa do presidente da Câmara, João Cláudio Derrosso (PSDB). Entre 2006 e 2011, o valor gasto chegou a R\$ 35 milhões.

Portanto, a equivocada visão da publicidade e a falta de clareza na gestão dos recursos públicos não foram exterminadas em decorrência do texto constitucional. Não há uma cultura de prestação de contas, de transparência, de uma verdadeira publicidade, que permita a *accountability* ou a responsabilização por parte dos administradores, nem uma mentalidade de vigilância, de controle e de participação por parte dos cidadãos.

No período pós-constitucional algumas legislações trataram de forma incipiente a questão da transparência e informações. A Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, determina em seu art. 4º que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”. A Lei nº 9.051/95 tratou da expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas à toda a Administração Pública nacional, na qual há a previsão de expedição no prazo improrrogável de quinze dias. Desde que informados os fins e razões do pedido. A Lei nº 8.987/99, a Lei de Processo Administrativo Federal, exige apenas do “administrado” o dever de “prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos” (art. 4º, IV), e não da Administração Pública.

Com a eleição do presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2002 e, posteriormente, a de Dilma Rousseff em 2010, ambos do Partido dos Trabalhadores, os dois detidos e torturados durante os anos de chumbo, a discussão sobre os arquivos da ditadura “trancados a sete chaves” voltou a ser um tema nacional.

Em 2005 foi editada a Lei nº 11.111, que regulamentava a parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, sobre as situações excepcionais de sigilo, foi revogada posteriormente pela Lei de Acesso à Informação.

¹² Sobre o escândalo dos “diários secretos”, e suas assustadoras dimensões, ver o conjunto de reportagens do jornal periódico Gazeta do Povo (<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/diariossecrets>).

Os intentos de estabelecer comissões da verdade, de revisar a Lei da Anistia e de responsabilizar os agentes do Estado por abusos não tiveram êxito, impedindo que se instalasse uma justiça de transição.

Uma vez mais, a resposta veio em forma de texto normativo: a Lei nº 12.527/2011.

3. A Lei de Acesso à Informação e suas origens¹³

O art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição, estabelece que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Para fins de regulamentação do dispositivo constitucional, desde 2003 tramitava o Projeto de Lei nº 219/2003 na Câmara de Deputados. Apresentado pelo Deputado Reginaldo Lopes (PT), esse projeto pretendia facilitar o acesso dos cidadãos às informações constantes em documentos de interesse público ou particular, mantidos pelos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, e para a documentação relativa à função administrativa do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, ou seja, quando esses dois Poderes atuarem como Administração Pública.

O art. 3º do projeto reconhecia a possibilidade de negativa das petições por informações nos casos de segredo de justiça e de risco o dano à segurança nacional, sobre a direção da política exterior, a segurança pública ou dos indivíduos e a investigação de fraudes fiscais. Existia também uma regulamentação sobre o acesso aos dados pessoais dos cidadãos.

Desde logo o projeto previa que o interessado não estava obrigado a apresentar razões de seu requerimento (art. 12), exceto para comprovar sua legitimidade nos casos de informações pessoais de terceiros.

Em sua exposição de motivos, o deputado citado se refere ao compromisso de transparência da Administração Pública e à necessidade de um instrumento para permitir o pleno conhecimento das ações estatais na atribuição, a qualquer cidadão, do direito de inquirir e obter informações dos órgãos públicos que garantissem a constante e plena sintonia com os princípios da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência. O deputado também defende a regulamentação e faz uma menção à lei estadunidense, portuguesa, francesa, espanhola e à *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental* do México de 2002. Inspirado na lei mexicana, o projeto adotou o preceito de que não se admite a invocação de um caráter reservado para os documentos que

¹³ Tema tratado em: SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação*. São Paulo: Atlas, 2015.

possam contribuir para a investigação de violações graves de direitos fundamentais ou de delitos de lesa humanidade.¹⁴

O trâmite do projeto de lei foi muito lento durante a legislatura 2003-2006. Em 2007 foi determinada a reunião do Projeto de Lei nº 1019, e em 2009, dos Projetos nº 5228/2009 e nº 1924/2007. Uma Comissão Especial foi instalada em agosto de 2009 e, posteriormente à realização de audiências públicas para debater seu conteúdo, um parecer foi aprovado em fevereiro de 2010, com a apresentação de um projeto substitutivo. O novo texto ampliou o alcance da normativa, incluindo o Poder Legislativo, o Poder Judicial (não constante no projeto substitutivo do relator), os Tribunais de Contas, o Ministério Público, a Administração Pública indireta e as entidades privadas sem fins lucrativos que recebessem subvenções públicas para a realização de ações de interesse público. Ademais, o projeto regulava detalhadamente a classificação da informação em relação ao grau e os prazos em que documentos públicos possam ser mantidos em segredo, como também tratava sobre a responsabilidade dos agentes públicos que neguem o acesso à informação.¹⁵

Já no debate parlamentar sobre o projeto no plenário da Câmara dos Deputados, foram propostas oito emendas. Na comissão, três dessas modificações foram rechaçadas, sendo as demais adicionadas ao texto. Sua versão final foi aprovada em 13 de abril de 2010.

No Senado, como casa revisora, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ratificou o projeto, que em seguida foi enviado à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Embora muitas emendas tenham sido apresentadas, somente foram aceitas modificações de redação do texto, sendo a versão aprovada em 27 de outubro de 2011. Posteriormente, o texto seguiu para a Presidência da República.

A presidenta Dilma Rousseff vetou dispositivos do texto aprovado no Parlamento, um para remover da lei a composição da Comissão Mista de Reavaliação de Informações e outro para reforçar a regra que proíbe a negativa de acesso às informações necessárias à tutela judicial ou administrativa dos direitos fundamentais.

4. Os objetivos da Lei de Acesso à Informação

A Lei nº 12.527/2011 é publicada e entra em vigor a partir de 18 de novembro de 2011, buscando garantir a “gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação” (art. 6º, I).

¹⁴ O projeto nº 219/2003 e sua exposição de motivos podem ser consultados no sítio da Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=115054&filename=PL+219/2003, acessado em 18 de setembro de 2015.

¹⁵ O parecer e os substitutivos foram publicados no Diário da Câmara dos Deputados de 02 de março de 2010, entre as páginas 5369 e 5394. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02MAR2010.pdf#page=357>.

No mesmo ano o representante da UNESCO no Brasil, Vincent Defourny, era otimista: “a implementação exitosa de leis como a brasileira, já existentes em cerca de 90 nações, produziu sociedades mais bem informadas, com direitos humanos ainda mais protegidos, com administrações públicas mais transparentes, eficientes e eficazes, e com cidadãos mais conscientes de seus direitos e responsabilidades coletivos”.¹⁶

A aplicação da Lei deve ser a mais ampla possível, para legitimar o exercício do Poder Público e a utilização dos recursos públicos, que são patrocinados por todos os cidadãos.

Uma importante disposição da Lei nº 12.527/2011 é a proibição de que sejam exigidos os motivos dos pedidos de informação, no art. 10, § 3º: “são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público”. O que não for possível apresentar imediatamente, a lei prevê um prazo de 20 dias para a efetivação da transparência, prorrogável por outros 10, com as devidas justificativas (art. 11).

A seção II do capítulo III se refere aos recursos em caso de negativa do acesso. O recurso tem em prazo de 10 dias, e a autoridade superior a aquela que negou a informação deve se pronunciar em outros 5 dias. A Controladoria Geral da União também recebe reclamações quanto ao descumprimento dos preceitos legais.

Os objetivos da Lei são de três ordens: 1. o direito à verdade e à memória e os documentos da ditadura; 2. o combate ao patrimonialismo e ao personalismo na Administração Pública; e 3. o controle social das pessoas jurídicas de direito privado que recebam verbas públicas.

4.1 A transparência e o direito à verdade

Em relação ao primeiro ponto, a Lei provoca uma alteração da lógica dos documentos do período da ditadura. Sua primeira diretriz é a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (art. 3º, I). Note-se que, inspirada na lei mexicana, a norma estatui que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” e que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso” (art. 21).

Na lei também se ampliam as hipóteses de limitação ao acesso às informações, embora baseadas em uma classificação cujo prazo de restrição mais longo é de 25 anos, se se trata de uma informação ultra secreta. Ademais, essa classificação deve ser fundamentada, com a identificação da autoridade responsável (arts. 23, 24, 27 e 28).

¹⁶ DEFOURNY, Vincent. Apresentação. In: Controladoria-Geral da União. Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, Brasília, p. 4.

Dessa forma e baseada na Lei, em maio de 2012 foi instituída a Comissão Nacional da Verdade,¹⁷ com o fim de investigar as violações aos direitos fundamentais durante a ditadura militar. Alguns militares firmaram um manifesto contra a Comissão Nacional da Verdade, incluindo um general aposentado que defendeu que nenhum militar deveria prestar nenhuma declaração perante o órgão. Entretanto, parece que os documentos dos anos da ditadura finalmente estão sendo revelados.

4.2 A transparência da Administração Pública

Por outro lado, a Lei de Acesso à Informação se refere ao centro da Administração Pública, buscando eliminar as velhas práticas patrimonialistas, clientelistas e personalistas dos agentes públicos brasileiros.

São várias as diretrizes da Lei, entre elas a publicidade como regra, sendo o sigilo a exceção, nos termos constitucionais; a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; o uso da tecnologia da informação; o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública; o desenvolvimento do controle social da Administração, com clara perspectiva de democracia participativa.

Além de permitir que qualquer cidadão possa acessar a Administração Pública para ter conhecimento sobre o conteúdo das informações de interesse público, também consta da Lei que “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão” (art. 5º).

Os artigos seguintes impõem aos órgãos e entidades do Poder Público a gestão transparente da informação; a transparência quanto a implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações governamentais, bem como das metas; a disponibilidade de informações sobre o resultado das inspeções realizadas, as auditorias, as prestações de contas; a divulgação das competências e da estrutura organizacional, das transferências financeiras, dos gastos realizados e dos processos de licitação. Essas informações devem estar detalhadas e disponíveis de forma que seja possível realizar uma busca e emitir informes eletrônicos.

A ideia é permitir, de forma ampla e fácil, o controle social dos recursos públicos. Cumprida a lei, o cidadão poderá verificar se o dinheiro público está sendo aplicado na realização do interesse público e na promoção dos direitos fundamentais. Com informações pormenorizadas sobre os atos e os contratos administrativos, será possível que o cidadão verifique se a atuação administrativa está sendo impessoal e equânime, como impõem os princípios constitucionais.

¹⁷ Para outras informações, ver o sítio da Comissão Nacional da Verdade na internet: <http://www.cnv.gov.br>.

O ponto mais polêmico desse aspecto é a divulgação individualizada dos salários dos servidores públicos. Existe uma discussão jurídica sobre a necessidade e a possibilidade de sua publicação, com defensores de ambos lados.

Se opõem aqui dois princípios ou valores constitucionais: a publicidade e a exigência de transparência de um lado e o direito à privacidade de outro. Uma verdadeira batalha jurídica se estabeleceu, por meio de medidas cautelares e de sentenças em todos os sentidos.

O Supremo Tribunal Federal defende a divulgação individualizada dos salários dos servidores por meio da internet. O STF, inclusive, divulga as remunerações de seus ministros e de todos seus servidores sem as informações de caráter pessoal, como indenizações e descontos, embora com os valores brutos e líquidos.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal, apreciando repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento a recurso extraordinário, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. O recorrente foi o Município de São Paulo, sendo *Amicus Curiae* a Advocacia-Geral da União e várias outras entidades em defesa da transparência.¹⁹

Em 2009, antes da Lei de Acesso à Informação, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é direito da coletividade contribuinte conhecer o valor das remunerações dos servidores públicos.²⁰ Ironicamente, as informações no sítio do STJ não são individualizadas nem tampouco são de fácil compreensão.

Os Tribunais de Justiça estaduais são, entretanto, mais relutantes a respeito da divulgação das remunerações de seus magistrados e servidores. No geral, suas decisões sustentam que essa publicação viola o direito de seus membros à privacidade, além de expô-los a criminosos. Na realidade, não obstante as respeitáveis opiniões em sentido oposto, seria absolutamente indispensável que fossem publicados não somente os vencimentos, mas também as vantagens adicionais recebidas, já que por vezes essas vantagens representam uma grande parte do valor realmente recebido.

As casas parlamentárias tampouco são exemplos de transparência. Ainda que seja possível controlar alguns dados, como o uso de passagens aéreas, as informações não são de fácil acesso. Nos Estados e Municípios a situação é ainda pior, menos transparente.

¹⁸ Para saber as remunerações dos magistrados e servidores do STF, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/remuneracao/listarRemuneracao.asp?periodo=092012&ano=2012&mes=09&folha=1>.

¹⁹ “Ementa: CONSTITUCIONAL. PUBLICAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO NOME DE SEUS SERVIDORES E DO VALOR DOS CORRESPONDENTES VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. 1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido. (ARE 652777, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015)”.

²⁰ STJ, 2ª Turma. REsp 718210, Relator Min. Herman Benjamin. Julgado em 08.09.2009, publicado no DJe 15.12.2009.

No âmbito nacional, o Poder Executivo é um modelo de transparência.²¹ No Portal da Transparência do Governo Federal o acesso a informações sobre os vencimentos, as vantagens, os aportes e os gastos, as transferências de recursos e os convênios e demais acordos de vontade são claros e de fácil compreensão. Desafortunadamente isso não se repete na maioria dos entes federativos.

A transparência dos gastos públicos, incluídos aqui os gastos com os servidores, parece ser uma dedução lógica do princípio republicano e do interesse público. A cidadania deve conhecer o custo do aparato administrativo e o valor do trabalho de seus agentes, para comparar a conformidade entre o valor financeiro e o resultado. Isso é absolutamente importante em um sistema no qual os controles internos e interinstitucionais não funcionam de forma adequada.

O fato é que ainda hoje, mais de quatro anos da edição da lei, os cidadãos ainda encontram muitas dificuldades para realizar o controle do Poder Público e de seus agentes.²²

4.3 A transparência dos recursos públicos transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos

Por fim, a Lei de Acesso à Informação se volta às entidades que recebem recursos públicos. Embora isso pareça ser natural, ou quem sabe quase óbvio, na realidade os controles sociais sobre as transferências de recursos eram – e seguem sendo – muito débeis.

Romeu Felipe Bacellar Filho, em dezenas de conferências, sempre alerta que dinheiro público é como o personagem da mitologia grega, Midas, o qual onde toca vira ouro. Para o Direito Administrativo, onde existir recursos públicos, o que tiver contato com dinheiro público, deve ser publicizado. Clèmerson Merlin Clève e Júlia Ávila Fanzoni entendem que “havendo dinheiro público envolvido, a regra é a publicidade”²³ e, portanto, entende-se que todas as entidades privadas que recebem recursos públicos devem ser transparentes.

O art. 2º da Lei nº 12.527/2011 impõe sua aplicação “no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres”. Seu parágrafo único ainda dispõe que “a publicidade a que estão submetidas as entidades

²¹ Já realizamos diversos pedidos de informação sobre temas variados e sempre fomos prontamente atendidos, dentro do prazo legal. Por exemplo, já solicitamos para o Ministério da Cultura informação sobre a existência de terceirizações ou parcerias com entidades do Terceiro Setor nos museus federais. A resposta foi prontamente atendida, no sentido de não existir privatizações em sentido amplo nesses museus.

²² O Estado de Paraná editou as Leis nº 16595/2010, nº 16897/2011 e a Lei Complementar nº 137/2011, todas tratando sobre transparência. Seus efeitos, todavia, são muito débeis. Até mesmo informações solicitadas de nosso interesse pessoal, junto ao Poder Público estadual, foram simplesmente ignoradas.

²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração pública e a nova Lei de Acesso à Informação. *Interesse público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013.

citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas”.

União, Estados e Municípios regulamentam a Lei por meio de Decretos dos Chefes do Poder Executivo (presidente, governadores e prefeitos), ou emitiram leis próprias.²⁴

²⁴ Legislação dos estados e do Distrito Federal sobre acesso à informação:

| Estado | Diploma normativo | Alcance normativo |
|--------------------|--|--|
| Acre | Não há | |
| Alagoas | Decreto nº 26.320/2013 | “Órgãos e Entidades da Administração Pública Direta, Autárquica, Fundacional, Entidades Gestoras de Fundos Especiais, Empresas Estatais dependentes e demais entidades controladas pelo Estado de Alagoas no âmbito do Poder Executivo Estadual” |
| Amazonas | Não há | |
| Amapá | Não há | |
| Bahia | Lei nº 12.618/2012 | “os órgãos públicos integrantes da Administração Direta do Poder Executivo Estadual; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado” |
| Ceará | Lei nº 15.175/2012 | “os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, Judiciário e do Ministério Público Estadual; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado do Ceará” |
| Espírito Santo | Lei nº 9.871/2012 | “os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Tribunal de Contas, a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado do Espírito Santo” |
| Goiás | Lei nº 18.025/2013 e Decreto nº 7.904/2013 | “aos órgãos integrantes da administração direta do Poder Executivo, aos demais poderes, bem assim aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público e ainda às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado de Goiás” (Lei) |
| Maranhão | Não há | |
| Minas Gerais | Decreto nº 45.969/2012 | “administração direta do Poder Executivo, suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e empresas controladas direta ou indiretamente” |
| Mato Grosso do Sul | Lei nº 4.416/2012 | “órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes do Estado de Mato Grosso do Sul, inclusive o Ministério Público Estadual, o Tribunal de Contas do Estado e a Defensoria Pública do Estado”; “as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado de Mato Grosso do Sul”; e “no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres” |
| Mato Grosso | Decreto nº 1.973/2013 | “administração direta do Poder Executivo, suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e empresas controladas direta ou indiretamente” |
| Pará | Não há | |
| Paraíba | Decreto nº 33.050/2012 | “órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual”; “órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado da Paraíba” |

A União emitiu o Decreto nº 7.724/2012, que prevê que as entidades sem fins lucrativos de interesse público que recebam recursos públicos deverão dar publicidade em sítio e quadro de avisos do estatuto social, da relação dos dirigentes e dos acordos de vontade

| | | |
|---------------------|---|---|
| Pernambuco | Lei nº 14.804/2012 e Decreto nº 38.787/2012 | “os órgãos públicos integrantes da administração direta do Poder Executivo Estadual”; “as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Executivo Estadual” (Lei) |
| Piauí | Decreto nº 15.188/2013 | “órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual”; “órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado do Piauí” |
| Paraná | Decreto nº 4.531/2012 | “órgãos públicos integrantes da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado”; e “entidades privadas que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos mediante subvenções, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres” |
| Rio de Janeiro | Decreto nº 43.597/2012 | “órgãos e entidades públicas da administração direta e indireta do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro” |
| Rio Grande do Norte | Não há | |
| Rondônia | Decreto nº 17.145/2012 | “os órgãos e as entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo”; e “as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos – diretamente do orçamento ou mediante subvenção social, termo de parceria, convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres – para realização de ações de interesse público” |
| Roraima | Não há | |
| Rio Grande do Sul | Decreto nº 49.111/2012 | “entes e órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual Direta”; e “entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante auxílios, subvenções sociais, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres” |
| Santa Catarina | Decreto nº 1.048/2012 | “âmbito do Poder Executivo”; “os órgãos da administração direta e as entidades da administração indireta, controladas direta ou indiretamente pelo Estado” |
| Sergipe | Instrução Normativa Conjunta nº 001/2012 – PGE/CGE/SECC | “Órgãos e Entidades da Administração Pública Estadual, Direta e Indireta” |
| São Paulo | Decreto nº 58.052/2012 | “órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, e pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos estaduais para a realização de atividades de interesse público” |
| Tocantins | Decreto nº 4.839/2013 | Poder Executivo e “cumpre às pessoas jurídicas de direito privado para fins não econômicos, que percebam recursos financeiros públicos oriundos do Poder Executivo, manter o acesso ininterrupto e universal das seguintes informações...” |
| Distrito Federal | Lei nº 4.990/12 | “os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo e Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas do Distrito Federal”; “as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Distrito Federal”; e “no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres” |

Dados extraídos da planilha disponibilizada pela Controladoria-Geral da União em dezembro de 2014, no sítio <http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente/mapa-transparencia> e da consulta à legislação de cada ente.

como contratos, convênios e demais parcerias e relatórios finais de prestação de contas (art. 63).²⁵

De duvidosa constitucionalidade e legalidade, pois limita o acesso à informação e, portanto, limita o próprio texto legal, o Decreto determina que os pedidos de informação sobre acordos de vontade devem ser encaminhados diretamente aos órgãos e entidades da Administração Pública responsáveis pelo repasse de recursos públicos às entidades do Terceiro Setor (art. 64). Romeu Felipe Bacellar Filho e Adriana da Costa Ricardo Schier, ao analisarem o Decreto Federal, entendem que várias de suas prescrições não encontram previsão legal e, portanto, não são compatíveis com a Constituição, pois é inaceitável em nosso ordenamento jurídico a figura do regulamento/decreto autônomo, em face ao princípio da preeminência e da primazia da lei.²⁶ Os decretos dos Chefes do Poder Executivo no Brasil são atos administrativos infra-legais e infra-constitucionais, e não podem inovar no ordenamento jurídico.

Parte da doutrina que trata do chamado “terceiro setor” defende que as entidades privadas sem fins lucrativos são mais eficientes do que o Poder Público na prestação de serviços públicos sociais,²⁷ o que não se comprova.²⁸ O Direito Administrativo brasileiro está passando por um momento de fuga para o direito privado desde a década de 1990,²⁹ com a adoção de categorias e instrumentos neoliberais-gerenciais não ajustados a uma lógica em que se privilegia a supremacia do interesse público sobre o privado.

A aplicação da exigência de transparência nesse espaço chamado também de “público não-estatal” pode reduzir a falta de canais de vigilância sobre o montante dos recursos transferidos e sua efetiva aplicação. O transpasse de serviços públicos para organizações sociais e fundações privadas por vezes serve a elidir as regras de contratação por concurso público e por licitação, como também a trasladar a agentes privados a competência para a tomada de decisões de impacto coletivo.

²⁵ No Estado do Paraná o Decreto nº 8.020/2013 dispõe que “arquivos públicos” é o conjunto de documentos produzidos, recebidos e acumulados da Administração Pública e entidades privadas encarregadas da gestão de serviços públicos e organizações sociais, no exercício de suas funções e atividades. No Município de Curitiba o Decreto nº 1.135/2012 é praticamente igual ao Decreto Federal.

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito à informação e a aplicação da Lei nº 12.527/11 às Organizações Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 303-317.

²⁷ Como, por exemplo, OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Terceiro Setor: Desenvolvimento Social Sustentável. In: Cardozo, José Eduardo Martins; Queiroz, João Eduardo Lopes; Batista dos Santos, Márcia Walquiria. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1, p. 200-222.

²⁸ Conforme VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015; GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; e MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica do padrão emergente de intervenção social*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

²⁹ Como afirma, sobre o caso português, ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. Sobre a fuga do regime jurídico-administrativo no Brasil, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

As entidades privadas, embora obrigadas, não se adaptaram à Lei de Acesso à Informação. Não existem informações sobre os contratos com o Poder Público, sobre as compras e contratações de pessoal realizadas com recursos públicos, sobre os salários de seus dirigentes. Não existe uma prestação social das contas, nem uma transparência ativa e algumas entidades se negam a atender as solicitações de informações afirmando que não estão submetidas à Lei.

A redação do preceito legal parece atingir também os partidos políticos, que recebem recursos públicos para a realização de ações de interesse público. O financiamento público dos partidos é uma garantia constitucional e tem finalidade determinada pela Lei nº 9.096/95. Parece natural a garantia ao cidadão do controle da aplicação dos recursos públicos.

Em 17 de agosto de 2012 foi enviado o seguinte questionamento aos 30 partidos políticos registrados, à época, no Tribunal Superior Eleitoral do Brasil, por mensagem pelos sítios da web, por correio eletrônico ou pelas redes sociais: “Sr. Dirigente Partidário, solicito informações sobre o financiamento de seu Partido Político, com a identificação do montante do fundo partidário (recursos públicos) e dos ingressos provenientes de pessoas jurídicas, bem como sobre a aplicação dos recursos, relativo aos anos de 2011 e 2012”.

Dos 30 partidos, nenhum enviou as informações solicitadas e somente três contestaram a solicitação, afirmando que os dados não estavam disponíveis.

Outro caso exemplar de como não se deve ser opaco com dinheiro público é a situação de uma Organização Social na área de informática situada no Município de Curitiba, que recebe milhões de dinheiro público mensalmente. Informações sobre os nomes dos dirigentes e trabalhadores, o quanto recebem de remuneração, e várias outras informações de interesse público não são fornecidas no sítio da entidade e muito menos para os cidadãos que as solicitam. A entidade, que é utilizada como intermediária pelo Poder Público para contratar empresas privadas sem licitação, simplesmente se nega a divulgar com quem gasta os milhões de dinheiro público em subcontratações com empresas privadas. O próprio Chefe do Executivo que libera as verbas públicas, por ser de corrente política contrária à do ex-Chefe que celebrou as parcerias com a entidade privada, tem dificuldades em conseguir obter informações.

Sobre o tema, Weida Zancaner é incisiva ao dizer que a Lei nº 12.527/2011 veio “a fim de impedir que os chefetes ou tiranetes que pululam na Administração Pública brasileira amesquinhem o princípio da publicidade, emprestando-lhe contornos tão exíguos que o descaracterizem a ponto de impossibilitar sua aplicação”. A autora é clara ao entender que “as entidades privadas, sem fins lucrativos, que recebam recursos públicos a qualquer título, também estão obrigadas, pela Lei da Transparência, a prestar informações sobre o emprego e a utilização desses recursos”, e elas “ficam, portanto, desobrigadas de demonstrar, publicamente, a utilização de recursos quando oriundos da iniciativa privada”.³⁰

³⁰ ZANCANER, Weida. Princípios Informadores da Lei de Acesso à Informação. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e*

Alexsandro Fonseca Ferreira, Marcelo Rodrigues Mazzei e Zaiden Geraige Neto informam que foi a lei de acesso à informação pública colombiana de 1985 que influenciou a inclusão de entidades privadas na legislação brasileira.³¹ No entanto, a Colômbia editou em 2014 a *Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional*,³² e em seu artigo 5º traz um amplo rol de sujeitos estatais obrigados, inclusive as pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, que exerçam funções públicas ou de autoridade pública, que prestem serviços públicos, além dos partidos ou movimentos políticos, os grupos significativos de cidadãos, as entidades que administrem instituições parafiscais, fundos ou recursos de natureza ou origem pública. O mesmo artigo 5º ainda determina: “As pessoas naturais ou jurídicas que recebam ou intermedeiam fundos ou benefícios públicos territoriais e nacionais e não cumpram nenhum dos outros requisitos para serem consideradas sujeitos obrigados, somente deverão cumprir com a presente lei em matéria de informação que se produza em relação aos fundos públicos que recebam ou intermediem”.³³ Portanto, o “no que couber” da legislação colombiana está muito além das discussões brasileiras, pois partidos políticos e entidades que administram recursos públicos estão totalmente obrigadas ao cumprimento pleno da lei, e o recorte em relação apenas aos recursos públicos alcança, parece, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

A *Ley de Transparencia* da Espanha (Ley 19/2013), determina expressamente o dever de publicidade ativa a “partidos políticos, organizações sindicais e organizações empresariais”³⁴ e “entidades privadas que percebam durante o período de um ano ajudas ou subsídios públicos em uma quantia superior a 100.000 euros ou quando pelo menos 40% do total de seus ingressos anuais tenham caráter de ajuda ou subsídio públicos, sempre que alcancem ao menos 5.000 euros”³⁵ (artigo 3º). Entre os dados exigidos destas entidades constam “informação institucional, organizacional e de planificação”, “informação de relevância jurídica” e “informação econômica, orçamentária e estatística”.³⁶

sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 339-341.

³¹ FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013, p. 185.

³² Texto integral disponível em http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-7147_documento.pdf.

³³ Tradução livre de: “Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, sólo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien”.

³⁴ Tradução livre de: “partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales”.

³⁵ Tradução livre de: “entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros”.

³⁶ A lei está disponível em http://estaticos.redsara.es/transparencia/portaltransparencia/0/1/docs/ley_transparencia/BOE-A-2013-12887_Ley_de_Transparencia_en_Castellano.pdf. Tradução livre de: “información institucional, organizativa y de planificación”, “información de relevancia jurídica” e “información económica, presupuestaria y estadística”.

Infelizmente a lei brasileira não é tão clara e, como já apontado, o texto normativo traz a ressalva “no que couber”, e aí cabe uma grande discussão sobre quais disposições “cabem” na obrigação de transparência das entidades privadas.

Romeu Felipe Bacellar Filho e Adriana da Costa Ricardo Schier fazem uma interpretação mais restritiva da aplicação da Lei de Acesso à Informação às entidades do Terceiro Setor que recebam dinheiro público. Os autores entendem que no que se refere às entidades do Terceiro Setor, em especial às Organizações Sociais - OSs, por serem entidades privadas que não fazem parte da Administração Pública, a Lei de Acesso à Informação “limitou-se a assegurar a transparência passiva em relação às informações do contrato de gestão”. Posicionam-se, assim, no sentido de que a sociedade não tem direito de obter informações sobre os contratos celebrados pelas entidades privadas sem fins lucrativos com empresas do mercado, por serem “negócios privados”, mesmo se esses contratos são pagos com dinheiro público advindo do Poder Público. Para os autores, mesmo que a Lei determine que se aplica, “no que couber”, às entidades do Terceiro Setor, em apenas dois dispositivos a Lei faz menção a essas entidades, no próprio art. 2º e no art. 33 (que trata das sanções). Bacellar Filho e Schier defendem aplicação apenas das exigências de fornecer orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, assim como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada, no artigo 7º, inciso I; divulgar informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos, conforme o artigo 7º, inciso II; e informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos, nos termos do artigo 7º, inciso VI, somente em relação aos acordos de vontade celebrados com o Poder Público.

Segundo eles, toda a vez que a Lei mencionar apenas aos entes públicos, estariam descartadas as entidades do Terceiro Setor. Além disso, posiciona-se no sentido de que outros contratados da Administração Pública, como por exemplo as concessionárias, não têm essa obrigação, e obrigar as entidades do Terceiro Setor a serem transparentes seria algo anti-isonômico.³⁷

Entretanto, esse entendimento não parece ser compatível com a finalidade da Lei e de algumas previsões constitucionais quanto ao direito de acesso à informação. As entidades privadas sem fins lucrativos, inclusive as qualificadas como organizações sociais, também devem se submeter ao princípio da publicidade e da transparência.

Entende-se que os dispositivos legais que garantam os direitos fundamentais não podem ser interpretados de forma restritiva. Seria impossível que o legislador, a cada momento da lei, tivesse que sempre citar o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos, quando logo no início da norma já deixou claro que a legislação seria aplicada às entidades

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito à informação e a aplicação da Lei nº 12.527/11 às Organizações Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 303-317.

do terceiro setor, no que couber. Seria o mesmo que dizer que se a Lei nº 8.666/93, de licitações e contratos administrativos, que prevê expressamente que ela se aplica, no que couber, aos convênios, tivesse que, a cada vez que tratasse dos contratos, também citar a aplicação aos convênios.

Não caberá a aplicação da Lei de Acesso à Informação às entidades do Terceiro Setor apenas quando for impossível, como por exemplo, no caso do art. 8º, § 4º, que determina que mesmo os municípios com população de até dez mil habitantes devem, obrigatoriamente, divulgar, em tempo real, as informações relativas à execução orçamentária, nos termos da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), já que as entidades privadas não lidam com orçamento público.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o fomento por meio de parcerias sociais são constitucionais com as Organizações Sociais. Mas em nenhum momento o STF se posicionou no sentido de que essas parcerias seriam contratos administrativos, mas sim convênios.³⁸ Realmente a legislação brasileira não obriga expressamente que as empresas privadas com finalidade lucrativas, que sejam contratadas pelo Poder Público, precisem ser transparentes como a Administração Pública o é. Mas a Lei nº 12.527/2011 obrigou expressamente as entidades sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos “diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres”. Ou seja, o fomento, efetivado por meio de parcerias como convênios e demais parcerias deve ser ainda mais publicizado. Se atualmente a tendência é que as entidades privadas sem fins lucrativos que prestam serviços sociais de interesse público sejam responsáveis objetivamente pelos danos que causarem, com uma ampliação interpretativa do dispositivo constitucional que assim prevê para as entidades privadas que prestam serviços públicos, não há motivo algum para que elas não sejam transparentes, e não sejam tratadas como simples entidades privadas.

Não é possível que as entidades privadas sem fins lucrativos tenham apenas prerrogativas e nenhuma sujeição. Não precisam participar de licitação para a celebração de seus acordos de vontade, recebem altas somas de dinheiro, não precisam realizar licitação nas suas contratações, e não precisam ser transparentes sobre seus ganhos e gastos de dinheiro público. Isso resultaria em um retrocesso ao patrimonialismo que deveria ser exterminado na Administração Pública brasileira.

Como a transparência é exigência constitucional do regime jurídico-administrativo, entende-se a inclusão das entidades do Terceiro Setor que recebem verbas públicas como sujeitos obrigados à Lei de Acesso à Informação. Com o intuito de garantir a *accountability*, o controle social da aplicação e do destino dos recursos estatais para a realização dos

³⁸ Sobre a posição do STF sobre as Organizações Sociais, ver VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

objetivos constitucionais, do interesse público e da garantia dos direitos fundamentais, sem riscos de patrimonialismo.

5. Uma proposta para o controle social: a transparência do processo de nomeações dos ministros do Supremo Tribunal Federal

Parece possível, e necessário, defender que a transparência e o acesso à informação no Brasil deve mudar suas atuais configurações normativas e reais. Alguns desenhos institucionais são refratários ao controle social e podem ser finamente ajustados para permitir que os cidadãos vigiem a observância dos princípios constitucionais no exercício do Poder Público.

Um aspecto que demanda mais transparência é a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, principalmente nos dias de hoje, quando o Poder Judiciário surge como o novo soberano no controle de constitucionalidade, capaz de relevar a vontade democrática pela única leitura adequada do texto constitucional – a levada a cabo pelos magistrados.

Quase “representante na Terra” do poder constituinte,³⁹ o Supremo Tribunal Federal é o principal ator político no Brasil hoje – já não se trata de judicialização da política e sim da politização da Justiça.

Embora tenha havido uma intensa mudança em seu papel na República e na Democracia, o órgão supremo do Poder Judiciário brasileiro ainda é formado como no final do século XIX.

A primeira Constituição republicana de 1891 foi fortemente inspirada na Constituição estadunidense, com o federalismo, um sistema normativo freios e contrapesos e, além disso, com o controle de constitucionalidade a cargo, principalmente, do Poder Judiciário, em um modelo difuso e concreto. O Tribunal máximo seria composto de membros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal (arts. 48, 12 e 55).

Após as sucessivas Constituições, o rol do Supremo Tribunal Federal se agigantou, principalmente a partir da adoção do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, de forma tímida em 1965 e como principal característica do modelo com a Constituição de 1988. A nomeação de seus componentes, contudo, segue o mesmo.

A Constituição de 1988 dispõe que o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros, escolhidos entre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101).

³⁹ ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dic. 1985, p. 40-41.

A escolha do ministro é absolutamente livre, ainda que a Constituição estabeleça requisitos. A idade, mínima e máxima, é o único requisito objetivo; o saber e a reputação são avaliados pelo Presidente e (assim deveria ser em todos os casos) pelo Senado.

O Presidente não precisa motivar seu ato e a chamada “sabatina” do Senado normalmente é um tanto teatral. O Senado recusou, em toda sua existência, somente cinco nomeações para Supremo Tribunal Federal, todos em 1894, sob o governo do Presidente Marechal Floriano Peixoto,⁴⁰ ninguém mais.

Após a indicação do Presidente, o Senado Federal, por sua Comissão de Constituição e Justiça, procede a sabatina do candidato. Depois o nome é submetido a votação pelo pleno do Senado Federal, que deve aprova-lo por maioria absoluta. A sabatina é pública, mas os votos no pleno são secretos.

O problema parece residir na opacidade sobre a escolha realizada pelo Presidente da República. Em um país como Brasil, com tantos magistrados, professores de Direito, procuradores, advogados, escolher um ministro do Supremo Tribunal Federal não deve ser uma tarefa fácil. Alguns dos nomeados são recebidos de forma tranquila pela sociedade, pois seu preparo para o exercício do cargo parece evidente. Outros, nem tanto. E há alguns, ainda, que são completamente desconhecidos pela sociedade e pela Academia e que acabam por ser nomeados e confirmados como integrantes do órgão máximo do Poder Judiciário, com atuação vitalícia.

Já sob a Constituição de 1988, o processo de nomeações dos ministros do Supremo Tribunal foi objeto de mais de duas dezenas de Propostas de Emenda Constitucional (PEC), de forma mais enfática no Senado Federal. Entre as PECs apresentadas na Câmara dos Deputados, vale sublinhar: a PEC 71/1999 que dispunha que a eleição dos ministros seria dividida entre o Poder Judiciário, o Congresso Nacional e o Presidente da República, com aprovação da maioria absoluta das duas casas do Congresso Nacional em todos os casos; e a PEC 566/2002, que propunha atribuir ao próprio Supremo Tribunal Federal a competência para a escolha e nomeações de seus ministros, mas com critérios mais precisos. A PEC 68/2005, apresentada ao Senado Federal, mantinha a escolha pelo Presidente da República, mas a partir de uma lista com três nomes formada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da indicação de dois nomes cada pelas associações de magistrados, de membros do Ministério Público e dos advogados. A mais recente, a PEC 3/2014 do Senado, reparte a decisão entre o Poder Judiciário, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público, o Congresso Nacional e o próprio Presidente da República.

Dalmo de Abreu Dallari é um dos muitos juristas que defendem a necessidade de alterar a maneira de formar o Supremo Tribunal Federal. O autor pontua a indicação de ministros por sua amizade com o Presidente ou por relações político-partidária, bem como

⁴⁰ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. *Direito Público*. [s.l.], v. 5, n. 25, pp. 68-78, jan./fev. 2009.

desconhecidos ou sem prestígio na arena jurídica, o que coloca em dúvida a observância do critério de notável saber jurídico.⁴¹

Paulo Bonavides o acompanha nas críticas, afirmando que alguns dos nomeados para o Supremo Tribunal Federal depois da Constituição de 1988 não evidenciam nem o notável saber jurídico nem a reputação ilibada. Diz, ainda, que de 1988 a 2002, metade dos nomeados foram auxiliares do Poder Executivo. Em um dos casos, a Associação de Magistrados Brasileiros publicou nota oficial de protesto contra a eleição do Advogado-Geral da União. A dúvida era principalmente sobre a independência do magistrado para decisões contra o Poder Executivo.⁴²

Há quem defenda eleições diretas para os membros do STF, para que as nomeações ocorram em um ambiente de “radicalidade democrática”.⁴³ A proposta aqui é muito menos radical e ambiciosa. Na verdade, sequer requer Emenda Constitucional – é somente aplicar a exigência de transparência e publicidade na eleição levada a cabo pelo Presidente da República.

A ideia é permitir que os cidadãos saibam quais nomes estão sendo avaliados pelo Presidente da República quando da nomeação para o Supremo Tribunal Federal. Nos dias de hoje, não se sabe quem são os candidatos, pois não existe um procedimento de inscrição de interessados. Surgem, nessa situação, denúncias de lobbies, e de eleição determinada por outros critérios que não os estabelecidos pela Constituição.

A proposta é que se instaure um procedimento de inscrição dos candidatos, que pode ser levado a cabo pela Casa Civil da Presidência da República ou pelo Ministério da Justiça. Assim, quando da ocorrência da necessidade de nomear um Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo publica uma convocatória para que os interessados apresentem sua candidatura, comprovando que satisfazem os requisitos constitucionais de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada, em um prazo razoável.

O Poder Executivo deve dar ampla publicidade da relação dos interessados, bem como de seus currículos. A cidadania, as associações privadas, os partidos políticos, os juristas, os demais órgãos públicos deverão ter amplo acesso às informações e aos documentos, o que proporcionará um debate público a respeito dos candidatos.

Depois, o Presidente da República elege livremente, entre os interessados, o novo ministro do Supremo Tribunal Federal, que deverá, como determina a Constituição passar pela “sabatina” e a aprovação do Senado Federal.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 112-113.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 520-549.

⁴³ LIMA, Martônio Mont' Alverne Barreto. A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 3, ano 2003, pp. 595-606, p. 603.

O controle social se dará não pela substituição da autoridade que nomeia o ministro, mas por escrutínio público do procedimento. Quiçá, assim, se evite a nomeação de magistrados vitalícios que despertam desconfiança a respeito de seu conhecimento jurídico ou de sua reputação. Ou, ao menos, o Presidente da República terá que explicar, politicamente, por que preferiu este e não outro.

6. Considerações finais

Como conclusão, sobre uma possível revolução administrativa que poderia ser esperada a partir da aprovação da Lei de Acesso à Informação, se deve admitir que a evolução radical prometida não se concretizou.

Embora os preceitos legais existentes possam ser interpretados como um conjunto de princípios e instrumentos suficientes para alterar o cenário descrito de espaço público, a verdade é que essas promessas não encontraram toda sua força normativa.

As reações dos agentes públicos e das entidades do Terceiro Setor que recebem dinheiro público, acostumados a uma cultura de secretismos e a relativa apatia dos cidadãos mostram que falta muito que caminhar. A mentalidade administrativa – e a nociva ideia de apropriação dos interesses gerais pelas organizações não-governamentais – segue sendo um grande obstáculo à transparência.

Estados e municípios não se deram conta de que a transparência não é uma possibilidade, mas sim um elemento constitutivo e indispensável da gestão pública. A atuação seletiva dos meios de comunicação social não recheia os espaços de abandono e não tratam de forma igualitária todos os grupos de poder.

Que sejam publicizadas as remunerações dos agentes públicos; a motivação da escolha dos ministros do STF; as informações sobre o que é feito com o dinheiro público recebido pelas entidades do Terceiro Setor; e várias outras situações em que a publicidade, a transparência, a informação, é o melhor desinfetante contra o patrimonialismo impregnado em nosso Poder Público desde 1500.

Por enquanto a solução normativa não tem alcançado o objetivo da transparência no volume almejado. Ainda falta alterar o pensamento da sociedade em geral. Uma possibilidade seria alterar o processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

7. Referências Bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina. ARAGÓN, Manuel. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dic. 1985.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito à informação e a aplicação da Lei nº 12.527/11 às Organizações Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 303-317.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 520-549.
- CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 40, n° 2, 1997, p. 229-250.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração pública e a nova Lei de Acesso à Informação. *Interesse público*. Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013.
- Controladoria-Geral da União. *Acesso à Informação Pública: Uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*, Brasília.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvania. *Parcerias na Administração Pública*, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013, p. 185.
- GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio da publicidade e os abusos de poder político na democracia contemporânea In: AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-171.
- GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: _____. *A Constelação pós-nacional*. Ensaios políticos. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 75-142.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.
- LIMA, Martônio Mont' Alverne Barreto. A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 3, ano 2003, pp. 595-606.
- MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social*: crítica do padrão emergente de intervenção social. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Terceiro Setor: Desenvolvimento Social Sustentável. In: Cardozo, José Eduardo Martins; Queiroz, João Eduardo Lopes; Batista dos Santos, Márcia Walquiria. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1, p. 200-222.
- OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. *Direito Público*. [s.l.], v. 5, n. 25, pp. 68-78, jan./fev. 2009.
- PETTIT, Philip. Republican Theory and Political Trust. In: BRAITHWAITE, Valerie; LEVI, Margaret (Ed.). *Trust and Governance*. New York: Russell Sage Foundation, 1998, p. 295-314.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação*. São Paulo: Atlas, 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 1999.

ZANCANER, Weida. Princípios Informadores da Lei de Acesso à Informação. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 339-341.

A PUBLICIDADE, A TRANSPARÊNCIA E A ACCOUNTABILITY NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E NO COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

ANA CLAUDIA SANTANO*

Sumário: 1. A edificação de um forte pilar contra a corrupção; 2. Publicidade e transparência; 3. Transparência, *openness* e dados governamentais abertos; 4. Transparência e *accountability*; 5. Os diversos problemas da transparência e seus reflexos na eficácia da *accountability*; 6. A transparência como elemento essencial da democracia; 7. Referências.

1. A edificação de um forte pilar contra a corrupção

Em uma sociedade da desconfiança,¹ o combate à corrupção passa, obrigatoriamente, pela reaproximação da Administração Pública com a sociedade. Neste sentido, para que a sociedade tenha ciência do que ocorre no seio do Estado, de como as decisões são tomadas, assim como os recursos públicos são geridos, é necessário que haja publicidade e transparência, permitindo a *accountability*.

Embora seja comum encontrar estes termos em diversos textos já escritos sobre democracia, Administração Pública e temas afins, verifica-se certa imprecisão conceitual entre estes três elementos na doutrina nacional. É usual encontrar trabalhos que os utilizam

* Pós-doutoranda em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca (Espanha). Pesquisadora do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

¹ Termo usado por Rosanvallon para designar o que o impacto da desconfiança política gera em sociedades contemporâneas, que se caracterizam estruturalmente pela erosão geral do papel da confiança em seu funcionamento. Aqui nasce a “contrademocracia”, que não é o antagonismo da democracia, mas sim é a democracia dos poderes indiretos disseminados no corpo social, como a democracia da desconfiança organizada frente à da legitimidade eleitoral. (ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007. p. 23-27).

como sinônimos ou termos equivalentes, o que distorce o conteúdo de cada um e termina, indiretamente, empobrecendo o seu real significado.

Diante disto, tentar-se-á explicitar o sentido da publicidade e da *accountability*, tendo como eixo conector a transparência. Há, de fato, uma interdependência entre eles, o que não os tornam iguais ou similares. Além disso, há outras definições que estão sendo cada vez mais usadas pelo crescimento das tecnologias de informação e que impactam nas noções gerais de publicidade, transparência e *accountability*. Com a união do que entende por cada um, pode-se levantar um forte pilar contra a corrupção.

2. Publicidade e transparência

Objetivamente, o princípio da publicidade representa a obrigação de divulgação oficial dos atos da Administração Pública, em seu perfil positivo; bem como na interdição de ações ou procedimentos secretos ou sigilosos, salvo as exceções contidas em lei, em seu perfil negativo.² Segundo o art. 37 da Constituição Federal de 1988, o princípio da publicidade³ exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, observadas as ressalvas legais. Este princípio não consta somente no dispositivo legal mencionado, fazendo-se presente também em outros incisos do art. 5º, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, como: (i) o inciso LX, que determina que a lei somente possa restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o requeiram; (ii) o inciso XIV, que assegura a todos o acesso à informação, salvaguardando o sigilo de fonte quando este for necessário ao exercício profissional; (iii) o inciso XXXIII, que atesta que todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral; (iv) o inciso XXXIV, que assegura a todos o direito de petição e a obtenção de certidões, independente do pagamento de taxas, diante dos Poderes Públicos;⁴ e (v) o inciso LXXII, que trata sobre o habeas data.⁵

Este princípio possui uma estreita relação com a democracia. A abertura para a participação popular na Administração Pública por meio do processo administrativo é consolidada com a publicidade dos atos realizados no desempenho das funções do poder,⁶ inclusive por ser um requisito para conferir validade a esta ação. Esta participação somente é possível

² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 237.

³ Para um descritivo do histórico deste princípio, cf. ELIAS, Gustavo Terra. Da publicidade à transparência – o percurso para a reafirmação da democracia participativa. *Fórum Administrativo – FA*. a. 12, nº 141, nov., 2012.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17º ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 75-76.

⁵ Para mais exemplos de dispositivos legais que abordam o princípio da publicidade, cf. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 241.

⁶ É o que Thiago Marrara chama de publicidade-participação. Cf. MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 291 e ss.

se o povo sabe o que ocorre no exercício desta autoridade. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha,

“O princípio da publicidade, portanto, apresenta-se como um daqueles que se põem como fundamentais para que o processo possa cumprir o seu objetivo garantidor de direitos, especialmente aqueles que concernem à liberdade. Processo sigiloso ou sem publicidade é antidemocrático. Mais que isso, em geral não é processo; é um mero ato de força formalizado em palavras sem forma de Direito e sem objetivo de Justiça.”⁷

Neste ponto, faz-se referência à proibição da política do segredo, que veda o arbítrio e que confere ao Estado o dever de informar. O secretismo já aporta em si uma ideia não-democrática, algo que deva ser escondido, justamente por se ter consciência que é algo que contraria o interesse público.⁸ É este secretismo que geralmente envolve atos corruptos, sendo isto que a publicidade visa combater, em um primeiro momento. Vale lembrar que o secretismo é uma característica marcante de governos autocráticos.⁹

Por outro lado, a publicidade prevista no ordenamento jurídico retrata uma noção de soberania pautada democracia representativa, onde “o poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo”.¹⁰ Neste contexto, a publicidade se ampara em uma ficção, refletida, por exemplo, na impossibilidade de alegar desconhecimento da lei para o seu não cumprimento.¹¹ Compete exclusivamente à lei determinar o modo de publicação oficial, se por Diários Oficiais, boletins administrativos eletrônicos, imprensa privada, etc. e, satisfazendo esta obrigação, formalmente se cumpre o dever de publicidade. Esta é uma questão polêmica, pois ao publicar oficialmente os atos, o efeito imediato é a “presunção absoluta da ciência do destinatário”, o que dispensa provas sobre o seu efetivo conhecimento e também autoriza a Administração Pública a executar do ato publicado.¹² Atualmente, são bem conhecidos os problemas gerados pela atividade legislativa desmedida pelos inúmeros órgãos competentes para editar e aprovar portarias, instruções, regulamentos, etc., para citar apenas um exemplo.¹³ E mesmo com a disponibilização dos debates e textos finais aprovados pelos canais oficiais de comunicação do governo, sabe-se que eles são insuficientes

⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. a. 34, n° 136, out./dez., 1997. p. 22.

⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3° ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.

⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7°ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 105.

¹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17° ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 296.

¹¹ Sobre o tema, cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7° ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

¹² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 241.

¹³ Inclusive, isto é apontado por Héctor A. Mairal como um grande foco de produção de corrupção nas democracias latino-americanas. Cf. MAIRAL, Héctor A. *Las raíces legales de la corrupción – o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires: RAP, 2007.

para transmitir à sociedade todas as mensagens de conhecimento obrigatório.¹⁴ Assim, parece ser que a publicidade, considerada isoladamente no contexto de uma sociedade moderna, pouco colabora para um governo democrático ou para uma maior participação popular na Administração Pública.¹⁵

É neste ponto que a transparência se impõe. Embora a publicidade seja, nos dias atuais, a regra, e o sigilo, a exceção,¹⁶ o fato é que a publicidade das informações não as torna transparentes automaticamente. É aqui que se percebe que é possível haver publicidade sem transparência, mas sem publicidade, não haverá transparência. Esta é uma característica que diferencia estes dois termos que, em algumas ocasiões, são utilizados como sinônimos.¹⁷ A relação entre publicidade e transparência torna a primeira um subprincípio da segunda, ou seja, a transparência (neste caso, a estatal, a administrativa), é um dos princípios gerais da Constituição Federal de 1988, que decorre dos seus princípios fundamentais estruturantes, como o democrático e o republicano, aportando maior abstração, densidade, generalidade e indeterminação no que a publicidade.¹⁸

A publicidade complementa a transparência. A publicidade se refere ao que é público, conhecido, não mantido em segredo. Já a transparência se conecta ao que é límpido, transparente, nítido. Os atos administrativos, nesta linha, devem ser os dois: serem públicos porque devem ser levados ao conhecimento da sociedade, por meio de instrumentos legais previstos; e serem transparentes, porque devem permitir a sua clareza de conteúdo, de elementos de sua composição, do motivo, da finalidade, a fim de permitir o seu controle por parte da sociedade.¹⁹ Por isto há autores que entendem que a transparência traz em seu conteúdo não só a publicidade, mas também os subprincípios da motivação e da participação popular, que possibilitam a positivação da transparência. Conhece-se, assim, a atuação da Administração Pública, a explicação para esta atuação, bem como se partilha este processo de tomada de decisão.²⁰ Ainda, há autores que entendem que a publicidade pode ser de tipo transparente, formando a publicidade-transparência, que se vincula ao controle de legalidade dos atos da Administração Pública. Esta publicidade-transparência permite que os cidadãos

¹⁴ Para mais detalhes sobre esta polêmica, cf. MOTTA, Fabrício. O princípio constitucional da publicidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-275.

¹⁵ Uma boa análise sobre a insuficiência da publicidade formal nos dias atuais pode ser encontrada em: MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 281-300.

¹⁶ Cf. MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. *Fórum Administrativo – FA*. a. 5, nº 49, mar. 2005.

¹⁷ Como exemplo, cf. AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. O princípio da publicidade no Direito Administrativo. *REDE – Revista eletrônica de Direito do Estado*. nº 23, jul./set., 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-ANTONIO-CARLOS-CINTRA.pdf>> Acesso em 18 set. 2015.

¹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234.

¹⁹ Cf. MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a. 7, nº 30, out./dez., 2007.

²⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234.

exercem direitos e liberdades, bem como controlem atos ilegais e abusivos por parte do Estado.²¹

Nesta linha, pode-se afirmar que a transparência vai além da publicidade, alcançando não só o resultado das decisões tomadas pela Administração Pública, mas também o processo até ela, o percurso do exercício do poder, da função pública,²² bem como ao próprio agente envolvido, no que se refere a alguns detalhes sobre a sua intimidade, permitindo o real acompanhamento e o verdadeiro controle.²³ Embora seja um ponto muito controverso, a opção pelo exercício desta autoridade enseja também a renúncia de parte do direito à intimidade, no que tange a aspectos que interfiram o exercício do cargo, sendo este argumento muito utilizado no combate à corrupção. Ou seja, os detentores de prerrogativas de decisão na Administração Pública não podem alegar o seu direito à intimidade como algo intocável diante da prevalência do interesse público sobre tópicos relevantes a sua atuação no Estado.²⁴

A transparência se refere à divulgação das informações que foram tornadas públicas. Porém, não é qualquer divulgação. A transparência só será atendida se as informações forem transmitidas à sociedade de forma inteligível, acessível, aberta. A informação, neste sentido, deve ser abrangente, atual, ser divulgada desde a sua fonte original e sem alterações, bem como ser de livre acesso por toda e qualquer pessoa que esteja interessada em alguma delas. Caso existam informações publicadas em linguagem difícil ou a partir de formatos muito técnicos, desatualizados ou manipulados desde a sua origem, não há como se falar em transparência, pois não se facilita o controle cidadão do que está sendo divulgado.²⁵

Por outro lado, a transparência também pode ser considerada como bem econômico, porque, da mesma forma que no mundo dos negócios, a transparência dos atos da Administração Pública diante da sociedade faz com que se eliminem incertezas, garanta segurança no que está sendo realizado.²⁶ A publicidade, por si só, não tem o condão de diminuir incertezas ou garantir segurança, pois a disponibilidade das informações pode vir por meio de um canal pouco acessível para a maioria dos cidadãos, ou de forma muito complexa, de difícil compreensão de seu conteúdo. Já com a transparência, aliada à publicidade, confere à so-

²¹ MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 288.

²² RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na Administração Pública. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. v. 266, mai./ago., 2014. p. 103.

²³ Sobre este debate, cf. RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na Administração Pública. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. v. 266, mai./ago., 2014.

²⁴ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Transparência na Administração Pública. *Revista do TCMRJ*. n. 3, maio, 2007. p. 37.

²⁵ Neste sentido, cf. BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown; FUNARI, Marcos Hime. Governança pública, eficiência e transparência na Administração Pública. *Fórum de contratação e gestão pública – FCGP*. a. 12, nº 133, jan. 2013.

²⁶ Vid. FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. nº 84, 2011. p. 77.

cidade mais certeza sobre aquilo que os seus representantes estão fazendo dentro da Administração Pública, abrindo a oportunidade de conferir se as propostas políticas, por exemplo, estão sendo realizadas ou se estão em segundo plano frente a interesses particulares.

Pode-se, portanto, concluir que a transparência, no controle da corrupção, é fundamental. Os resultados trazidos pela transparência concedem legitimidade, validade e eficácia à ação administrativa, uma vez que demonstra a observância do bom funcionamento administrativo e do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, ao mesmo tempo em que os dota de maiores níveis de controle e fiscalização institucional. Paralelamente, a eficácia das medidas também é fomentada, concentrando o agir da Administração Pública onde a sociedade mais necessita, aumentando a confiança nas instituições, na democracia e na segurança jurídica.²⁷

3. Transparência, *openness* e dados governamentais abertos

A publicidade, em seu viés de direito - como direito de informação - e de dever de divulgação dos atos administrativos, ampara a ideia de transparência.²⁸ Uma Administração Pública aberta e um governo público se embasa na teoria da administração aberta, que por sua vez se fundamenta na importância da participação da sociedade no processo de elaboração e execução de políticas públicas, bem como no acesso a todas as informações sobre as atividades administrativas que estão sendo realizadas. Um modelo assim proporciona um ambiente administrativo mais aberto, transparente, responsável e eficiente. É a isto que o termo *openness* se refere, ou seja, significa a abertura para o fornecimento livre e universal de informações, para o seu público-alvo, para que o cidadão possa conhecer suas estruturas e decisões.²⁹ Neste sentido, cabe ao governo aberto oferecer estas informações, fazer com que elas cheguem aos cidadãos e que sejam compreendidas.³⁰

Aqui se pode fazer a seguinte ilustração sobre os elementos já vistos. Em primeiro lugar, tem-se a publicidade, que torna as informações públicas; seguida da transparência, que as deixam disponíveis; e logo a noção de *openness*, que se reflete em uma transparência com vasta existência de informações, a partir de uma acessibilidade facilitada, com conteúdo atualizado e que seja compreensível para o cidadão. Segundo Bojan Bugarcic, o princípio da abertura (*openness*) é mais amplo do que a transparência, uma vez que este último se

²⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 235.

²⁸ Cf. LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *Interesse público*, a. 8, n° 39, set./out., 2006.

²⁹ DEMCHAK, Chris C.; FRIIS, Christian; LA PORTE, Todd M. Webbing governance: national differences in constructing the face of public organizations". In GARSON, G. David (eds.). *Handbook of Public Information Systems*. New York: Marcel Dekker Publishers, 2000. p. 179-195.

³⁰ VAZ, José Carlos. Administração pública e governança eletrônica: possibilidades para a tecnologia da informação. In: AA.VV. *Governo eletrônico - os desafios da participação cidadã*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n. 24, dez. 2002. p. 15.

refere à acessibilidade das informações públicas, enquanto o outro engloba diversas formas de cooperação ativa e comunicação entre a Administração Pública e a sociedade.³¹ A abertura – uma tradução usual para o português de *openness* – se vincula com a ideia de bom governo, que também remete a uma norma democrática. Neste sentido, assume-se que as informações derivam não só do resultado do governo, mas de todo o processo de governar também. A *openness* está associada com valores de participação, de confiança e de bom governo.³²

A *openness* se alcança com a transparência, acrescida da interatividade, ou seja, na facilidade de acesso a estas informações no *site* governamental. Isto leva a outro conceito: ao de dados governamentais abertos (DGA), que se referem à disponibilização, através da Internet, de informações e dados governamentais de domínio público para a livre utilização pela sociedade.³³ Os DGA possuem como princípios: (i) a completude dos dados públicos, que não se limitam pela privacidade, segurança ou controle de acesso; (ii) originalidade, sem nenhuma alteração desde a origem; (iii) atualidade; (iv) acessibilidade; (v) compreensibilidade por máquinas; (vi) não discriminação de informações, ou seja, sem exclusão do banco de dados de agentes ou órgãos específicos; (vii) não existência de proprietários ou de controle externo; (viii) livres de licenças.³⁴

Enquanto que a publicidade e a *accountability* – tratada adiante – se vincula à garantia legal de que as informações governamentais sejam públicas; os DGA, bem como a noção aqui trabalhada de *openness*, remetem às tecnologias de informação, ao compartilhamento de dados de um modo antes não visto. Os DGA fomentam a transparência, porém, ao ser

³¹ BUGARIC, Bojan. *Openness and transparency in public administration: challenges for public law. Wisconsin International Law Journal*, v. 22, n. 3, 2004. p. 487.

³² OVERMAN, E. Sam; CAHILL, Anthony G. *Information policy: a study of values in the policy process. Review of Policy Research*. v. 9, nº 4. 1990. p. 807.

³³ VAZ, José Carlos; RIBEIRO, Manuella Maia; MATHEUS, Ricardo. *Dados governamentais abertos e seus impactos sobre os conceitos e práticas de transparência no Brasil. Cadernos PPG-AU/UFBA*. v. 9, 2010. p. 47.

³⁴ VAZ, José Carlos; RIBEIRO, Manuella Maia; MATHEUS, Ricardo. *Dados governamentais abertos e seus impactos sobre os conceitos e práticas de transparência no Brasil. Cadernos PPG-AU/UFBA*. v. 9, 2010. p. 50. Por sua vez, Vagner Diniz aponta as características dos DGAs da seguinte forma: “(i) ser independente de plataformas tecnológicas; (ii) basear-se em formatos padronizados. A garantia de evolução e contínua melhoria da representação dos dados está nas tecnologias sustentadas por organismos internacionais de padrões como W3C *World Wide Web Consortium* e ISO *International Standardization Organization*; (iii) os dados devem estar desvinculados das ferramentas, relatórios ou páginas web que os originaram o formato utilizado para representação dos dados deve preferencialmente permitir a manipulação destes por máquinas. No entanto, os dados deverão estar estruturados. Uma boa estruturação permite que terceiros possam fazer uso automatizado dos dados. Formatos que somente podem ser vistos, e não extraídos, não são úteis nesse contexto e devem ser evitados; (iv) cada conjunto de dados deverá possuir uma “descrição externa de si próprio (metadados) de tal forma que seja identificada a sua natureza, conheça-se a sua origem e qualidade e seja possível uma análise dos dados através de um conjunto de instruções legíveis por máquina que descreve os dados e suas relações; (v) sempre que possível, insira conteúdos semânticos no código da página web onde os dados estão disponíveis. Além de facilitar a leitura dos dados por outras máquinas, os mecanismos de buscas como Google ou Yahoo encontrarão os dados mais facilmente; (vi) se a opção de disponibilização de dados for por meio de uma interface de programação de aplicativos, separe os dados da interface.” (In: DINIZ, Vagner. *Como conseguir dados governamentais abertos. II Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília, 2010*. Disponível em: <https://i3gov.planejamento.gov.br/como_conseguir_dados_governamentais_abertos.pdf> Acesso em 21 set. 2015).

oferecido à sociedade, permite que os dados sejam utilizados pelo cidadão da forma que ele entender melhor, cruzando, integrando, analisando o resultado da pesquisa (a partir de buscas personalizadas, por exemplo). Portanto, transparência, *openness* e DGA não são sinônimos.³⁵

A divulgação dos DGA, por outro lado, visam superar diversas dificuldades que os interessados possam ter no momento do acesso, como o uso obrigatório de algum navegador específico na Internet para acessar o banco de dados ou alguma deficiência que a pessoa que consulta possa sofrer. Todas as providências têm como objetivo principal aumentar a facilidade no encontro de dados, no seu manejo e cruzamento, oportunizando ao interessado a possibilidade de ele utilizar as informações segundo um ponto de vista próprio, não limitando o sentido dos dados apenas ao disponibilizado na Internet por meio de formulários. Neste sentido, sabe-se que a seleção dos dados que serão divulgados é uma decisão política que impede o estabelecimento de critérios objetivos, para além da legislação em vigor sobre o assunto, notadamente no que tange à privacidade, confidencialidade e segurança. Por outro lado, a representação dos dados é, talvez, o ponto mais importante para que eles possam ser classificados como DGA. Para tanto, atualmente a Internet oferece diversos aplicativos e serviços que permitem mesclar as informações de diversas fontes e de outros aplicativos, o que possibilita uma nova leitura dos dados divulgados.³⁶

Somente a título de informação, no Brasil, a existência de DGA ocorre ainda de forma parcial, focado principalmente nas contas governamentais e no comportamento dos políticos. O país possui diversas iniciativas para a promoção da transparência com base em DGA, como os portais de transparência. No entanto, parece ser que, embora as organizações públicas tenham uma série de informações e bases de dados não sigilosos, no momento de disponibilizá-los na Internet, o resultado é a parcialidade das informações, a considerável burocracia para se chegar neles e a pouca transparência que os envolve.³⁷ Há dificuldades para o interessado que realiza uma pesquisa destes dados caso ele queira trabalhar, analisar, cruzar e integrar as informações segundo os seus próprios critérios. Isto não atende à ideia de DGA, que, devido ao seu perfil de acesso irrestrito a todos, se constituem em dados não sigilosos e ilimitados tecnologicamente, tanto para a sua visualização quanto para a sua utilização.

³⁵ VAZ, José Carlos; RIBEIRO, Manuella Maia; MATHEUS, Ricardo. Dados governamentais abertos e seus impactos sobre os conceitos e práticas de transparência no Brasil. *Cadernos PPG-AU/UFBA*. v. 9, 2010. p. 52-53.

³⁶ DINIZ, Vagner. Como conseguir dados governamentais abertos. II Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília, 2010. Disponível em: <https://13gov.planejamento.gov.br/como_conseguir_dados_governamentais_abertos.pdf> Acesso em 21 set. 2015.

³⁷ Vid. AGUNE, Roberto Meizi; GREGORIO FILHO, Álvaro Santos; BOLLIGER, Sergio Pinto. Governo aberto SP: disponibilização de bases de dados e informações em formato aberto. III Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/C3_TP_GOVERNO%20ABERTO%20SP%20DISPONIBILIZACAO%20DE%20BASES%20DE%20DADOS.pdf> Acesso em 18 set. 2015.

Ainda sobre os DGAs, é importante que se tenha em mente o problema do uso e reuso das informações disponibilizadas. A falta de uma regulamentação sobre os direitos e deveres dos que se utilizam e reutilizam os dados publicados abertamente faz com que deva existir uma licença específica para cada caso, ocasionando, não raras vezes, problemas no que tange aos direitos autorais. Vale lembrar que a questão da autoria dos dados cabe tanto ao usuário do banco de dados, como também ao próprio sistema de coleta de informações, já que, para possibilitar o cruzamento de dados e facilitar a sua localização, eventualmente as informações não pertencem ao veículo que as divulga, gerando situações problemáticas desde o ponto de vista da autoria. Caso este tópico não seja abordado quando da abertura dos dados, provavelmente eles estarão “meio abertos”, não atendendo à noção de DGA.³⁸

4. **Transparência e *accountability***

Há muito se discute o sentido de *accountability* no Brasil, devido à ausência de um termo específico em português que traduza o seu conteúdo da forma mais aproximada possível.

Para auxiliar nesta análise, é importante verificar, primeiramente, o que dizem os dicionários de língua inglesa. Segundo o dicionário Oxford, um dos mais conhecidos e utilizados no mundo, o termo *accountability* significa “the fact or condition of being accountable; responsibility.”³⁹ Já segundo o Cambridge, não há a palavra *accountability*, mas sim *accountable*, que tem como definição “Someone who is accountable is completely responsible for what they do and must be able to give a satisfactory reason for it.”⁴⁰ Ou seja, o eixo central do significado de *accountability* é, sem dúvidas, a responsabilidade.

A transparência possibilita o controle cidadão, que por sua vez abre caminho para a *accountability*.⁴¹ Diante disto, a tradução para o português geralmente é a responsabilização, já que o termo remete a uma ideia de responsabilidade pessoal pelos atos praticados e explicitamente à exigente prontidão para a prestação de contas.⁴² A noção de *accountability* cresceu por causa da necessidade de proteger cidadãos da má conduta burocrática, da preservação dos direitos das pessoas. Com isto, há trabalhos clássicos que tratam a *accountability*

³⁸ Sobre o tema, cf. NIEVINSKI, Felipe G. Dados “meio” abertos – sobre o uso e reuso dos dados governamentais brasileiros. 2013. Disponível em: <<http://br.okfn.org/2013/08/28/dados-meio-abertos-sobre-o-uso-e-reuso-dos-dados-governamentais-brasileiros/>> Acesso em 21 set. 2015.

³⁹ Cf. <http://www.oxforddictionaries.com/pt/defini%C3%A7%C3%A3o/ingl%C3%AAs/accountability> Acesso em 21 set. 2015. Tradução livre: “O fato ou condição de ser requerido a justificar ações; responsabilidade”.

⁴⁰ Cf. <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/accountable?q=accountability> Acesso em 21 set. 2015. Tradução livre: “Alguém que é completamente responsável pelo que eles fazem ou devem ser capazes de fazer para dar uma satisfatória razão a isto”.

⁴¹ FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. n° 84, 2011. p. 66.

⁴² PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 43, n° 6, nov./dez., 2009. p. 1349.

como sinônimo de responsabilidade objetiva ou como a obrigação de responder por algo, sendo o oposto da responsabilidade subjetiva.⁴³

Esta noção traz a possibilidade de prêmios e castigos ao responsável. Porém, a decisão de quem é o responsável passa pela legitimidade para o exercício do poder, ou seja, pela questão democrática. É inegável o estreito vínculo que a *accountability* tem com a democracia. Quanto mais avançado o estágio democrático, maior também será o interesse pela realização da *accountability*. Esta, em seu formato governamental, acompanha os valores democráticos, como a igualdade, a dignidade humana, participação e representatividade. Ou, ilustrado de outra forma: conforme o Estado se torna maior, há um aumento na burocracia e uma maior penetração estatal na vida cidadã, o que requer uma maior proteção cidadã dos servidores públicos, que não são os verdadeiros representantes. Neste sentido, a burocracia caminha paralelamente à política, uma vez que mecanismos internos de controle não são suficientes, ensejando uma participação popular mais direta no processo de elaboração e execução de políticas públicas. Para tanto, a percepção da *res publica* é fundamental.⁴⁴

Existem três pontos que podem determinar a eficácia da *accountability*: (i) a informação; (ii) a justificação; (iii) a punição. Os dois primeiros se referem à noção de *answerability*, ou seja, que cabe aos detentores de mandatos públicos informarem, explicarem e responderem pelos seus atos. Já a punição se conecta com o que se entende por *enforcement*, ou a capacidade de agências ou órgãos públicos de impor sanções.⁴⁵ A *answerability* e o *enforcement*, unidos, formam a *accountability*. Novamente para ilustrar, seria como se “A” delegasse responsabilidade para “B” e este, ao assumir este compromisso, devesse prestar contas de seus atos para “A”. Após, “A” analisa os atos praticados por “B”, podendo premiá-lo ou castigá-lo. Aqui, outra vez mais, a questão democrática é ressaltada.⁴⁶

Os governos podem ser considerados *accountable* se os cidadãos têm meios de saber se a sua atuação está ou não conforme a defesa de interesses públicos, bem como se há a possibilidade de aplicação de sanções apropriadas, caso os políticos não estejam atuando a favor dos interesses das pessoas. Se isto for verdadeiro, eles podem ser reeleitos e, se não, eles poderão perder as eleições.⁴⁷ Isto forma o que se conhece por *accountability* vertical ou política eleitoral, quando o controle vem por parte do eleitor, por meio das urnas.⁴⁸

⁴³ MOSHER, Frederick C. *Democracy and the public service*. UK: Oxford University Press, 1974. p. 8 e ss.

⁴⁴ CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 24, n° 2, fev./abr. 1990. p. 34-36.

⁴⁵ Cf. SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: SCHEDLER, Andres; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (eds.) *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 14-17.

⁴⁶ PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 43, n° 6, nov./dez., 2009. p. 1350.

⁴⁷ PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 61.

⁴⁸ Cf. PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. Elections and representation. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (eds.). *Democracy, accountability and representation*. UK: Cambridge

No entanto, a doutrina também investigou a existência de outros tipos de *accountability* para reforçar a vertical, vista com muito ceticismo. Uma alternativa é a *accountability* horizontal, que tem como referência Guillermo O'Donnell. Para que esta se realize, as agências estatais devem ter direito e dever para a supervisão do aparato estatal, bem como para a imposição de sanções legais. Há um verdadeiro *check and balances* entre os poderes. Para tanto, o autor considera contextos poliárquicos, nos termos de Dahl,⁴⁹ que possam comportar esta *accountability*. Ou seja, (i) as autoridades devem ser eleitas; (ii) as eleições devem ser livres; (iii) o sufrágio deve ser inclusivo; (iv) deve haver o direito de se candidatar a cargos eletivos; (v) deve haver liberdade de expressão; (vi) deve haver informação alternativa; (vii) deve haver liberdade associativa. Logo, ao revisar o seu próprio trabalho, o autor ainda acrescenta outras condições que garantem a eficácia desta *accountability* horizontal: (viii) as autoridades eleitas – inclusive os juízes eventualmente eleitos e nomeados – não podem ser destituídos de seus cargos antes do término do mandato descrito na Constituição; (ix) as autoridades eleitas não devem sofrer constrangimentos severos, vetos, ou mesmo exclusão do espaço público por agentes não eleitos, notadamente as forças armadas; (x) deve haver um conjunto incontestado que defina a população que forma o eleitorado.⁵⁰ Neste sentido, O'Donnell trata da *accountability* como algo bidimensional, já que em seu formato vertical, há eleições, reivindicações sociais e atuação da mídia; enquanto que na horizontal há instituições poliárquicas, que se apresentam como agências de supervisão; que são instâncias responsáveis pela prestação de contas nos poderes executivo, legislativo e judiciário. Virão daqui as principias críticas ao funcionamento da *accountability*, principalmente na América Latina, que serão expostas adiante.

Ainda, a doutrina indica a existência de uma *accountability* societal, que é composta por fontes não tradicionais de inspeção a partir de várias ações. Esta noção se vincula muito com a participação popular no controle de políticas públicas, uma vez que depende de vontade política para que o Estado efetivamente se abra e possibilite este controle por parte dos cidadãos.⁵¹ O significado de *openness* e de DGA se conectam diretamente com este tipo de *accountability*.⁵²

University Press, 1999. p. 29-48.

⁴⁹ DAHL Robert A. *La poliarquía – participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1989. p. 13 e ss.

⁵⁰ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*, n° 44, 1998. p. 27, nota de rodapé.

⁵¹ Cf. CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira; COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. *Inovação institucional e accountability: o caso dos conselhos setoriais*. In: Congresso internacional del Clad sobre la reforma del estado y de la Administración Pública, 6, Buenos Aires, Argentina, 2001. Disponível em: <<http://siare.clad.org/fulltext/0042312.pdf>> Acesso em 21 set. 2015.

⁵² Para uma explicação mais detalhada, cf. VIEIRA, Jorge Blascoviski. Estado, sociedade civil e accountability. *Ensaio FEE*, v. 26, n° 1, p. 605-626, jun. 2005.

5. Os diversos problemas da transparência e seus reflexos na eficácia da *accountability*

Teoricamente, tudo parece uma cadeia de elementos, pois um processo político eficiente oportuniza a abertura de informações estatais, que por sua vez melhoram as decisões de investimento, garantindo mais estabilidade na relação Estado-sociedade. Volta-se à tríade transparência – controle cidadão – *accountability*.⁵³ No entanto, a transparência comporta diversos problemas quando posta em prática. Uma das primeiras questões levantadas é com relação à assimetria de informações que pode existir. As instituições democráticas clássicas podem estar funcionando bem, mas isto não é um fator determinante para garantir a *accountability* e para capacitar os cidadãos a obrigarem os seus governos a cumprir o seu dever. Os que exercem esta função pública sempre terão informações privadas sobre seus verdadeiros objetivos e ações. Além disto, utilizando-se da teoria da agência, na qual há um principal e outro *agent*, o primeiro delega ao segundo prerrogativas de poder que, por sua vez, somente agirá conforme o interesse do primeiro. Ocorre que o segundo não está disposto a abrir mão de seus próprios interesses, limitando-se a fazer somente aquilo que os atenda simultaneamente (é o que se conhece por compatibilidade de incentivos). Por outro lado, o segundo não sabe se, agindo bem, ele será efetivamente premiado pelo primeiro, o que faz com que ele tenha autonomia e informação privilegiadas frente ao primeiro, produzindo esta assimetria de informação. Neste sentido, quanto maior for esta assimetria de informação entre o principal e o *agent*, maiores serão os custos da delegação e menor a qualidade da democracia, que contará com mais clientelismo,⁵⁴ mais corrupção e mais ineficiência administrativa.⁵⁵

Entretanto, o processo eleitoral é tido como insuficiente para salvaguardar o interesse público. Entende-se que a legitimidade do poder delegado também deriva do exercício ativo da cidadania, de uma participação política para além do voto e sincronizada com a sociedade, que é formada por uma opinião pública bem informada. Nesta linha, pode-se afirmar que a *accountability* somente é possível quando há uma sociedade mobilizada.⁵⁶

A diminuição do espaço entre o principal e o *agent* pode se realizar por meio de algumas medidas: (i) os eleitores devem poder saber de quem é a responsabilidade pelo ato; (ii) os eleitores devem poder votar para destituir do governo os partidos políticos ou ocupantes de cargos eletivos por mau desempenho; (iii) os políticos devem ter incentivos para serem reeleitos; (iv) os eleitores devem ter instrumentos institucionais para recompensar

⁵³ FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. n° 84, 2011. p. 77.

⁵⁴ Sobre isto, cf. CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados – Revista de ciências sociais*. v. 40, n° 2. p. 229-250, 1997.

⁵⁵ PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 71 e ss.; FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. n° 84, 2011. p. 69-70.

⁵⁶ CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 24, n° 2, fev./abr. 1990. p. 35-36.

e punir governos.⁵⁷ Para isto, a ideia de transparência é vital. Porém, a transparência pode ser problemática quando existente na esfera política. A primeira questão é com relação aos cidadãos como consumidores de um mercado político, na busca de seus próprios interesses privados. Vale lembrar que um conjunto de interesses privados não forma o interesse público em sua essência,⁵⁸ e que, muitas vezes a decisão tomada por um cidadão possui uma carga moral significativa, o que impacta, inegavelmente, no julgamento de políticas públicas. Ainda, a transparência não trata sobre a questão cognitiva dos indivíduos quando da produção da informação. Não há certeza se a audiência poderá ser capaz de processar as informações disponíveis, sendo que, não raras vezes, as pessoas preferem o escândalo a efetivamente saber entender os dados estatais e refletir sobre o seu real sentido.⁵⁹

O problema de compreensão da mensagem objeto da transparência termina causando outros efeitos sobre o seu uso na arena política. Muitos advogam por uma transparência irrestrita ou, como já dito neste trabalho, pelo entendimento de que o exercício de um cargo com responsabilidades públicas enseja também que a privacidade do ocupante não seja absoluta. Porém, o ponto de equilíbrio entre a quebra desta privacidade e a divulgação de dados daquele que realiza funções públicas é de complicada localização. Há diversos casos em que a transparência afeta – e muito – a privacidade do mandatário de cargo eletivo ou de servidores públicos, o que contradiz vários direitos fundamentais. Neste cenário, a transparência se torna uma opressão pela moral, onde a sociedade pode realizar seus juízos de valor sem que, frequentemente, seja dada a oportunidade para explicações. Isto faz com que, diante dos olhos do público, não exista diferença entre a conduta individual do agente e a questão institucional, uma vez que tudo passa pelo crivo moral, o que, por sua vez, também dissolve a distinção entre a razão pública e não pública.⁶⁰

É devido a isto que uma política de transparência, por si só, não apóia uma ideia concreta de *accountability*, pois diversos aspectos individuais da reputação terminam sendo centrais para uma política de moralização, e não uma política de responsabilidade. Disto não resulta uma maior responsabilização de agentes políticos ou de instituições, mas sim uma moralização que tem como objeto o que a sociedade bem entender, o que é muito perigoso e favorece muito mais ao espetáculo do que ao controle do Estado.⁶¹ Mais informação não significa necessariamente melhores cidadãos e nem governos mais transparentes, e isto se

⁵⁷ PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, P. (Orgs.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 72 e ss.

⁵⁸ Devido ao espaço disponível nesse trabalho, não será possível tratar do conceito de interesse público na doutrina brasileira, o que se recomenda a leitura de Gabardo e Hachem: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade* – O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009; HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵⁹ FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. nº 84, 2011. p. 77.

⁶⁰ FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. nº 84, 2011. p. 77.

⁶¹ PHILP, Mark. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, v. 57, nº 2, 2009. p. 38.

aplica ainda mais quando as informações são utilizadas ideologicamente, não oportunizando a crítica social e nem a reflexão sobre políticas públicas.⁶²

Há, ainda, outra questão importante que confronta a transparência com o princípio da publicidade. A doutrina denomina de “dilema da *accountability* quando o princípio da publicidade das ordens democráticas colide com o segredo requerido por algumas políticas do Estado, como pode ser o tráfico de drogas.⁶³ Neste sentido, embora a democracia exija que decisões sejam tomadas em público, há algumas medidas que, para serem eficientes, necessitam do segredo. No meio político, o segredo também pode ser algo bom, uma vez que nem tudo pode ser divulgado. Diante disto, o segredo se justifica perante a transparência quando se promove a discussão democrática da política pública e desde que os cidadãos possam deliberar sobre este sigilo.⁶⁴ Nestes casos, o segredo vem em primeiro lugar, seguido da publicidade, porque há disposição em debater com a sociedade sobre a necessidade deste mistério, não deixando a questão obscura ou oculta sem razão ou explicação.⁶⁵

No entanto, não é só na esfera política que a transparência gera impactos na *accountability*. A questão cultural possui um importante peso na avaliação de políticas de transparência que, por sua vez, causam efeitos na *accountability* e na própria democracia.

O exercício da *accountability* se verifica na qualidade das relações entre o governo e o cidadão. Para que possa exercer controle sobre o Estado, uma sociedade precisa alcançar um certo nível de organização de seus interesses públicos e privados, iniciando-se uma sucessão de fatores: (i) o desenvolvimento de uma consciência popular; (ii) cidadãos que não sejam meros consumidores de serviços públicos; (iii) o desenvolvimento de um sentimento de comunidade (podendo ser também produzido capital social⁶⁶ positivo); (iv) despertando cidadãos ativos que brigam por direitos, e não por favores; (v) culminando em uma ampla participação cidadã para além do voto.⁶⁷ Esta *accountability* vertical é complementada pelas

⁶² FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. n° 84, 2011. p. 82-83.

⁶³ Sobre o tema desde a perspectiva da legislação brasileira, cf. RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na Administração Pública. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. v. 266, mai./ago., 2014. p. 111 e ss.

⁶⁴ É devido a isto que Martins Júnior entende que as restrições à publicidade não são absolutas, devendo ser flexibilizadas diante da supremacia do interesse público específico. (In: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 251).

⁶⁵ THOMPSON, Dennis. Democratic secrecy. *Political Science Quarterly*, v. 114, n° 2, 1999, p. 182.

⁶⁶ A análise do capital social está muito relacionada com o que se entende por cidadania dentro de uma sociedade. A cidadania, dentro desta linha, vincula direitos e deveres a todos dentro de uma comunidade civil, em níveis iguais. (Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 76). Assim, os cidadãos dessa comunidade são mais que meros ativistas, tendo eles espírito público, disposição à colaboração, respeito, confiança em si e nos outros, não importando as suas diferenças sociais. O capital social, entendido aqui como normas de reciprocidade e redes de colaboração cívica, é abordado por Putnam, que afirma que a expressão se traduz nos aspectos da organização social, como confiança, normas e redes que possam fomentar a eficiência da sociedade na facilitação de ações coordenadas. (Vid. PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*. USA: Princeton University Press, 1994. p. 87-89).

⁶⁷ CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 24, n° 2, fev./abr. 1990. p. 36.

eleições que, por sua vez, requerem informação para uma boa decisão do voto. Contudo, é justamente neste ponto que as críticas sobre as eleições como um mecanismo de *accountability* se concentram, já que, embora processos eleitorais se desenvolvam periodicamente, não se pode afirmar que eles se prestam a premiar ou castigar algum agente. Pelo contrário. Há diversos países que possuem sistemas partidários frágeis; alta volatilidade eleitoral; temas de políticas públicas pobremente definidos; bem como reversões políticas súbitas, mesmo sendo poliarquias. Parece claro que isto impacta na eficácia da *accountability* vertical.⁶⁸

Por outro lado, a influência dos meios de comunicação também pode gerar abalos no ambiente social, notadamente quando há vários casos de corrupção sendo noticiados, mesmo que sejam somente suspeitas. Nesta linha, a capacidade das agências estatais para investigar e impor sanções vai determinar o sentimento social diante destas ocorrências. Caso elas sejam eficientes na apuração dos fatos, bem como na tarefa de sancionar os culpados, a confiança nas instituições aumentará. No entanto, geralmente acontece o contrário: as agências estatais demonstram não conseguir intervir ou exercer o controle devido sobre outros entes públicos, provocando um sentimento de descrédito na sociedade, seja com relação ao governo que está a cargo das funções públicas, seja com a própria democracia. A reação da sociedade pode ser ainda mais prejudicial, quando esta adota os meios de comunicação como os verdadeiros tribunais do país, uma vez que julga o Poder Judiciário tão corrupto quanto ou mesmo incapaz de efetuar o seu controle horizontal. Neste contexto, a seleção de informações transmitidas pela mídia pode ser temerária, determinando quem será o culpado por atos considerados corruptos, ao mesmo tempo em que pode poupar outros corruptos que pratiquem ainda mais ilícitos que os expostos publicamente.⁶⁹ É esta assimetria de informação que pode fazer com que o controle moral prevaleça sobre os mecanismos institucionalizados de *accountability*.⁷⁰

Outro tópico importante para o objeto deste estudo é o que O'Donnell denominou de democracias delegativas. Como ponto de partida, o autor toma por base países que atendem aos critérios poliárquicos de Dahl, mas que não são democracias representativas e nem parecem estar no caminho de ser. Nesta linha, tais democracias não são consolidadas ou, como ele diz – institucionalizadas - porém são duradouras. Em muitos casos, não há sinais de uma ameaça iminente de regresso ao autoritarismo, nem de progressos em direção a uma democracia representativa. A profunda crise social e econômica que a maioria destes governos herdou de seus antecessores autoritários reforçam práticas e noções sobre o exercício da função pública, conduzindo-os a uma democracia delegativa. O seu fundamento é

⁶⁸ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*, n° 44, 1998. p. 29; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. Elections and representation. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (eds.). *Democracy, accountability and representation*. UK: Cambridge University Press, 1999. p. 39-40.

⁶⁹ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova*, n° 44, 1998. p. 29-30.

⁷⁰ Vid. RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na Administração Pública. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. v. 266, mai./ago., 2014. p. 115.

a premissa de quem ganha uma eleição presidencial poderá governar da forma que achar melhor, mais apropriado, restringido somente pela realidade das relações de poder existentes e por um período de mandato limitado constitucionalmente. As políticas implementadas por este vencedor não precisam se assemelhar ao que foi dito na campanha, sendo que a sua figura, geralmente, se situa sobre os partidos e sobre os interesses organizados. Corresponde a uma imagem paternalista do que vem a ser o Estado, sendo os cidadãos tutelados por ele.⁷¹

Isto possibilita a existência de um “super-Estado”, diante de uma “subcidadania”. O primeiro escapa facilmente do controle institucional ou da sociedade, restando à segunda uma cultura política pobre e que não consegue se desenvolver ao nível necessário para a realização de uma *accountability* verdadeira.⁷² Aqui, a transparência pode ser considerada como meramente formal, para legitimar um ato que, talvez, não o seria se a participação popular no processo fosse realmente oportunizada. A burocracia, neste contexto, produz imunidade contra controles externos, refletindo um baixo nível de preocupação com desempenho. A atenção é voltada aos meios e aos procedimentos e, com a pulverização da responsabilidade, os agentes públicos sentem-se à vontade para a prática de atos corruptos.⁷³

Há, contudo, alguns meios para evitar estas ‘patologias’ que envolvem a aplicação exagerada de transparência. Segundo Yehezkel Dror, há quatro passos que podem colaborar na boa adoção de políticas de transparência: (i) a natureza da transparência e da *openness* como valores e como instrumentos deve ser esclarecida, ou seja, sendo valores tanto de democracia liberais quanto de direitos humanos, o direito de informação dos cidadãos e o dever de abertura do Estado não devem ser considerados absolutos, o que faz com que a legislação referente ao tema trate da privacidade com seriedade, visando satisfazer ambos; (ii) algumas patologias da transparência e da *openness* devem ser diagnosticadas, para serem evitadas, como a influência da mídia sobre os dados divulgados. Tais informações devem ser utilizadas como parte do controle do que ocorre no Estado, não para a construção – positiva ou negativa – de imagens dos agentes públicos, ou mesmo para a ‘maquiagem’ da realidade, a fim de favorecer o governo ou a oposição;⁷⁴ (iii) algumas condições para se aumentar a transparência e a *openness* precisam ser exploradas, principalmente no que tange à go-

⁷¹ O'DONNELL, Guillermo. Delegation Democracy. *Journal of Democracy*, Baltimore, v. 5, n. 1, p. 55-69, Jan. 1994; versão em espanhol disponível em: <http://www.uaq.mx/contraloriasocial/diplomado/bibliografia-modulo3/odonnell.pdf> Acesso em 03 set. 2015.

⁷² CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 24, n° 2, fev./abr. 1990. p. 38.

⁷³ Como um paralelo, Hannah Arendt trata sobre a burocracia como uma “forma formidável” de dominação: “a burocracia, ou o domínio de um sistema intrincado de departamentos nos quais nenhum homem, nem um único, nem os melhores, nem a minoria, nem a maioria, pode ser tomado como responsável e que deveria mais propriamente chamar-se domínio de Ninguém. (Se, de acordo com o pensamento político tradicional, identificarmos a tirania com o governo que não presta contas a respeito de si mesmo, então o domínio de Ninguém é claramente o mais tirânico de todos, pois aí não há a quem se possa questionar para que responda pelo que está sendo feito. [...]).” (In: ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009).

⁷⁴ Esta é também uma preocupação abordada por MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 284-285.

vernança, ou seja, deve existir um certo nível de eficiência, com a acentuação do discurso pró-governança, facilitando o acesso cidadão às decisões públicas e deixando em evidência que o que prevalece é a transparência e a *openness*, não interesses de determinados grupos em detrimento dos demais; (iv) o aumento da transparência e da abertura deve ser pensado e repensado dentro de um contexto maior de uma “democracia de qualidade”,⁷⁵ a partir de um compromisso republicano que vise o futuro do país. É necessário que exista uma concepção politicamente orientada ao público e a cidadãos ativos, que se fazem ouvir e que ouvem os outros. Trata-se de um caminho rumo à legitimação democrática da atuação estatal.⁷⁶

6. A transparência como elemento essencial da democracia

Embora existam diversas questões a serem observadas para o bom desenvolvimento de políticas de transparência, não há como negar que ela é vital para o contexto democrático de qualquer país. Todos os esforços devem ser empreendidos para garantir a eficácia de medidas que visem à diminuição de governos “invisíveis”. O governo “visível” é o que deve prevalecer, ainda que o “invisível” tenha uma grande capacidade de adaptação aos novos cenários.⁷⁷

Além disso, cabe também à transparência auxiliar na mudança de paradigmas culturais que porventura possam comprometer o desenvolvimento da qualidade da democracia, já que, como visto, trata-se de uma sequência de providências que vai desde o reconhecimento do princípio da publicidade, passa pela concretização da transparência e vai até a possibilidade de realização de uma verdadeira *accountability*. Sabe-se das dificuldades de romper com os valores tradicionais enraizados em uma sociedade,⁷⁸ notadamente em países em desenvolvimento. Fenômenos como o clientelismo, o paternalismo, o patrimonialismo e o personalismo ainda são realidades que devem ser combatidas, uma vez que fomentam uma cultura política na qual os interesses individuais se sobrepõem ao interesse coletivo.⁷⁹ Tais comportamentos não são compatíveis com os ideais democráticos atuais.

⁷⁵ DROR, Yehezkel. Transparency and openness of quality democracy. In: AA.VV. *Openness and transparency in governance: challenges and opportunities, the second nispac civil service forum*. 1999, Maastricht, The Netherlands. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispac/unpan006507.pdf>> Acesso em 18 set. 2015.

⁷⁶ FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. nº 84, 2011. p. 90.

⁷⁷ Termos utilizados por Bobbio em: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987. p. 30.

⁷⁸ Este é um dos argumentos utilizados por Perry para criticar a visão de Mosher sobre a novo serviço público. Cf. PERRY, James L. Democracy and the new public service. *The American Review of Public Administration*. v. 37, nº 1, p. 3-16. March, 2007.

⁷⁹ PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 43, nº 6, nov./dez., 2009. p. 1360-1361.

7. Referências

- AGUNE, Roberto Meizi; GREGORIO FILHO, Álvaro Santos; BOLLIGER, Sergio Pinto. Governo aberto SP: disponibilização de bases de dados e informações em formato aberto. III Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/controladoria_geral/arquivos/C3_TP_GOVENRO%20ABERTO%20SP%20DISPONIBILIZACAO%20DE%20BASES%20DE%20DADOS.pdf> Acesso em 18 set. 2015.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. O princípio da publicidade no Direito Administrativo. *REDE – Revista eletrônica de Direito do Estado*. nº 23, jul./set., 2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-ANTONIO-CARLOS-CINTRA.pdf>> Acesso em 18 set. 2015.
- ARENDE, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- BLIACHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown; FUNARI, Marcos Hime. Governança pública, eficiência e transparência na Administração Pública. *Fórum de contratação e gestão pública – FCGP*. a. 12, nº 133, jan. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- _____. *O futuro da democracia*. 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUGARIC, Bojan. Openness and transparency in public administration: challenges for public law. *Wisconsin International Law Journal*, v. 22, n. 3, p. 483-521, 2004.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 24, nº 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.
- CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira; COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. Inovação institucional e accountability: o caso dos conselhos setoriais. In: Congresso internacional del Clad sobre la reforma del estado y de la Administración Pública, 6, Buenos Aires, Argentina, 2001. Disponível em: < <http://siare.clad.org/fulltext/0042312.pdf>> Acesso em 21 set. 2015.
- CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados – Revista de ciências sociais*. v. 40, nº 2. p. 229-250, 1997.
- DAHL Robert A. *La poliarquía – participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1989.
- DEMCHAK, Chris C.; FRIIS, Christian; LA PORTE, Todd M. Webbing governance: national differences in constructing the face of public organizations”. In GARSON, G. David (eds.). *Handbook of Public Information Systems*. New York: Marcel Dekker Publishers, 2000. p. 179-195.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- DINIZ, Vagner. Como conseguir dados governamentais abertos. II Congresso CONSAD de Gestão Pública, Brasília, 2010. Disponível em: < https://i3gov.planejamento.gov.br/como_conseguir_dados_governamentais_abertos.pdf> Acesso em 21 set. 2015.
- DROR, Yehezkel. Transparency and openness of quality democracy. In: AA.VV. *Openness and transparency in governance: challenges and opportunities, the second nispacée civil service forum*. 1999, Maastricht, The Netherlands. Disponível em: < <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispacée/unpan006507.pdf>> Acesso em 18 set. 2015.
- ELIAS, Gustavo Terra. Da publicidade à transparência – o percurso para a reafirmação da democracia participativa. *Fórum Administrativo – FA*. a. 12, nº 141, nov., 2012.
- FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. nº 84, p. 65-94, 2011.

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

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade – O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7º ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *Interesse público*, a. 8, nº 39, set./out., 2006.

MAIRAL, Héctor A. *Las raíces legales de la corrupción – o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires: RAP, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233-258.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. *Fórum Administrativo – FA*. a. 5, nº 49, mar. 2005.

MOSHER, Frederick C. *Democracy and the public service*. UK: Oxford University Press, 1974.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a. 7, nº 30, out./dez., 2007.

_____. O princípio constitucional da publicidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259-279.

NIEVINSKI, Felipe G. Dados “meio” abertos – sobre o uso e reuso dos dados governamentais brasileiros. 2013. Disponível em: <<http://br.okfn.org/2013/08/28/dados-meio-abertos-sobre-o-uso-e-reuso-dos-dados-governamentais-brasileiros/>> Acesso em 21 set. 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, Baltimore, v. 5, n. 1, p. 55-69, Jan. 1994.

_____. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, nº 44, p. 27-48. 1998.

OVERMAN, E. Sam; CAHILL, Anthony G. Information policy: a study of values in the policy process. *Review of Policy Research*. v. 9, nº 4. p. 803-818. 1990.

PERRY, James L. Democracy and the new public service. *The American Review of Public Administration*. v. 37, nº 1, p. 3-16. March, 2007.

PHILP, Mark. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, v. 57, nº 2, p. 28-53. 2009.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *RAP – Revista de Administração Pública*. v. 43, nº 6, p. 1343-1368, nov./dez., 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, P. (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 39-73.

PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. Elections and representation. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (eds.). *Democracy, accountability and representation*. UK: Cambridge University Press, 1999. p. 29-48.

PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*. USA: Princeton University Press, 1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. a. 34, nº 136, p. 5-28, out./dez., 1997.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na Administração Pública. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. v. 266, p. 89-123, mai./ago., 2014.

ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: SCHEDLER, Andres; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (eds.) *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 13-28.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. Transparência na Administração Pública. *Revista do TCMRJ*. n. 35, p.37-38, maio, 2007.

THOMPSON, Dennis. Democratic secrecy. *Political Science Quarterly*, v. 114, n° 2, p. 181-193. 1999.

VAZ, José Carlos. Administração pública e governança eletrônica: possibilidades para a tecnologia da informação. In: AA.VV. *Governo eletrônico - os desafios da participação cidadã*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n. 24, dez. 2002. p. 13-26.

VAZ, José Carlos; RIBEIRO, Manuella Maia; MATHEUS, Ricardo. Dados governamentais abertos e seus impactos sobre os conceitos e práticas de transparência no Brasil. *Cadernos PPG-AU/UFBA*. v. 9, p. 45-62, 2010.

VIEIRA, Jorge Blascoviski. Estado, sociedade civil e accountability. *Ensaio FEE*, v. 26, n° 1, p. 605-626, jun. 2005.

AUTORIDADE E CONSENSO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM REPOSICIONAMENTO DO REGIME JURIDICO CONTRATUAL BRASILEIRO À LUZ DA DOCTRINA EUROPEIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

VIVIAN LIMA LÓPEZ VALLE*

O Direito Administrativo contemporâneo é um direito em certa medida em conflito com seu tempo. Os atuais desafios do Direito Administrativo exigem um instrumental teórico que está por se construir. O funcionamento tradicional do Direito Administrativo, fundamentado num ato administrativo arrogante, de súditos e imperadores, de administrados que colaboram com a legalidade e não se relacionam com a Administração Pública já não mais atende a todas as realidades discutidas nos contratos administrativos no cenário jurídico atual brasileiro.¹

O Direito Administrativo Contemporâneo vem sendo questionado em seus alicerces, está submetido a profundas mudanças estruturais e a discussão sobre novos paradigmas nas Contratações Administrativas, com alteração substancial de Regime Jurídico Administrativo, reposicionamento das prerrogativas administrativas contratuais e modificação do tempo

* Professora de Direito Administrativo e Constitucional dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC/PR. Doutoranda e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Administrativo pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos. Especialista em Contratação Pública pelo CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra. Professora da Pós Graduação do Instituto de Direito Romeu Bacellar e da Fundação Escola do Ministério Público do Mato Grosso. Advogada especializada em Direito Administrativo.

¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo*. Estudos de Contratação Pública IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. O autor ainda afirma que somente no Século XX o administrado passou a ser sujeito de direitos perante a Administração pública e que os contratos administrativos eram vistos como contratos de lapso curto, pago pelo contribuinte. Por isso que havia uma correlação quase que imediata entre o tempo dos contratos e o tempo dos mandatos. O tempo político e o jurídico contratual era de 04 (quatro) anos, de políticas públicas reativas, de curto prazo. Não se pensava a longo prazo. Um mundo mais simples, com um tempo simples. O autor afirma que o Direito Administrativo precisa se libertar das formulas construídas no século XIX e no século XX, onde na sua visão a pedra de toque dos contratos administrativos de longo prazo é a certeza da mudança. E nesse sentido aponta nos contratos administrativos para uma Administração Pública negocial, com uma igualdade assimétrica.

da relação contratual são questões palpantes e que atormentam o Direito Administrativo Moderno.

Nesse sentido Pedro Miguel Matias Pereira afirma que

o ponto de partida para a nossa análise é a nova percepção da Administração Pública, em entendimento moderno e mais feminino de uma Administração que ultrapassou a necessidade de se afirmar autoritariamente, diversificando as formas de agir administrativo, nomeadamente, com o crescente recurso à contratualização, ao pacto como alternativa à estatuição. Ultrapassou a necessidade constante de afirmação autoritária mas não prescindiu dos seus poderes públicos, pois a prossecução do interesse público exige que, ainda que contratualize em vez de ditar um comando, não perca a administratividade da sua actuação: a quadratura deste círculo é o que permite a emancipação (e o recurso crescente) à figura do contrato administrativo.²

Exemplo dessa realidade de conflito está no Regime Jurídico dos Contratos de Parceria Público Privada estabelecidos na Lei n. 11079/04 na realidade jurídico brasileira. Os tradicionais alicerces do modelo negocial da Administração Pública Brasileira, especialmente fundados na lógica da autoridade da Lei n. 8666/93 são contrapostos ao modelo de paridade e negociação, que tem na legislação das Parcerias Público Privadas um espaço de grande expressão.

O Regime Jurídico Administrativo Brasileiro está vivenciando uma modificação de paradigma, com proposta de alteração do modelo de autoridade pelo modelo de consenso negocial. O desafio é enfrentar essa discussão de modo a identificar um modelo de reposicionamento das prerrogativas públicas, e não necessariamente de substituição.

Nesse sentido a análise da doutrina europeia de contratação pública apresenta-se oportuna e interessante, especialmente considerando as experiências no âmbito de contratação já vivenciadas no continente europeu e a significativa discussão teórica sobre o modelo consensual.

Nesse sentido não se pode admitir uma simples substituição do paradigma da unilateralidade pelo paradigma do consenso, especialmente pela necessidade de compatibilização com o Estado Democrático de Direito, com o Regime Jurídico Administrativo e com o Interesse Público.³

² PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 9.

³ Mas deve ser considerado, tal como fez Luis Felipe Colaço ANTUNES, que em tempos atuais há um certo esquecimento do interesse público no direito administrativo: “falamos essencialmente do esquecimento público, do esquecimento da coisa pública, porque é este esquecimento que caracteriza o tempo que vivemos e ameaça a sobrevivência do direito administrativo. E o autor ainda assinala que há uma anorexia do interesse público com um Estado mínimo regulador, havendo uma Administração “autocéfala”, e que há uma sensível alteração no modo de prosseguir com o interesse público pela Administração Pública, especialmente referido na negociabilidade do ato administrativo. (ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. *O Direito Administrativo e a Sua Justiça no Início do Século XXI. O Esquecimento do Interesse Público no Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 11, 15 e 65.

E essa discussão envolve não apenas a opção por um modelo de prerrogativas ou por um modelo de consenso e negociação. Envolve também a discussão de qual será o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos, especialmente tratando aqui dos contratos administrativos de longa duração.

A definição da negociação na esfera contratual é necessária para permitir o delimitamento desse novo regime jurídico. Sobre o assunto Luís Verde de Sousa aponta que admitir a possibilidade de construção dialógica do projeto contratual é reconhecer que a Administração dispõe de uma considerável margem de decisão e discricionariedade.⁴

Na doutrina europeia há construções teóricas de um Direito administrativo privado, remetendo-se ao reconhecimento de que as formas de consensualismo na Administração Pública se definem pela tendência ao direito privado. Porém, há espaço para a construção de uma doutrina de interesse público entre as fronteiras do público e do privado e não há incompatibilidade entre o regime jurídico de direito público e a consensualidade.⁵

No Brasil, há autores que partem da premissa estabelecida por Romeu Felipe Bacellar Filho⁶ de que *o contrato administrativo é instituto de direito*, não pertencente especialmente nem ao direito público nem ao direito privado.⁷ Tal fato desafia a criação de uma nova regulação dos contratos, especialmente considerando as deficiências do modelo tradicional unilateral frente às necessidades contratuais atuais e a incompatibilidade de um modelo exclusivo de consenso e negociação em face dos pilares de Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade do Interesse Público estabelecidos no Regime Jurídico Administrativo.

Se é certo que o paradigma tradicional do contrato administrativo, fundamentado na unilateralidade, apresenta-se insuficiente frente aos desafios enfrentados pela Administração Pública Brasileira atualmente, havendo um discurso pela discussão crítica do paradigma que pretende a abolição das prerrogativas contratuais. É certo também que deve haver um discurso para defender a necessidade de reorganização do Regime Jurídico Administrativos dos Contratos, com um reposicionamento das prerrogativas públicas que permita um espaço

⁴ Embora o autor afirme que “o reconhecimento deste poder discricionário está longe de significar que a sua atuação se deve pautar por critérios exclusivamente economicistas (fazendo o que for necessário para obter o designado “good value for Money”), esquecendo a sua vinculação ao Direito. Mesmo investida dos poderes discricionários, a Administração está subordinada ao princípio da legalidade. É esse bloco de legalidade, composto não apenas pela lei, entendida em sentido genérico (lei da AR, decretos – lei ou decretos legislativos regionais), mas também regras e princípios consagrados na Constituição, pelo Direito Internacional em vigor in foro domestico e pelos princípios gerais do direito, que a negociação deve respeitar.” SOUSA, Luis Verde de. *A negociação nos Procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 46.

⁵ IBÁÑEZ, Santiago González Varas. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1996, pp. 87-128. Neste ponto cabe indagar como compatibilizar supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público com o “direito administrativo privado”? A ideia de cooperação e consensualismo não é privativa do direito privado. Mas se faz necessário definir prerrogativas indisponíveis e insuscetíveis de limitação por contrato a partir de quais premissas? Qual a definição concreta de interesse público que baliza essa limitação?

⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.182-183.

⁷ No mesmo sentido KIRKBY, Mark Bobela – Mota. *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos – O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 15.

adequado de consensualismo e negociação especialmente no ambiente dos contratos de longa duração, que pela sua própria natureza são contratos mutáveis e sujeitos a modificações ao longo do tempo. Se a certeza dos contratos de longa duração é a mudança, faz-se necessário repensar o regime jurídico especialmente no ambiente das prerrogativas públicas contratuais.

Nesse sentido, defende-se um regime jurídico dos contratos administrativos, nem público nem privado, desafiando a criação de uma nova regulação, que não permita a substituição exclusivamente de cláusulas exorbitantes por lógicas como a do consenso e da negociação, mas que permita atender as necessidades atuais da Administração Pública Brasileira nos contratos administrativos e ao mesmo tempo compatibilize-se com as necessárias garantias ao interesse público. Que viabilize o consensualismo, especialmente nos contratos de longa duração, assegurando a condição da autoridade para as situações onde o consenso não foi capaz de produzir um resultado de interesse público, numa espécie de utilização subsidiária do regime de prerrogativas, atendendo o interesse público de melhor forma.

Romeu Felipe Bacellar Filho nesse sentido afirma que o predomínio da autoridade no Direito Administrativo fez com que o “negócio” fosse proibido, estabelecendo a imperatividade do ato administrativo como “sacralização do poder estatal”, e, portanto, dificultando a adoção de uma Administração Pública inserida num panorama de bilateralidade e consenso.⁸ Mas o mesmo autor ainda assinala que essa é uma visão monolítica de Administração Pública, fundada num conceito de interesse público “absoluto e homogêneo”, que recusa interpretações dissidentes.⁹

O autor afirma que a

Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a Lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.¹⁰

A verdade é que a doutrina vem identificando a insuficiência e inadequação da dicotomia entre a supremacia do interesse público e a autonomia privada. Giorgio Berti nesse sentido assinala que “*deve-se banir a usual contraposição entre princípio da supremacia (esfera do Direito Administrativo) e da autonomia privada (esfera do Direito Privado)*”. Mesmo

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.192-193.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem. Ibidem*.

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Idem. Ibidem*.

a autonomia privada não se apresenta mais como liberdade de contratar como direito absoluto em sentido patrimonial."¹¹

Faz-se necessária a defesa do regime jurídico administrativo, com identificação de vias de compatibilização com as necessidades contratuais atuais da Administração Pública Brasileira. A postura não é de redução de prerrogativas, mas de redimensionamento para permitir negociação sem prescindir da autoridade nas hipóteses necessárias à garantia do interesse público.

As atuais discussões sobre o modelo contratual da Administração Pública estão todas estabelecidas dentro dessa virada paradigmática do Regime Jurídico Administrativo. Consensualismo e negociação, com uma dialética entre Estado-Sociedade cada vez mais aberta à realização de acordos e de disposição de interesses.

Uma nova face da velha Administração.¹² O problema é que nesse diálogo não se pode ignorar que é impossível abdicar da face impositiva da Administração Pública, especialmente considerando a sua aplicação nas hipóteses de conflitos entre interesses públicos e privados e prevalência daqueles no caso concreto para a satisfação do bem comum e do bem estar coletivo. O caminho do reposicionamento das prerrogativas encontra muito mais espeço e acomodação no ordenamento jurídico do que o da substituição e flexibilização.

Casalta Nabais nesse sentido destaca que utiliza contrato como superconceito, historicamente elaborado no direito privado, mas não pertencendo exclusivamente ao direito privado ou ao direito público. Essa é a raiz do contrato como instituto de direito.¹³ Destaca que a crise do contrato é também crise da figura contratual do liberalismo oitocentista, que o ligou intrinsecamente à autonomia da vontade. Quando a crescente interligação Estado / sociedade coloca em xeque a autonomia da vontade entra em crise a figura contratual. A crescente estatização da sociedade e a progressiva diminuição da autoridade do Estado possibilita a extensão do contrato aos domínios das relações jurídico – públicas. Segundo o autor mais Estado em extensão (quantidade) e menos Estado em intensidade (qualidade). Aqui já se aponta uma certa flexibilização de prerrogativas, com a diminuição da autoridade.¹⁴

Casalta Nabais aponta que a aceitação do contrato como figura do direito público e do direito administrativo ganhou desenvolvimento com o advento do Estado Social, daí porque o contrato tenha se tornado instrumento normal da ação estatal atualmente, tanto

¹¹ BERTI, Giorgio. *Il Principio Contrattuale nell'attività amministrativa*. In SCRITTI in Onore Di Massimo Severo Giannini. v. 2. Milano: Giuffrè, 1988. p. 61.

¹² A expressão é de PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 17. O autor ainda afirma que "se é certo que a procura de *consensus-based solutions* se conjuga melhor com a ideia de contratualização, nem por isso se pode deixar de reconhecer a permanência do acto administrativo, informado também ele, actualmente, por uma reforçada ideia de colaboração, resultando num apelo à ideia de consenso no aparentemente solitário domínio do acto de autoridade." No mesmo sentido v. Pedro Costa GONÇALVES. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 23 a 24.

¹³ NABAIS, José Casalta. *Contratos Fiscais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 12.

¹⁴ NABAIS, José Casalta. *Idem*. p. 13.

na conformação econômica quanto social em que o Estado deva intervir. O autor ainda destaca que os contratos de direito público são gênero onde os contratos administrativos são espécie, não havendo identidade entre as expressões nem razão para designar os contratos administrativos como contratos públicos. Aqui já há uma primeira distinção em relação às prerrogativas. E o autor no mesmo sentido assinala que o contrato foi se transformado em *modus agendi* do Estado Social e que não se limita a operar nos novos domínios a que a ação do Estado foi chamada, mas põe em causa o próprio *modus operandi* do Estado em setores antes nunca disciplinados por contrato.¹⁵

Nesse contexto cabe destacar que a Administração Pública Contemporânea se orienta segundo uma relação de autoridade nas relações contratuais, mas já há exemplos significativos na legislação quanto a uma postura consensual, negocial, especialmente considerando o regime jurídico das Parcerias Público Privadas. Essas duas dimensões se inter-relacionam, complementando-se.

A face consensual representa uma das hipóteses atualmente defendidas para a Administração Pública Contemporânea, mas não se pode olvidar que há situações de vedação legal. À transação e a Administração Pública deverá pautar-se pela unilateralidade para a preservação do interesse público. Essa delimitação é que ainda está por ser enfrentada mais verticalmente. A virada paradigmática do Regime Jurídico Administrativo necessariamente deve ser interpretada conforme a Constituição e para a garantia do interesse público primário.

O desafio então é estabelecer os limites entre essa hipótese de transação e de paridade para bem do interesse público e o necessário unilateralismo para garantia do bem comum (ainda que subsidiário), especialmente considerando institutos como o da arbitragem e sua aparente, mas não sustentada contraposição com os princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público para as relações contratuais.¹⁶ É nesse sentido que Egon Bockmann Moreira fala em igualdade assimétrica.¹⁷

E nesse mesmo sentido um caminho a investigar é o do *posicionamento da relação jurídica como novo conceito central do direito administrativo*. E aqui cabe citar Vasco Pereira Da Silva e a sua visão de relação jurídica¹⁸. O reposicionamento das prerrogativas públicas e do conceito de autoridade na relação contratual necessariamente passa pelo conceito de relação jurídica.

Na visão desse autor, a relação jurídica atualmente surge como novo conceito central do direito administrativo, capaz de ocupar a posição pertencente ao ato administrativo. Crise do ato que não é mais a forma dominante de atuação da Administração Pública e não

¹⁵ NABAIS, José Casalta. *Idem*. p. 16-29.

¹⁶ Marta García Perez afirma que “Las ventajas del procedimiento arbitral por contraposición al proceso judicial han sido reiteradamente expuestas por la doctrina. A autora ainda assinala a necessidade de se aprovar uma lei geral de arbitragem de Direito Público. (PEREZ, Marta García. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Navarra: Editora Aranzadi, 2011.)

¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *O Contrato Administrativo... Op. Cit.*

¹⁸ SILVA, Vasco Pereira Da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 149-297

consegue abarcar a integralidade do relacionamento desta com os particulares.¹⁹ É fato que a doutrina clássica focada no ato administrativo e no paradigma da Administração Pública agressiva é inadequada para compreender os fenômenos do Estado social e pós social. Essa constatação é ponto de partida dogmático para vencer as limitações do ato administrativo.

A doutrina da relação jurídica vai buscar na constituição seu fundamento de aplicabilidade. Radica-se na concepção de que a relação entre o Estado e o cidadão é uma relação jurídica e não uma mera ligação de sujeição entre o poder administrativo e um administrado. Não é relação de poder vez que Estado e cidadão estão submetidos ao direito e a Administração Pública não possui nenhum poder pré existente à Constituição, justificador de uma relação de subordinação pré – jurídica, abstrata e geral.²⁰

E no mesmo viés a compreensão de que os contratos de longa duração envolvem relações jurídicas multipolares surge como uma manifestação da moderna Administração prestadora e constitutiva e representa uma transformação importante da sua forma de atuar e se relacionar com a sociedade. *O Direito administrativo não pode mais ser um direito de colisão entre interesses públicos e privados, mas sim um direito de distribuição entre interesses privados perante a Administração Pública.* A Administração Pública já não mais se posiciona como meramente autoritária, *mas constitutiva da sociedade*, procurando a realização do equilíbrio das posições jurídicas individuais contrapostas.

Nessa linha de raciocínio se encontra Francisco Paes Marques, que sustenta que o que caracteriza realmente esse tipo de relação jurídica afigura-se como controverso, mas necessariamente transcende o esquema tradicional sobre o qual se assenta a dogmática do Direito Administrativo: *“a relação bipolar Administração – Cidadão, abrangendo outros sujeitos participantes.”* O autor coloca a necessidade de determinar em que medida a figura da relação jurídica multipolar implica numa transformação dogmática geral do Direito Administrativo substantivo, formatado em um modelo puramente dicotômico *“Administração Pública versus cidadão, interesse público versus interesse privado, Administração agressiva versus Administração de prestação”*.²¹

¹⁹ SILVA, Vasco Pereira Da. *Idem. Ibidem.*

²⁰ Entender a relação jurídica como a chave da dogmática do Direito Administrativo significa considerar que a maior e mais importante parcela das situações administrativas corresponde a um esquema relacional e não que não possam existir realidades cuja explicação deva ser feita sem o recurso a essa figura. Não é uma fórmula mágica compreensiva da integralidade dos fenômenos jurídicos, mas um instrumento de análise mais adequado à compreensão da maior parcela dos fenômenos administrativos da atualidade. (SILVA, Vasco Pereira Da Silva. *Idem. Ibidem.*)

²¹ MARQUES, Francisco Paes. *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua compreensão substantiva.* Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 13. O autor ainda assinala na p. 14 que a concepção dicotômica do Direito Administrativo é insuficiente para entender que este não pode somente tratar do interesse da comunidade ou da liberdade individual e que precisa atender a tarefa de proteger todos os cidadãos, disciplinando interesses heterogêneos e contrapostos, aos quais o Direito Administrativo deve dar resposta através da ponderação de todos os interesses em causa. E veja-se ainda que o mesmo autor, as fls. 440, pondera que os efeitos da relação jurídica multipolar são de tamanha ordem de alteração do Direito Tradicional que *“o regime da nulidade do acto administrativo quadra mal com a multipolaridade administrativa, pelo que ponderação do interesse público e dos interesses privados, em cada caso concreto, pode levar ao afastamento da nulidade mesmo que, à partida, s”*

Daí o foco no reposicionamento das prerrogativas administrativas contratuais e o repúdio a um modelo de substituição. Sugere-se na doutrina nacional uma Administração Pública mais democrática, pautada mais pelo dever de ponderação de interesses do que pela supremacia do interesse público sobre o privado. Não se pode olvidar neste ponto que já está consagrado na doutrina nacional e estabelecido no direito positivo brasileiro o dever de ponderação, onde se sustenta que não há sacrifício individual de direitos se não houver um interesse público, bastante e suficiente, a justificar tal sacrifício, numa interpretação concretizadora da Constituição e dos direitos fundamentais, voltada à análise da razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.²²

Nesse sentido Licínio Lopes Martins afirma que *“aquelas prerrogativas (ou o seu exercício) são, de igual modo, universalmente contrabalanceadas por um princípio de justiça contratual: o princípio do equilíbrio econômico – financeiro do contrato, cuja valia normativa supera, do mesmo modo, as diferenças formais de qualificação e de regime.”*²³

O ambiente da Administração Pública contratual nesse contexto é de paridade. Cabral de Moncada sobre o assunto afirma que a relação entre a Administração e os cidadãos é uma relação jurídica caracterizada pela tendencial paridade entre a Administração e aqueles na base de direitos e deveres recíprocos e compreende as relações com os cidadãos que estão imersos em relações gerais ou especiais de poder.²⁴

Assim, é necessária uma revisão doutrinária do instituto dos contratos administrativos, em especial a característica da autoridade representada nas prerrogativas públicas ante as transformações porque passa a Administração Pública Contemporânea, buscando analisar as possibilidades de aplicação, por exemplo, da arbitragem nas relações contratuais, com a discussão acerca da negociação das cláusulas contratuais em substituição à imposição unilateral das mesmas.²⁵

²² Essa posituação pode ser verificada na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei n. 9784/99, que estabelece em seu artigo 2º, inciso VI: *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.*

²³ MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Econômico Financeiro)*. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 23.

²⁴ CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 516. O autor prossegue às fls. 519 apontando que *“A relação jurídica administrativa. Como também dissemos já, é a consequência natural da relação jurídica constitucional que vê no cidadão um titular de direitos contra o estado em geral e a administração em particular e que pensa o contacto recíproco numa perspectiva tendencialmente paritária. A relação jurídica constitucional não é apenas uma relação entre os cidadãos e a Constituição. É uma relação entre os cidadãos e a lei e os direitos, de acordo com a Constituição.”*

²⁵ Sobre o assunto Pedro Miguel Matias Pereira afirma que *“tal como qualquer contrato, também o contrato público tem, na sua base, um encontro de vontades, o que pressupõe uma liberdade dos contraentes em assumir ou não uma relação jurídica contratual, tendo assim, ao contrário do acto administrativo, um carácter voluntário. Ou seja, e ao invés do que acontece quando lança mão do acto administrativo, a Administração Pública negocia a sua actuação em vez de ditar o direito para o caso concreto, e é assim que se caracteriza o government by contract.”* (PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 15).

Partindo-se de uma lógica coerente com o regime jurídico administrativo, não há que se falar em flexibilização de prerrogativas e sim um reposicionamento da condição de autoridade da Administração Pública contratual, com a manutenção da condição de potestade pública. *O que se propõe é uma condição de autoridade subsidiária a uma postura negocial prévia.* E, por óbvio, deve-se buscar estabelecer quais as situações onde a condição de potestade pública deve necessariamente ser invocada para a definição do interesse público no caso concreto.

A realidade em construção necessita do estabelecimento objetivo de que parâmetros esse novo modelo de gestão administrativa, negocial, se coloca. Quais são suas estruturas e fundamentos e como se dá a relação com o espaço privado de negociação. *E a seqüência lógica passa pelo questionamento se realmente há necessidade do regime exorbitante ser entendido como eixo estruturante da relação contratual administrativa.*

Neste ponto, se o contrato administrativo é categoria do direito, é possível pensar num modelo de reposicionamento das cláusulas exorbitantes, focado na relação jurídica, voltado a uma Administração distributiva, que orienta-se por uma proposta de função ordenadora e não parte da premissa da autoridade como condição do negócio jurídico.²⁶ Nesse sentido a proposta de igualdade assimétrica de Egon Bockmann Moreira parece guardar enorme sentido com o modelo ora defendido.²⁷

Nos contratos administrativos as prerrogativas públicas sempre foram chamadas de cláusulas exorbitantes exatamente porque exorbitam do direito comum e concedem à Administração Pública uma posição privilegiada. Essa visão precisa ser revista. As cláusulas exorbitantes não podem ser entendidas como privilégios da Administração Pública dentro de um Estado Democrático de Direito.

Sob esse assunto Fernando Dias Menezes de Almeida pontua que a teoria do contrato administrativo possui problemas de duas ordens. Primeiro, um problema intrínseco, relacionado ao fato de que desde a origem não explica completa e adequadamente o fenômeno contratual da Administração,

*pois resume o cerne da explicação à existência de certas prerrogativas inerentes ao contrato (situação jurídica subjetiva), não atentando de modo suficiente para o regime materialmente legislativo do objeto da relação contratual (situação jurídica objetiva). É certo que tais prerrogativas, em momento posterior e em certos Direitos Positivos, passaram formalmente a ser previstas como inerentes ao regime do contrato; mas isso se deu, justamente, por influência do posicionamento teórico distorcido.*²⁸

²⁶ A visão da função ordenadora proposta por Carlos Ari SUNDFELD quando trata do poder de polícia conforma-se perfeitamente com a visão de uma Administração Pública paritária e distributiva. (SUNDFELD, Carlos ARI. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 9-27 e 38-52.)

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *O Contrato Administrativo...* Op. Cit.

²⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012. p. 12.

Segundo, um problema relacionado à insuficiência da teoria do contrato face ao aumento da complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. E nesse ponto se estabelece a outra premissa da discussão: a teoria do contrato administrativo precisa evoluir rumo a um novo ponto de convergência, *“especialmente em consequência do aumento da complexidade do fenômeno contratual envolvendo a Administração Pública”*.²⁹

Charles Debbasch reconhece que hoje ainda se fala em Direito Administrativo como derogatório do direito comum, mas afirma que o direito privado não é mais comum do que o direito administrativo.³⁰ E nesse ponto a outra premissa se estabelece: a delimitação do contrato administrativo enquanto gênero pertencente à teoria geral do Direito impede a identificação de vários institutos públicos como ‘derrogatórios’ e ‘exorbitantes’ do direito comum, *“na realidade não ocorrem nem derrogação nem exorbitância, mas apenas diferenças específicas sabidamente existentes nas espécies, ao serem confrontadas com os gêneros de que descendem.”*³¹

Essa relação é equilibrada com as sujeições administrativas, que no contrato administrativo se consubstanciam nas regras de preservação da equação econômica financeira do contrato.

Os novos limites às prerrogativas públicas passam necessariamente pela revisão desse modelo de autoridade, de cláusulas exorbitantes e de supremacia abstrata do interesse público e vai se apresentar com veemência em dois institutos muito discutidos atualmente em direito administrativo: as Parcerias Público Privadas e a Arbitragem.

Autoridade e consenso estão em franca discussão quando se trata da proposta de Administração Pública paritária. No que tange ao modelo de arbitragem proposto no ambiente das Parcerias Público Privadas, a proposta consensual de substituição do modelo de autoridade, traz possibilidades de transação nunca antes admitidas. Na legislação brasileira visualiza-se uma tendência para a autorização da arbitragem em situações específicas, como por exemplo, nas telecomunicações e na exploração e produção de petróleo e gás natural, mas a lógica das Parcerias Público Privadas é mais ampla e intensa, pois exige um modelo de igualdade e paridade antes não pensado nas relações jurídico administrativas.

Se não se admite substituição do modelo de prerrogativas públicas contratuais, mas reposicionamento da sua condição e existencia e para o contrato administrativo, *faz-se necessário um repensar do contrato administrativo como um todo, o que significa uma*

²⁹ O autor vai além, ainda afirmando que *“o ponto de convergência da evolução da teoria do contrato administrativo propor-se que seja a essência contratual, atentando-se especialmente para a distinção entre o regime jurídico criado mediante contrato e o regime jurídico criado legislativamente quanto ao contrato e quanto a seu objeto; e atentando-se também para a distinção fundamental entre situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas.”*. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.p. 13-14).

³⁰ DEBBASCH, Charles. *Lê Droit Administratif, Droit Dérégatoire au Droit Commun?* In: MELANGES, René Chapus (Org.). *Droit Administratif*. Paris, Montchrestien, 2002, p. 127.

³¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Matrizes Civilísticas do Direito Administrativo*. FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 232.

alteração da visão de desigualdade jurídica na relação negocial, além do enquadramento subsidiário das prerrogativas públicas à negociação.

Significa estabelecer que as prerrogativas não são cláusulas exorbitantes que pertencem à Administração Pública, mas consequências da relação jurídica negocial, apresentando-se subsidiariamente à negociação, nas hipóteses onde a autoridade é necessária para a salvaguarda dos interesses públicos que levaram ao contrato administrativo. *O reposicionamento das prerrogativas as coloca não mais como competências pertencentes à Administração Pública, mas como consequências da relação jurídica contratual.*

Para se delimitar adequadamente o debate, cabe aqui, ainda que rapidamente, uma digressão sobre a condição de autoridade da Administração Pública e o impacto dessa condição nos contratos administrativos, consubstanciado nas prerrogativas públicas, denominadas, cláusulas exorbitantes, especialmente considerando para tanto o tratamento da Lei n. 8666/1993, Lei Geral de Licitações e Contratos do ordenamento jurídico brasileiro.

Todo contrato administrativo é na disciplina da Lei n. 8666/1993 um ajuste entre a Administração Pública e um particular que possui características muito próprias: a) É sinalagmático e comutativo, com reciprocidade de direitos e obrigações; b) É um contrato de adesão, definido previamente pela Administração; c) Possui cláusulas que exorbitam do direito comum em favor da Administração Pública; d) Traz regras de equilíbrio econômico financeiro para proteger a equação econômica inicialmente estabelecida.

No ambiente da Lei n. 8666/1993 as cláusulas exorbitantes caracterizam o Regime Jurídico Administrativo próprio da Administração Pública, calcado nos princípios da Supremacia do Interesse Público e na indisponibilidade do Interesse Público. A Administração Pública sempre se organizou sob esses pilares, impondo a sua condição de autoridade em face do particular sempre no intuito de proteger o interesse público. Desse modo a Administração Pública pode modificar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos, fiscalizar sua execução, aplicar sanções administrativas, reter créditos e possui ainda restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido, regra das mais basilares na *pacta sunt servanda*.

É esse regime jurídico especial, que dota a Administração Pública de prerrogativas, de poder e autoridade em face do particular contratado que passa atualmente por uma profunda revisão. Essa revisão ocorre baseada numa releitura do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado e na formação de um novo modelo de Administração Pública, consensual, paritária ao particular. Essa nova forma de administrar prega a necessidade de reciprocidade de concessões entre a Administração Pública e os particulares, gerando acordos administrativos.

Identifica-se uma Virada Paradigmática no Regime Jurídico Administrativo: a proposta de alteração do modelo da autoridade pelo consenso. E nesse ponto faz-se necessária uma doutrina de defesa das prerrogativas públicas, redimensionadas.

A Administração Pública paritária, não mais provida das mesmas condições de autoridade que sempre caracterizaram seu regime jurídico tem modelo que vem se desenhando desde a década de 90 do século passado e que impacta significativamente na doutrina dos contratos administrativos e na relação Estado-sociedade. Cabe aqui o destaque da doutrina de Marçal Justen Filho, que defende um direito administrativo personalizado, entendendo que a Administração não é um valor em si mesmo e que o núcleo do Direito Administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais.³² No mesmo sentido Gustavo Justino de Oliveira para quem a presença dos cidadãos no processo de tomada de decisão administrativa através da participação administrativa se apresenta como efeito da moderna concepção da relação Estado – Sociedade, com reciprocidade na coordenação entre os atores.³³

Defende-se que essa nova relação Estado – Sociedade demanda a mudança paradigmática do Direito Público de forma a permitir uma nova forma de gestão pública, horizontalizada, flexibilizada, onde o processo de tomada de decisão e a decisão administrativa em si passam a ser resultado das negociações entre o Estado e a Sociedade Civil.

O pressuposto de atingimento dos fins do Estado passa agora pela cooperação mútua entre Estado e Sociedade, assim como essa cooperação passa a ser fundamento de legitimação democrática. Desse novo modelo é que surge a necessidade de diálogo entre Estado - Sociedade por meio de mecanismos ordenadores da participação democrática. Nesse sentido Odete Medauar assinala que há um novo paradigma, onde se pretende a substituição da centralização e do monolitismo de centros de poder para um modelo de atuação por cooperação, com grande ênfase à consensualidade.³⁴

A mesma autora ainda destaca que a perspectiva unidimensional marcada pela relação “Estado – Súdito”, onde o indivíduo é possuidor de direitos para com o Estado e não em frente ao Estado vem progressivamente sendo repensada para uma perspectiva bidimensional, marcada pela relação “Estado – Cidadão”, onde se estabelece direitos e deveres para o Estado e para o cidadão.³⁵

Com o mesmo discurso Diogo de Figueiredo Moreira Neto também aponta que o Poder Público vai além de estimular condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, onde o consenso é a opção, em lugar da coerção. Esse novo modelo o autor denomina de *Estado de Juridicidade Plena*.³⁶

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

³³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: RT, 2008.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução... Op. Cit.*

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Malheiro, 2000. p. 37-48.

A lógica do consenso aparece como *uma segunda via de legitimação* para a atuação estatal, uma espécie de interpenetração do Estado com a Sociedade.³⁷

A verdade é que se identifica que o consenso e a negociação entre Poder Público e particulares passam a assumir importante papel no processo de identificação de interesses públicos e privados pela Administração Pública, num ambiente onde esta não mais detém a exclusividade no estabelecimento do interesse público.³⁸

Odete Medauar explica a situação identificando um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos, onde passa a ter relevo o consenso e a participação.³⁹

Identifica-se claramente uma contraposição entre a racionalidade jurídica da legalidade e a racionalidade econômica da eficiência.⁴⁰ O que muda é que a imperatividade não mais será o modo principal de atuação do Estado e a solução lógica para os conflitos de interesse. A imperatividade cede lugar ao consenso como alternativa viável à solução de conflitos. Nesse ponto o reposicionamento das prerrogativas públicas é inevitável.⁴¹ O desafio então é estabelecer estas fronteiras. Identificar o limite da imperatividade em face do consenso. Ou o limite do consenso em face da imperatividade.

Nesse ponto cabe destacar a colocação de João Batista Machado, que defende que o consenso impede que as funções sociais do Estado se convertam em funções de dominação, numa reestruturação da economia⁴². Essa análise coloca o consenso no âmbito negocial administrativo como elemento reestruturador da democracia.

Ou seja, estabelece um novo fundamento de legitimação democrática, pautado na lógica da ponderação de interesses e da participação popular. Os defensores dessa lógica

³⁷ MACHADO, João Batista. *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 46-108.

³⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

³⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

⁴⁰ Em verdade se pretende uma nova interação entre o cidadão e a Administração Pública, um aperfeiçoamento do canal de diálogo e transações múltiplas das partes, de tal forma a propiciar maior estabilidade nas relações entre Estado e Sociedade e por fim a litígios que, em regra, arrastam-se por anos até o pronunciamento do Poder Judiciário. Ao longo desse tempo não raro o atendimento do interesse público é postergado e a Administração Pública condenada a indenizar os danos causados ao particular por violação ao compromisso negocial assumido. Mas é importante destacar que para a preservação do interesse público, pela satisfação do bem comum a face imperativa do Estado não pode simplesmente desaparecer. Não se pode olvidar que a simples somatória de interesse individuais não resulta necessariamente em um interesse público e que a vinculação à dignidade da pessoa humana é determinante para a satisfação do bem estar coletivo.

⁴¹ De todo modo, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável ao interesse público. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2000. p. 37-48.

⁴² MACHADO, João Batista. *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 46-108.

apontam para uma Administração Pública Negocial. Mas objetivamente quais os parâmetros em que essa proposta se coloca? Quais são suas estruturas e fundamentos e como se dá a relação com o espaço privado de negociação?

Nesse sentido Nuria Cunill Grau afirma que processos horizontais de articulação política podem influir nas decisões administrativas, refletindo a aglutinação da vontade pública.⁴³ Essa Administração Pública Negocial tem alterado seu processo de tomada de decisão administrativa, que passa a ser plural, mais igualitário e mais democrático. Nesse ponto Gustavo Justino de Oliveira assinala que a decisão administrativa fica respaldada pela participação popular e terá maior eficácia e efetividade⁴⁴.

Gustavo Justino de Oliveira parece acertadamente definir a questão, estabelecendo equilíbrio entre os dois mundos, o do consenso e o da autoridade. O autor afirma que a *Administração Pública Consensual não estabelece a superação da Administração Pública Imperativa*. Há uma nova mudança no eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade, mas permeado também pela lógica do consenso.⁴⁵

A questão é que tradicionalmente o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado sempre ensejou uma posição de supremacia da Administração Pública, representada na verticalidade existente nas relações entre o particular e a Administração, de modo a permitir a satisfação do interesse da coletividade.

No entanto, esse princípio sempre foi visto como uma regra abstrata de supremacia. Significa dizer que a Administração Pública poderia restringir direito do particular justificando um abstrato e genérico interesse público, sem relacioná-lo com o caso concreto e sem efetuar a devida ponderação de valores. Atualmente a moderna doutrina juspublicista, amparada em autores como Humberto Bergmann *Avila* e Marçal Justen Filho redimensiona o princípio e o próprio conceito de interesse público.

Melhor explicado, o que se discute hoje é não mais um modelo onde a Administração Pública invoca um interesse público abstrato, não materializado no caso concreto e hipotético para justificar a utilização de suas prerrogativas e sim, um modelo pautado na ponderação de valores, na razoabilidade e na definição de um interesse público concreto, relacionado à situação fática e justificador de sacrifício individual somente na valoração no caso concreto e na exata medida do indispensável ao interesse público primário.

⁴³ A Autora ainda destaca que essa aglutinação da vontade pública se apresenta como accountability da Administração Pública, revelando seu caráter multidimensional, com uma expressão tanto vertical quanto horizontal em tensão, mas complementares, quase uma relação recíproca. (GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o Público através da Sociedade: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social*. Brasília: ENAP, 1998. p. 272).

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. In: OSORIO, Fabio Medina Souto, VILLELA, Marcos Jurena (Org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen JURIS, 2006. p. 401-427.

⁴⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Arbitragem e as Parcerias Público Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 569.

Ou seja, parte-se de um modelo de supremacia abstrata, onde não há níveis de ponderação nem relação com o caso concreto para um modelo de prevalência concreta, onde somente há sacrifício do particular se houver um interesse público bastante e suficiente, que justifique tal sacrifício. É essa releitura do Princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado que permite a teorização de uma Administração Pública consensual e paritária, onde a condição de autoridade cede lugar a um modelo de paridade nas relações contratuais.

A partir desse contexto Gaspar Arino Ortiz alude a existência de um Estado contratual, onde a crescente utilização de instrumentos negociais firmados entre o Estado e as organizações privadas passa a prevalecer sobre antigas práticas que privilegiam a noção de autoridade e de imposição unilateral das decisões tomadas pelo Estado. Esse novo Direito Administrativo é mais participativo, se utiliza menos da lógica da imposição e da unilateralidade e mais da lógica da negociação e da multilateralidade.⁴⁶

Isso acarreta uma nova visão das prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos, afetando inclusive a sua característica de adesão, posto que seus parâmetros são negociados previamente e não mais impostos. Certamente que esses fenômenos devem ser interpretados sob a égide do Regime Jurídico Administrativo e para a garantia do interesse público. Reflexo desse modelo são os contratos de parceria público privada disciplinados no plano federal pela lei 11079/2004.⁴⁷

A proposta de trabalho nos contratos de parceria público – privada pressupõe um modelo de Administração Pública diferente, uma perspectiva evolucionista onde a condição da autoridade não mais aparece nos mesmos moldes tradicionais. Dito de outra forma, as novas formas contratuais administrativas pressupõem muito mais negociação do que imposição, muito menos prerrogativa e mais consenso.⁴⁸

⁴⁶ ORTIZ, Gaspar Arino. *La reforma de la ley de contratos del Estado*. Madrid: Unión Editorial D.L., 1984.

⁴⁷ É fato que as Parcerias Público Privadas inauguram uma nova figura empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas diversas da Lei de Licitações Públicas, a Lei n. 8666/93 e da Lei de Concessões, Lei n. 8987/95. As Parcerias Público Privadas são parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado com o objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infra-estrutura, inserindo-se num cenário de escassez de recursos orçamentários e de uma necessidade de projetos em áreas como transporte, saneamento, energia. Assim, diversamente dos contratos disciplinados pela Lei n. 8666/93 e pela Lei n. 8987/95, as cláusulas exorbitantes não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas Parcerias Público Privadas. A grande característica é a ampliação das bases de negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento do negócio jurídico.

⁴⁸ As Parcerias Público Privadas trabalham com diretrizes baseadas nesse modelo de substituição das prerrogativas pelo consenso: a) Utilização de técnicas privadas na Gestão do Empreendimento. a) Maior proveito na aplicação dos recursos econômicos. Nesse novo modelo, as cláusulas exorbitantes são substituídas por cláusulas que equilibrem a assunção dos riscos e a divisão dos lucros. Nas Parcerias Público Privadas há uma relação muito mais horizontal entre o parceiro público e o privado, com direitos e obrigações recíprocos, diferentemente das relações verticais dos contratos tradicionais. Marçal Justen Filho, caracteriza as Parcerias Público-Privadas como um “*contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito a remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado financeiro.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549)

Porém, se é fato que uma das linhas de transformação do Direito Administrativo é a abertura no campo estatal da imperatividade, para consideráveis espaços de consensualidade, também deve ser destacado a necessidade de preservação do regime juspublicístico nos contratos administrativos, especialmente considerando a sua importância na prestação de serviços públicos⁴⁹.

A racionalidade econômica da eficiência e o aumento da legitimação democrática permeiam essa proposta de nova contratualização. O objetivo dessa nova contratualização é possibilitar um incremento qualitativo e quantitativo da atividade negocial entre a Administração Pública e os particulares, de modo a possibilitar uma maior realização de serviços públicos, mais eficiente e universal. A parceria entre Estado e Sociedade é a chave para a satisfação do interesse público, especialmente considerando o aumento exponencial na demanda de serviços públicos, a serem prestados com grau de certeza e eficiência e qualidade capazes de garantir a toda sociedade a satisfação da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

É necessário um redimensionamento da autoridade e do consenso nos contratos administrativos, com reposicionamento do regime jurídico exorbitante para além da Administração Pública, entendido como consequência do contrato, o qual é celebrado segundo um pressuposto de desigualdade assimétrica.

O grande desafio é compatibilizar a racionalidade econômica da eficiência, focada no consenso, na paridade e na negociação, com a racionalidade jurídica da legalidade, focada na garantia dos direitos fundamentais, do interesse público primário, no bem estar social e na prestação de serviços públicos adequados.

Não são valores incompatíveis entre si, pelo contrário. Mas faz-se necessário identificar uma via alternativa ao modelo de substituição das prerrogativas públicas, sem olvidar-se da insuficiência do modelo tradicional dos contratos administrativos.

Cabral de Moncada sustenta esse ponto afirmando que autoridade e consenso são e sempre foram os vértices da figura do contrato administrativo, num regime jurídico misto, legal e consensual, onde essa dupla origem exige equilíbrio entre as exigências de interesse público da lei e a autonomia da vontade das partes.⁵¹

⁴⁹ Essa proposta de nova contratualização administrativa substitui em parte o modelo da imposição pelo da negociação e com isso a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratuais é fortemente atenuada. É nesse contexto que parcerias públicas com o espaço privado estão sendo realizadas.

⁵⁰ Nesse sentido Luis Verde de Souza afirma que *“A grande vantagem apontada à negociação do projecto contratual é a da eficiência, traduzida na celebração de um contrato que permita obter “good value for Money”, i.e de um contrato (i) cujo objeto responda, de forma óptima, às necessidades da entidade adjudicante, ajustando a procura à oferta e esta àquela; (ii) e que preveja as melhores condições possíveis para a Administração.”* (SOUZA, Luis Verde de. *A negociação nos Procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Editora Almedina, 2010. p. 301.)

⁵¹ Nesse sentido ainda o autor afirma que *“A Administração só existe para prosseguir o interesse público e carece dos meios jurídicos indispensáveis para tanto. A autoridade de origem legal está, portanto, perfeitamente justificada e faz parte do código genético daquela figura. Mas um contrato é um contrato e desta constatação evidente resultam amplos limites para a autoridade administrativa. Estamos perante linhas de força completamente opostas e o respectivo encontro não pode fazer-se sem cedências mutuas sendo inevitáveis fricções. É de um problema de*

O que se busca é Direito ao Desenvolvimento como uma das premissas dessa nova contratualização administrativa, mais equilibrada entre a autonomia da vontade e a lei. E essa nova contratualização necessariamente influenciará a prestação de serviços públicos no Brasil.

Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que serviço público é uma comodidade material considerada de interesse público, que outorga bem – estar e dignidade em sociedade⁵², que está inteiramente condicionada a um regime jurídico de direito público *indeclinável* na satisfação dos direitos dos cidadãos.⁵³

Em última análise, esta concepção é elemento de extremo significado pois garante a promoção do bem - estar social através da consecução do serviço público e permite, ao menos, o direcionamento na condução das atividades necessárias à coletividade, especialmente quando se situam tais atividades no contexto de um espaço público não estatal.

Sabino Cassese nesse sentido fala de novos paradigmas do Estado, com o fortalecimento da negociação na Administração Pública por via de acordos. Para ele *“interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional não há distinção ou oposição pública-privada, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado.”*⁵⁴. Para o autor há um avanço da consensualidade.

No entanto, esses limites das prerrogativas da Administração Pública no ambiente de uma Administração Consensual não podem soterrar o regime jurídico administrativo e caracterizar uma fuga para o direito privado da Administração Pública, como denominou Maria João Estorninho. A crítica à fuga do direito público para o direito privado pela Administração

equilíbrio que estamos falando. No tratamento deste equilíbrio as soluções legislativas não valem todas o mesmo nem são fungíveis. São possíveis soluções muito diversas consoante o pólo do equilíbrio que se pretenda favorecer.” (CABRAL DE MONCADA, Luís. *Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. p. 10.)

⁵² O autor defende que a noção de serviço público só existe enquanto conceito jurídico na medida que nos oferece um ponto de referência de normas aplicáveis a determinadas situações, refutando a proposta do serviço de interesse econômico geral. Acredita ser o serviço público a prestação que o Estado colecionou por sua relevância e que considerou que não podia ser exercida somente pelo mercado. Em sua exposição defende que não existe crise do serviço público e que este continua imprescindível na realidade brasileira. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público: A falsa crise*. Palestra proferida no Congresso Ibero Americano de Direito Administrativo, em 26 de junho de 2003.)

⁵³ “Estas acotações já estão a ressaltar que a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado. Isto é: o regime de direito público, regime este concebido e formulado com o intento manifesto e indeclinável de colocar a satisfação de certos interesses sob o pálio de normas que, de um lado, outorgam prerrogativas de autoridade a seu titular ou exercente (estranhas, pois, à situação que corresponde aos particulares em suas relações recíprocas) e de outro instituem sujeições e restrições igualmente peculiares., tudo conforme será esclarecido mais além.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil*. In: MÓDESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado - Novos Rumos. Tomo 2. Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001. p. 20.)

⁵⁴ CASSESE, Sabino. *La Arena Pública: Nuevos Paradigmas para El Estado*. In: CASSESE, Sabino (Org.). *La Crisis Del Estado*. Buenos Aires: Albeledo Perrot, 2003. p. 131.

Pública está na retirada de vinculações do regime jurídico público, as quais sempre condicionaram o exercício da função pública, como competência, forma de organização e atuação, controle e responsabilidade⁵⁵.

Estas estratégias de gestão exigem imensa cautela, principalmente em se tratando da prestação de serviços públicos, vez que estes representam, para um grande número de pessoas, o acesso aos direitos fundamentais sociais. A mesma autora ainda assinala que o contrato assume novo papel qualitativo, colocando-se como símbolo de um novo modelo de relação autoridade – liberdade, especialmente ao substituir os meios de atuação unilateral da Administração Pública.⁵⁶ A nova contratualização administrativa deve se estabelecer segundo um regime de direito público e de direito privado, adequado às necessidades de eficiência da Administração Pública Contemporânea.⁵⁷

A dificuldade do consensualismo é que a alteração do vínculo contratual pode vir a colocar a Administração Pública em subordinação a interesses particulares. E esse é um aspecto que não se pretende admitir⁵⁸.

Assim, se há um incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial Administração Pública-particular, com abrandamento do primado da autoridade, deve haver um incremento do primado do interesse público e dos Direitos Fundamentais e das bases da regulação e controle do modelo que ora se coloca. Nesse sentido Pedro Costa Gonçalves

⁵⁵ Para Maria João ESTORNINHO “ao longo dos tempos a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o direito privado (...) hoje existe o perigo de a Administração, através de uma fuga para o direito privado, se libertar das suas vinculações jurídico – públicas.” ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 1996. p. 68. Juarez Freitas combate este estado de coisas: “vê-se alastrada a pecaminosa tentação de sonegar ou de não conferir o devido reconhecimento às conquistas principiológicas do Direito Público, como se estas fossem, no seu conjunto, um mal, cuja obediência se assemelhasse ao pagamento de um tributo impagável. Ora, precisamos combater essa tendência clara de sonegação dos princípios do Direito Público.” (FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 21-50, abr./jun. 2001. p. 30).

⁵⁶ A autora defende que a Administração Pública em vez de impor um ato, acorda com os destinatários a solução para o problema administrativo. O ato administrativo perde a posição de protagonista nas relações Estado – Cidadão. (ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 64.)

⁵⁷ Segundo Gustavo Justino de Oliveira, essa nova contratualização passa por um processo que compreende: privilégio da cultura do diálogo entre parceiro público e privado, maior atenção à negociações preliminares, troca de concessões mútuas, redução da imposição unilateral e proporcional aumento da interação entre os parceiros e maior interdependência entre as prestações do parceiro público e do parceiro privado. OLIVEIRA OLIVEIRA, Gustavo Justino. *A arbitragem e as Parcerias Público Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 569.

⁵⁸ No Brasil essa discussão já se apresentava no Código Civil de 2002. Alice Gonzáles Borges assinala que o Código Civil reflete as tendências contraditórias da atualidade, com a interpenetração do público e do privado, com adoção de novas tipologias contratuais, onde as novas regras aproximam a concepção contratual de 2002 com as peculiaridades do contrato administrativo. BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7509>>. Acesso em: 21 jul. 2014).

assinala que as relações entre regulação e contrato requerem uma visão consensual da atividade regulatória.⁵⁹

A filtragem dos poderes unilaterais da Administração Pública deve acontecer, mas deve ser na medida adequada de modo a deixar intacta a condição da Administração Pública de exercício de poderes unilaterais para a proteção do interesse público. É evidente a necessidade de estabelecimento de um novo marco regulatório capaz de atender as necessidades dessa Administração Pública Contemporânea, especialmente para garantir a satisfação dos interesses públicos primários.

Nesse sentido oportuna a transcrição da obra de Enzo Roppo:

*O significado desta tendência, no sentido da progressiva contratualização de numerosas relações e situações que os esquemas tradicionais da intervenção pública teriam submetido a uma disciplina autoritária e não consensual, não é fácil de decifrar. Também esta aparece, de facto, eivada por certo grau de ambivalência, e aberta a implicações e resultados potencialmente contraditórios.*⁶⁰

A vinculação direta e imediata ao interesse público é o elemento qualificador do contrato administrativo. O declínio de soluções imperativas deve ser norteado pelo atendimento do interesse público e por uma interpretação conforme a Constituição. O Estado Regulador de serviços públicos deverá dar conta dessa nova realidade jurídica.

O Estado do futuro já tem suas bases lançadas. Resta agora estabelecer alicerces que sustentem o interesse público e permitam a ampliação democrática do processo de tomada de decisão administrativa, sem se olvidar na necessária estruturação de um sistema regulatório eficiente sobre as relações negociais administrativas, capaz de identificar as fronteiras entre o consensualismo e a imperatividade e garantir o bem estar coletivo. O inequívoco é que o Direito Administrativo precisa se libertar das fórmulas construídas nos Séculos XIX e XX. E nesse sentido vale a afirmação de Egon Bockmann Moreira: “A pedra de toque dos contratos administrativos é a certeza da mudança”.⁶¹

⁵⁹ O autor afirma que “dizer-se que a regulação utiliza o contrato como instrumento equivale a considerar que a regulação se pode implementar por via do consenso. Todavia, o consenso entre instancias reguladoras e operadores regulados não se esgota ou não se materializa apenas em instrumentos contratuais.” GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. p. 15.

⁶⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 346 e 347. O autor ainda assinala que: “Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas «consensuais» no campo da acção administrativa, e, portanto, a pratica constante do negocio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da coletividade. Mas por outro lado, está a afirmação do modelo «convencional» em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do «consenso» dos «administrados» significam desenvolvimento da sua activa e consciente «participação», na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade.”

⁶¹ Expressão utilizada nas aulas do Programa de Pós Graduação em Direito do Estado da UFPR, na disciplina de Direito Econômico, no segundo semestre de 2014.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.
- ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. *O Direito Administrativo e a Sua Justiça no Início do Século XXI. O Esquecimento do Interesse Público no Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- BERTI, Giorgio. *Il Principio Contrattuale nell'attività amministrativa*. In SCRITTI in Onore Di Massimo Severo Giannini. Milano: Giuffrè, 1988.
- BORGES, Alice Gonzalez. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 846, 27 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7509>>. Acesso em: 21 jul. 2014.
- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012.
- CASSESE, Sabino. La Arena Publica: Nuevos Paradigmas para El Estado. In CASSESE, Sabino (Org.). *La Crisis Del Estado*. Buenos Aires: Albeledo Perrot, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. Matrizes Civilísticas do Direito Administrativo. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di. *Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DEBBASCH, Charles. Lê Droit Administratif, Droit Dérogatoire au Droit Commun? In: MELANGES, René Chapus (Org.). *Droit Administratif*. Paris, Montchrestien, 2002.
- ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 1996.
- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- FREITAS, Juarez. Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 21-50, abr./jun. 2001.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o Público através da Sociedade: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social*. Brasília: ENAP, 1998.
- IBÁÑEZ, Santiago González Varas. *El Derecho Administrativo Privado*. Madri: Ed. Montecorvo, 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KIRKBY, Mark Bobela – Mota. *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos – O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.
- MACHADO, João Batista. *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982.
- MARQUES, Francisco Paes. *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua compreensão substantiva*. Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Econômico Financeiro)*. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado - Novos Rumos. Tomo 2. Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público: A falsa crise*. Palestra proferida no Congresso Ibero Americano de Direito Administrativo, em 26 de junho de 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo*. Estudos de Contratação Pública IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- NABAIS, José Casalta. *Contratos Fiscais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino. Arbitragem e as Parcerias Público Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo, RT, 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação Administrativa. In: OSORIO, Fabio Medina Souto; VILLELA, Marcos Jurena (Coords.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2006.
- ORTIZ, Gaspar Arino. *La reforma de la ley de contratos del Estado*. Madrid: Unión Editorial D.L., 1984.
- PEREIRA, Pedro Miguel Matias. *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.
- PEREZ, Marta García. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Navarra: Editora Aranzadi, 2011.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SILVA, Vasco Pereira Da Silva. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SOUSA, Luis Verde de. *A negociação nos Procedimentos de Adjudicação – uma análise do Código dos Contratos Públicos*. Coimbra: Editora Almedina, 2010.
- SUNDFELD, Carlos ARI. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- VILLELA, Marcos Jurena. *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2006.

DEMOCRATIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL: IMPACTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO ESTADO CONTEMPORÂNEO*

LILIAN JULIANA KUWANO BUHRER**

GUSTAVO MARQUES KRELLING***

*La democrazia è dunque forse solo questo:
la possibilità di creare momenti non eroici di distruzione delle oligarchie*¹

Gustavo Zagrebelsky

Sumário: 1. Introdução; 2. Participação e deliberação: a experiência das conferências públicas; 3. A regulamentação constitucional dos meios de comunicação social: caminhos político-jurídicos entre o domínio da informação e o acesso pluralista; 4. Contornos da 1ª Conferência Nacional de Comunicação: a voz dos atores; 5. Considerações finais; 6. Referências.

* Prêmio de 3º lugar da Sessão de Comunicados Científicos promovida no marco do *Seminário Internacional Eficiência e Ética na Administração Pública*, ocorrido nos dias 10 e 11 de agosto de 2015 e realizado pelos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUCPR, da UFPR e da UniBrasil.

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bolsista da CAPES. Graduada em Comunicação Social – Jornalismo, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Novas Institucionalidades de Participação da UFPR. Jornalista.

*** Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduando pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Novas Institucionalidades de Participação em Políticas Públicas da UFPR. Pesquisador do Projeto de Pesquisa Política por/de/para mulheres da UFPR. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas, do PPGD/UFPR.

¹ ZAGREBELSKY, G. *Le oligarchie dei giri che infettano la democrazia*. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2010/03/26/le-oligarchie-dei-giri-che-infettano-la.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

1. Introdução

Este artigo busca contribuir para o debate sobre as conferências públicas no Brasil, em particular, sobre a 1ª Conferência Nacional de Comunicação (Confecom), realizada pela primeira, e única vez, em 2009. O trabalho está pautado na teoria da democracia deliberativa e em dados empíricos, com vistas à análise inicial dos principais contornos da 1ª Confecom e as razões pela qual ela foi descontinuada. Não se pretende analisar com profundidade a dinâmica deliberativa da 1ª Conferência Nacional de Comunicação ou o processo de implementação dos seus resultados. Limita-se à compreensão das posições tomadas a respeito das Conferências de Comunicação como um mecanismo de participação social e democratização das políticas públicas.

A escolha da temática se justifica pela relevância do direito à comunicação como exercício da cidadania no contexto democrático, cujos embates políticos e econômicos ora travam a agenda política, ora a tratam de forma fragmentada ou sob forte influência de interesses setoriais. Na primeira sessão, discute-se as bases teóricas que deram origem a diferentes instituições participativas. Na sequência, apresenta-se um panorama das condições políticas e jurídicas da comunicação social no Brasil. Em seguida, enfoca-se a análise da 1ª Conferência Nacional de Comunicação e alguns de seus desdobramentos, concluindo com as considerações finais.

2. Participação e deliberação: a experiência das conferências públicas²

O papel da participação social e da deliberação pública nas democracias recentes tornou-se central no debate sobre a legitimidade das decisões políticas nas sociedades complexas. Nessa perspectiva, aqueceram-se as discussões sobre o potencial democrático das experiências participativas e deliberativas que surgiram no Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, como conferências, conselhos, legislação participativa, audiências públicas, mecanismos deliberativos no interior de agências de regulação e orçamento participativo.³

O presente artigo enfocará uma das instituições participativas no Brasil implementada nas últimas décadas: as conferências públicas. Para esse fim, a teoria da democracia deliberativa oferece fundamentos e pressupostos que balizam a ideia da necessidade e da possibilidade real de decisões coletivas sobre o exercício do poder para a legitimidade dos governos democráticos, mesmo em sociedades complexas.⁴

² Chama-se a atenção para dois usos distintos do termo deliberação em estudos sobre conferências públicas. Estas instituições são deliberativas quando o objetivo é produzir decisões nas suas áreas de políticas públicas. O outro sentido deliberativo aplicado às conferências refere-se a capacidade de troca de razões e argumentos pelos participantes (AVRITZER, Leonardo. *Conferências nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil*. v. 1. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1739.pdf >. Acesso em: 20 abr. 2015.) No caso da Conferência Nacional de Comunicação, por ela ter caráter consultivo, o sentido aplicado aproxima-se da segunda definição.

³ COELHO, Vera Schittan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e deliberação – teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 11.

⁴ FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova [online]*. São Paulo, n. 50, p. 47, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-6445200000200004>. Acesso em: 12.05.2015.

A teoria deliberativa busca reconciliar a democracia representativa com processos de participação direta e deliberação nos quais indivíduos racionais participam de amplos fóruns de debate e negociação⁵, com vistas a exercer o controle das instituições e a democratizá-las.

Jürgen Habermas, teórico paradigmático da democracia deliberativa, ao elaborar um modelo procedimental de democracia, argumenta que os direitos privados individuais não podem ser formulados adequadamente ou implementados politicamente, se aqueles atingidos por estes direitos não participarem previamente das discussões públicas.⁶ O modelo habermaseano baseou-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, por cumprir-se em todo o seu alcance de modo deliberativo.⁷

Para Habermas, no procedimento democrático de debate e tomada de decisão cria-se uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e discursos sobre a justiça, direcionados para a “busca de um equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumento racional e voltada a um fim específico por meio de uma fundamentação moral”.⁸

A esfera pública na qual se concretizam a participação e a deliberação na proposta original habermaseana está circunscrita a instituições políticas, como parlamento e administração.⁹ É nesse ponto que Bohman e Cohen dirigem suas críticas ao modelo de democracia deliberativa de Habermas. Eles defendem a existência de uma esfera pública ampliada nas sociedades contemporâneas, que inclui os fóruns de participação direta do cidadão.

Para Bohman e Cohen, a participação direta do cidadão implica em assumir uma posição ofensiva e não defensiva frente aos subsistemas com os quais interage, e de poder não só criticar ou influenciar as instituições, mas ser autor no processo de tomada de decisão, com autoridade legítima para redefinir as próprias instituições e implementar as decisões. Nesse sentido, os autores propõem novos desenhos institucionais, diante das limitações das instituições do modelo tradicional de democracia, como estratégia para assegurar o diálogo permanente da sociedade com o poder público.¹⁰

No curso das inovações democráticas no Brasil surgem as conferências públicas como mecanismo institucional participativo. Segundo Claudia Feres Faria, elas são definidas como espaços institucionais de participação e deliberação acerca das diretrizes gerais de uma determinada política pública, podendo assumir caráter consultivo ou deliberativo. As

⁵ FARIA, Claudia Feres. *Idem. Ibidem.*

⁶ HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 36, p. 51, 1995. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Loyola, 2002, p. 286.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Idem.* p. 285-286.

⁹ FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 50, p. 52, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-6445200000200004>. Acesso em: 12.05.2015.

¹⁰ FARIA, Claudia Feres. *Idem.* p. 53.

conferências abrigam em sua dinâmica três formas de ação – participação, representação e deliberação – cuja tentativa de integração torna-se um desafio tanto analítico como prático.¹¹

Segundo Faria, a partir da leitura de Bohman, em um espaço participativo, como as conferências, os objetivos do ato deliberativo são resolver as situações problemáticas (conflito), restaurar a cooperação entre os atores e coordenar seus resultados. Isso porque seria na arena pública que se conectam problemas políticos e suas possíveis soluções, deliberadas pelos cidadãos afetados pelo problema. Tal fato ocorre devido a “conexão do princípio e da solução de problemas deve ter o efeito de formatar a discussão na esfera pública informal e, mais, ela promete uma efetividade para o engajamento público”.¹²

Nas instâncias participativas, engaja-se uma pluralidade de vozes no processo de formação da opinião pública. Sobre isso, Leonardo Avritzer sistematiza a ideia de vários autores sobre a emergência de novos públicos nas democracias contemporâneas como os movimentos sociais, microespaços alternativos, subculturas, minorias étnicas, grupos discriminados, entre outros, como atores capazes de provocar inovações culturais, contestar e transformar padrões sociais e culturais, e mesmo a política institucional.¹³ Por meio da deliberação, como proposto por Bohman, é possível um diálogo público e uma atividade cooperativa e pública, mesmo quando não existe acordo entre os participantes.¹⁴

Outra abordagem que se ocupa em conceber a evolução da esfera pública nas democracias mais recentes sublinha o debate sobre a ideia de que “ao lado da construção de instituições democráticas (eleições livres, parlamento ativo, liberdade de imprensa etc.), a vigência da democracia implica a incorporação de valores democráticos nas ‘práticas cotidianas’”.¹⁵

A mudança cultural necessária para incorporação dos valores democráticos torna-se fundamental num contexto de sociedade de massas e de desigualdade social, que marcam, por exemplo, os países latino-americanos. Nesse contexto sociohistórico, Fábio Konder Comparato sugere a ideia da emergência de uma nova cidadania, cujo centro é a participação social.¹⁶

Algumas investigações voltadas para o contexto brasileiro reforçam que a criação de novos mecanismos de participação e deliberação mais direta e ativa na definição de políticas

¹¹ FARIA, Claudia Feres; PETINELLI, Viviane Silva; LINS, Isabella Lourenço. Conferências de políticas públicas: um sistema integrado de participação e deliberação? *Revista Brasileira de Ciência Política [online]*, Brasília, n. 7, p. 248, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-33522012000100011>>. Acesso em 22 abr. 2015.

¹² FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 50, p. 54, 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-6445200000200004>. Acesso em: 12.05.2015.

¹³ AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 710. Disponível em: www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf. Acesso em: 15 maio 2015.

¹⁴ FARIA, Claudia Feres. *Idem, Ibidem*.

¹⁵ AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. *Idem*. p. 704.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 28-29, p. 92, abr. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>>. Acesso em: 12 maio 2015.

pode levar a respostas mais eficazes às necessidades sociais, contribuindo no adensamento dos processos de formação política dos atores.¹⁷

Limites de várias ordens são identificados nos estudos sobre as instituições participativas e, em particular, sobre as conferências. Mas, de forma geral, as pesquisas apontam que as conferências públicas têm influenciado a formação da agenda de políticas públicas de maneira eficiente. A questão a ser colocada é que essa constatação varia substancialmente conforme a finalidade da política, sua história, o tipo de organização da sociedade civil e a centralidade política da instituição-sede.¹⁸

Em vista da relevância das características da política pública na análise sobre as conferências, faz-se seguir uma breve exposição sobre o contexto político-jurídico da comunicação social no Brasil, como elemento para a compreensão dos principais temas e conflitos em debate que, de algum modo, permearam a 1ª Conferência Nacional de Comunicação.

3. A regulamentação constitucional dos meios de comunicação social: caminhos político-jurídicos entre o domínio da informação e o acesso pluralista

O constituinte originário deu especial atenção às normas do direito constitucional para a comunicação social. Além de regras gerais inerentes ao direito à comunicação dispostas no artigo 5º - dos direitos e deveres individuais e coletivos, a norma constituinte prevê capítulo específico à matéria do art. 220 ao art. 224 – da Comunicação Social.¹⁹ De acordo com Comparato, embora a Carta Cidadã consagre o direito à informação e à livre manifestação do pensamento, deixa a desejar no tocante ao amplo acesso dos cidadãos à comunicação social.²⁰

Com efeito, Daniel Sarmento afirma que no âmbito internacional a maioria das constituições dos países democráticos assegura as liberdades de imprensa e de expressão. O jurista ressalta que o aperfeiçoamento do constitucionalismo brasileiro em 1988 foi a abertura de um capítulo exclusivo à comunicação social, com a submissão da mídia a um regime constitucional próprio. Para o autor, a inovação proporcionou uma relevante mudança

¹⁷ COELHO, Vera Schttan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 12.

¹⁸ PETINELLI, Viviane. As Conferências Públicas Nacionais e a formação da agenda de políticas públicas do Governo Federal (2003-2010). *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 17, n. 1, p. 247-248, Jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v17n1/v17n01a08.pdf>>. Acesso em: 17 abr 2015.

¹⁹ O capítulo da Comunicação Social abrange instrumentos plurais. Engloba a perspectiva da comunicação social eletrônica, a imprensa e a radiodifusão, inclusive comunitária. Para aprofundamento: ARANHA, Márcio Iório. Comentário ao artigo 221. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil* (Orgs.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2043.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 28-29, p. 90, abr. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>>. Acesso em: 12 maio 2015.

empírica, que se relaciona à importância crescente da influência dos meios de comunicação de massa no desenvolvimento das democracias contemporâneas.²¹

Algumas das previsões constitucionais de Comunicação Social têm eficácia limitada, pois carecem de norma regulamentadora. A Carta Cidadã prevê a necessidade de leis federais específicas para: *i.* regular as diversões e espetáculos públicos; *ii.* estabelecer mecanismos que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que sejam nocivos; e *iii.* regular a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias; *iv.* definir percentual de regionalização da produção cultural, artística e jornalística; *v.* regular os meios de comunicação social eletrônica; *vi.* disciplinar a participação de capital estrangeiro na propriedade de empresas; *vii.* criar o Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Congresso Nacional.²²

Destas sete previsões constitucionais de normas regulamentadoras, apenas quatro foram editadas. Quais sejam: *i.* a Lei 8.389/91, que apenas criou o Conselho de Comunicação Social, órgão consultivo; *ii.* a Lei 9.294/96, que trata da manifestação de pensamento, criação, expressão e informação (art. 220); *iii.* a Lei 10610/02, que versa sobre a participação de capital estrangeiro em empresas de comunicação; *iv.* a Lei 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet.

Neste aspecto, é possível observar certa ausência de interesse decisório dos poderes constituídos, em regulamentar os aspectos exigidos na Constituição Federal. Com efeito, Carlo José Napolitano afirma que há fundamentos de urgência e notória relevância do tema. O pesquisador defende que a regulação jurídica dos meios de comunicação social produziria impactos na democratização da esfera pública.²³

A regulamentação democrática dos meios de comunicação se relaciona com o fortalecimento de um Estado democrático, solidário e pluralista. Neste caminho, é essencial pensar em mecanismos de controle e regulação de força normativa. J.J. Gomes Canotilho compreende que às instituições cabe zelar pelo aprimoramento do exercício da cidadania, com pretensão de eficácia aos mecanismos de governança e controle dos poderes instituídos.²⁴

No modo como está posto o desenho atual, prevalece a luta dos movimentos sociais pelo acesso pluralista à informação. A comunicação social precisa ser vista como um amplo

²¹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 220. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et ali* (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2035.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

²³ NAPOLITANO, Carlo José. A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação de suas normas. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 208, jan./jun. 2012. Disponível em: <revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Artigo%2015_24.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24-28.

direito, capaz de romper com a lógica hegemônica das oligarquias mercadológicas. Nesse sentido, Napolitano defende que “a compreensão dos direitos relacionados à Comunicação Social, simultaneamente, como mercadoria e como direitos fundamentais, geram conflitos de interesses, o que, por hipótese, acarreta repercussões na sua regulação jurídica”.²⁵

Alexandre Ditzel Faraco analisa a relevância dos meios de comunicação na contemporaneidade e afirma que teriam potencialidade referencial social para manipular, influenciar e idealizar o debate de razão pública. É por meio da comunicação que as diferentes vozes, argumentos e visões têm oportunidade de ultrapassar os estreitos limites da convivência na qual se encontra cada indivíduo. Faraco compreende que, em sociedades complexas, as relações do espaço público são mediadas sobremaneira pelos meios de comunicação de massa, compreendendo a democracia materialmente construída com a necessidade de regulação e controle nos meios de comunicação social.²⁶

Nesta perspectiva, J.J. Gomes Canotilho preleciona que o modo de estabelecer efetividade à direção normativa constitucional é fomentar, normatizar e garantir eficácia a instrumentos reguladores.²⁷ No âmbito constitucional brasileiro, Daniel Sarmento compreende que a Constituição de 1988 conferiu tratamento constitucional específico a esta espécie de domínio da vida social, ressaltando que o poder constituinte originário pretendeu conciliar princípios de liberdade de expressão com as preocupações, já naquela época, pela democratização dos meios de comunicação.²⁸

O controle dos meios de comunicação resulta em poder econômico e político, considerando a função central que assumem no processo democrático. Nesta trilha, analisa Faraco que “uma democracia não se resume à realização de eleições periódicas. Envolve, primordialmente, a possibilidade de os cidadãos participarem do processo de exercício e controle do poder político em outros níveis. Essa participação se traduz, em termos ideais, na existência de um espaço público de debate, integrado potencialmente por todos os cidadãos”.²⁹

Eros Grau afirma que o conteúdo da informação é resultado do que ocorre nos bastidores. Portanto, há uma estreita relação entre política, desenvolvimento e poder econômico no poder decisório do conteúdo da informação. O jurista ressalta que as informações veiculadas na mídia consubstanciam um instrumento de poder.³⁰ A partir deste foco, Sarmento aponta que os meios de comunicação social influenciam em diversos aspectos civis, políti-

²⁵ NAPOLITANO, Carlo José. *Idem*. p. 205.

²⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. Radiodifusão pública e regulação do audiovisual no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 09-43, jan./mar. 2008.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional... *Op. cit.* p. 24-28.

²⁸ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 220. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et alli* (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2035.

²⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. Radiodifusão pública e regulação do audiovisual no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 09-43, jan./mar. 2008. p. 21.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

cos, econômicos e culturais, ao serem ferramentas de um exercício continuado de controle de governados, governantes e detentores de determinado poder.³¹

Fábio Konder Comparato compreende que, para o aperfeiçoamento da democracia, numa sociedade de massas, é indispensável que a lei regule o direito de comunicação social.³² Desta maneira, a aplicação do direito à comunicação necessita confrontar os monopólios atualmente existentes no Brasil. No pensamento de Sarmento, os ordenamentos jurídicos se encontram em um cenário que tem como protagonistas poderosos veículos de comunicação de massa.³³

A relação entre constitucionalismo, comunicação, atores sociais e instrumentos de regulação é paulatinamente debatida na contemporaneidade. Acerca da primazia de instrumentos diretivos, sabiamente J.J. Gomes Canotilho argumenta que é essencial manter a ideia de direção à norma constitucional, por meio dos instrumentos jurídicos de comando dirigido, os quais o autor concebe como uma regulação finalística.³⁴

Tal direção não deve instituir-se como ordem autocrática, antes necessita compreender esquemas múltiplos, acionados por vários atores sociais que estão no centro do debate. Trata-se de um sistema comunicativo de complementariedades entre atores sociais e instituições direcionado ao reconhecimento da comunicação como um direito humano.³⁵

4. Contornos da 1ª Conferência Nacional de Comunicação: a voz dos atores

No Brasil, as conferências nacionais datam do início dos anos 1940. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estes espaços foram institucionalizados, viabilizando a inclusão de novas formas de participação da sociedade civil no âmbito das políticas públicas.

A partir de 2003, a política participativa foi impulsionada, sendo as conferências uma das principais expressões dessa política.³⁶ Segundo Avritzer, entre 2003 e 2010 foram realizadas 74 conferências nacionais, das quais participaram cerca de 10 milhões de pes-

³¹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 2037.

³² COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 28-29, p. 98, abr. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>>. Acesso em: 12 maio 2015.

³³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 2037.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24-28.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 24-28.

³⁶ AVRITZER, Leonardo. Conferências nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil. v. 1. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. p. 8. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1739.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

soas, entre adultos e crianças, em todas as suas etapas.³⁷ Nesse contexto, a 1ª Conferência Nacional de Comunicação (Confecom) foi realizada em dezembro de 2009, com o tema *Comunicação: meios para a construção de direitos e de cidadania na era digital*, dividido em três eixos: *Produção de Conteúdo, Meios de Distribuição e Cidadania: Direitos e Deveres*.

O processo e os resultados da 1ª Confecom foram sistematizados pela Administração Pública Federal no *Caderno da 1ª Conferência Nacional de Comunicação*.³⁸ Segundo o documento, o público participante foi dividido em três segmentos: Poder Público, Sociedade Civil e Sociedade Civil Empresarial. O objetivo posto era o de debater e elaborar propostas orientadoras para a formulação da Política Nacional de Comunicação. Importante observar que a 1ª Conferência teve caráter consultivo, ou seja, não vinculante.

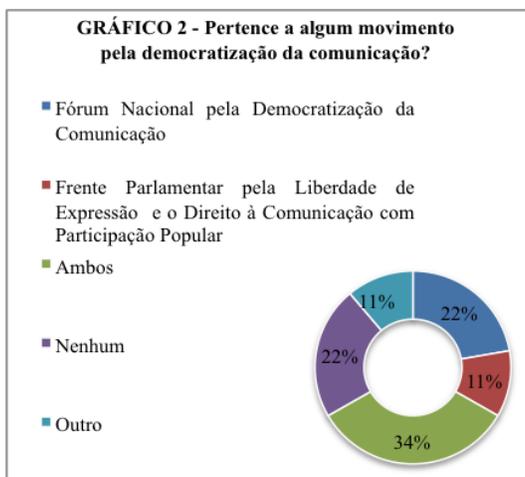
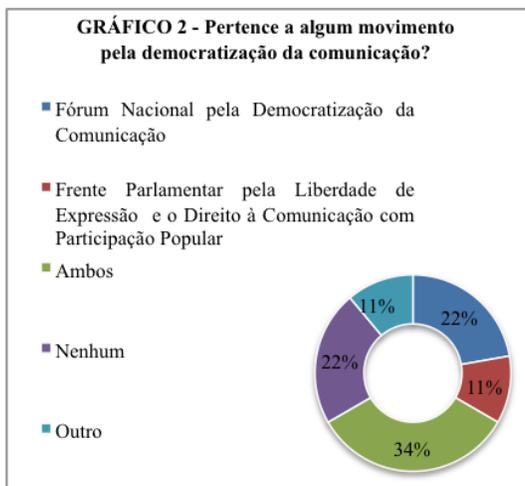
O processo de participação da sociedade na 1ª Conferência incluiu fases preparatórias - Conferências Municipais, Intermunicipais, Livres e Conferência Virtual - e fases eletivas - Conferências Estaduais e Distrital. Na etapa nacional participaram 813 delegados estaduais/ distrital, 150 delegados da administração pública federal, 70 delegados natos, integrantes das entidades representadas na Comissão Organizadora Nacional - CON, além de 130 observadores. Exceto esse último grupo, os demais tiveram direito a voz e voto. Foram registradas no Sistema de Cadastro e Gerenciamento de Propostas da 1ª Confecom 6119 proposições, encaminhadas para deliberação em 15 Grupos de Estudos. Após a votação nos Grupos e na Plenária, o processo deliberativo da 1ª Conferência gerou um total de 633 resoluções aprovadas na etapa nacional.

Neste trabalho pretende-se analisar algumas variáveis da trajetória da 1ª Confecom e os desafios evidenciados com a sua descontinuidade. Para tanto, consideram-se documentos sistematizados pela Administração Pública Federal, publicações científicas e matérias publicadas na imprensa, além da percepção de atores envolvidos no debate público sobre o tema. Para atender a esse último propósito, desenvolveu-se uma pesquisa empírica, por meio de questionário eletrônico. As questões foram enviadas para cerca de 150 organizações ligadas ao Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC) e a Frente Parlamentar pela Liberdade de Expressão e o Direito à Comunicação com Participação Popular (FRENTECOM), além de sete órgãos do Executivo Federal. As perguntas possibilitaram três tipos de resposta: escolha de um item; de um ou mais itens; e discursiva. O questionário incluiu 20 questões e obteve o índice de respostas de 6%. De acordo com o que foi apreendido do questionário, todos os respondentes participaram da 1ª Confecom e continuam no movimento pela democratização dos meios de comunicação.

No primeiro bloco da pesquisa tem-se o perfil da atuação dos entrevistados, como membros do movimento pela democratização da comunicação (gráficos 1 e 2):

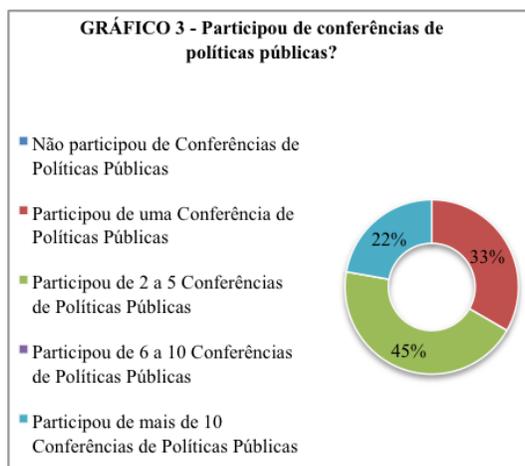
³⁷ AVRITZER, Leonardo. *Idem*, p. 12.

³⁸ MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Caderno da 1ª Conferência Nacional de Comunicação*, 2010. 204 p. Disponível em: <www.mc.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2015.



*NOTA: O “outro segmento” que aparece na resposta de alguns entrevistados poderia ser classificado como organizações da sociedade civil. Não houve declaração de órgão público e de parlamentares.

Os gráficos 3 e 4 abordam a assiduidade no que diz respeito à quantidade e ao modo em que o respondente atuou em conferências públicas, identificando a inserção nos âmbitos de participação e organização destes espaços.

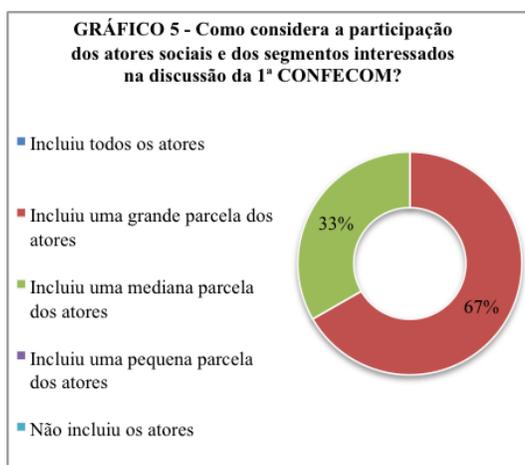


Traçado um perfil geral dos respondentes no que diz respeito à participação em espaços setoriais e intersetoriais, passa-se a análise específica da 1ª Confecom a partir da delimitação de três variáveis, seguindo proposta de Avritzer para análise de instituições participativas: a) iniciativa na proposição do desenho; b) organização da sociedade civil na área em questão; e c) vontade política governamental em implementar a participação. Para o autor, a articulação entre essas variáveis impacta no sucesso dos processos participativos.³⁹

³⁹ AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 1, p. 45, jun. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762008000100002>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

a) *Sobre a iniciativa na proposição do desenho*: a 1ª Confecom foi convocada pelo Executivo Federal, por meio do Ministério das Comunicações, via decreto. A iniciativa efetivou-se em um contexto de expansão das estruturas de participação social, promovida no início dos anos 2000. De acordo com o IPEA, naquela gestão instaurou-se um projeto democrático-participativo⁴⁰, no qual as conferências - realizadas de forma frequente - tornaram-se símbolo da democracia participativa. Envolveu-se nessa dinâmica inclusiva um contingente expressivo de pessoas e movimentos sociais, ao mesmo tempo em que novos temas foram introduzidos no debate político.

As organizações da sociedade civil reconheceram a 1ª Confecom como momento histórico e inédito, por ter reunido a esfera pública, organizações da sociedade civil e setor empresarial em uma mesma arena, com o intuito de deliberarem a respeito da comunicação como direito de cidadania. Dos atores pesquisados, 67% consideraram que a 1ª Conferência incluiu uma grande parcela dos atores, como mostra o GRÁFICO 5.

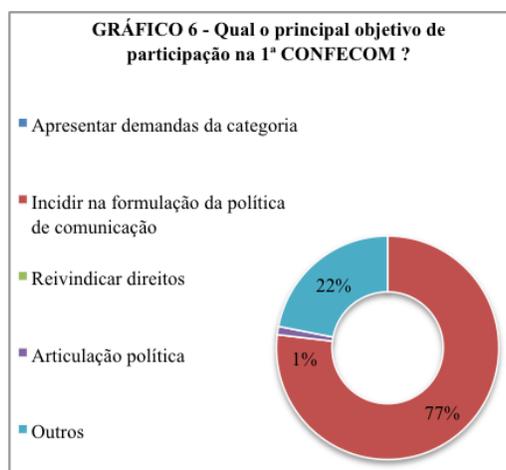


Por outro lado, muitas críticas foram dirigidas à condução do processo de estabelecimento das regras da 1ª Confecom. Um dos pontos de divergência travado no âmbito da Comissão Organizadora Nacional da 1ª Conferência referiu-se à proposta da Administração Pública e dos empresários da comunicação para a divisão do número de delegados por segmento. Esse grupo defendeu a divisão em 40% de delegados empresariais, 40% de delegados não empresariais e 20% de delegados da esfera pública. Também fazia parte do acordo o quórum de 60% para aprovação de propostas consideradas “sensíveis”, com pelo menos um delegado de cada setor votando a favor. As organizações não empresariais cederam a pressão e a proposta foi aprovada.⁴¹

⁴⁰ CARDOSO JR., José Celso. *Brasil em desenvolvimento 2009*: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 05 maio 2015.

⁴¹ INTERVOZES. *Acordo sobre regimento interno não é consenso entre entidades*, 31 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=23268>> Acesso em: 14 maio 2015.

A definição pela mesma proporcionalidade de representação para organizações da sociedade civil e para o setor empresarial pode ter levado a uma assimetria entre os atores. Para Valério Brittos, Bruno Lima Rocha e Paola Nazário, ficou evidenciada durante a 1ª Confecom a pouca agregação da sociedade no debate sobre os rumos da comunicação social, fato que “colabora com a trajetória de disseminação e sustentação dos conglomerados de empresas de comunicação, os quais estão intrinsecamente entrelaçados com a dinâmica do capital”.⁴² Esse contexto aprofundou os conflitos e tensões internas à 1ª Conferência, mas não impediu que os principais itens de pauta fossem deliberados. Nos Grupos de Trabalho foram aprovadas 569 propostas, e na Plenária, outras 47. Nesse sentido, pode-se afirmar que a 1ª Conferência atingiu o objetivo inicial de construir diretrizes para a formulação da política pública. Observa-se que a razão da participação dos atores converge com o propósito inicial da 1ª Confecom, conforme mostra o GRÁFICO 6.



No quesito efetividade, as avaliações realizadas após a 1ª Confecom indicam que as propostas deliberadas foram desconsideradas pelo governo posterior. Passados seis anos, não há nenhuma indicação oficial por parte do Executivo Federal a respeito da realização de uma segunda Conferência. Como avalia Jonas Valente, “se o balanço de sua realização é positivo, o da implementação de suas resoluções é desanimador. Entre as mais de 600 propostas aprovadas nos Grupos de Trabalho e na plenária final, praticamente nenhuma ganhou consequência por parte do Governo Federal”.⁴³

⁴² BRITTOS, Valério Cruz; ROCHA, Bruno Lima; NAZÁRIO, Paola Medeira. Tomando posição: uma análise política da I Conferência Nacional de Comunicação (Confecom). *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 46, nov. 2010. Disponível em: <www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/download/646/1294>. Acesso em: 21 maio 2015.

⁴³ VALENTE, Jonas. *5 anos de Confecom: muito barulho por nada?*. Brasília, 19 dez. 2014. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/5-anos-de-confecom-muito-barulho-por-nada-8910.html>. Acesso em: 18 maio 2015.

b) *Sobre a organização da sociedade civil*: a mobilização social para a realização de uma Conferência de Comunicação no Brasil teve início no começo da década de 1990, alavancada pela criação do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC). À época de seu surgimento, a entidade já defendia a ampliação do debate sobre a comunicação no país. Esse contexto foi marcado, por um lado, pelas pressões para a liberalização mercadológica da comunicação e, por outro, por um período de lutas pela regulamentação da comunicação.⁴⁴

Vale ressaltar que os movimentos populares, no processo de tratativas legais sobre o setor de comunicação social no país, agiram nos últimos anos de forma pontual e não sistêmica. Um dos reflexos desse cenário foi a baixa participação de alguns segmentos na 1ª Confecom, como, por exemplo, do setor de produção independente brasileira.⁴⁵

Os conflitos históricos entre o Poder Público, sociedade civil e setor empresarial no campo da comunicação aguçaram-se durante o processo de articulação política para a definição das diretrizes e procedimentos da 1ª Confecom. Um fato marcante foi a saída de seis entidades empresariais do Comitê de Organização, de um total de oito.⁴⁶

Outro elemento evidenciado pelos estudos que analisaram o evento diz respeito à ausência de midiaticização sobre a sua realização e sobre os temas que a permearam. A população, que comumente considera a temática da democratização da comunicação domínio de técnicos e especialistas, teria ficado, mais uma vez, de fora do debate em torno da proposição e formulação de políticas públicas mais democráticas.⁴⁷

Para Avritzer, um dos motivos que impacta no nível de participação nas conferências nacionais é o “grau de contenciosidade de uma determinada política no interior do governo e o nível de consenso entre a sociedade civil e membros do governo acerca desta política”.⁴⁸ Por esse ângulo, a participação na Conferência poderia ter sido mais plural e efetiva se os atores tivessem chegado a consensos mais amplos durante o processo de organização.

Na pesquisa empírica, perguntou-se aos pesquisados a respeito da influência dos atores nos debates durante o processo de realização de conferências. Nesse sentido, destacam-se algumas das manifestações respondidas de maneira livre: a) “as influências no debate

⁴⁴ SANTOS, Jocelaine Josmeri. *Os meios de comunicação como atores políticos*: uma análise da cobertura da Confecom pela Rede Bandeirantes de Televisão. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 23., 2010, Caxias do Sul, p.1. Disponível em: < <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2939-1.pdf> >. Acesso em: 20 maio 2015.

⁴⁵ BRITTO, Valério Cruz; ROCHA, Bruno Lima; NAZÁRIO, Paola Medeira. Tomando posição: uma análise política da I Conferência Nacional de Comunicação (Confecom). *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 45-54, nov. 2010. p. 47 Disponível em: < www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/receis/article/download/646/1294 >. Acesso em: 21 maio 2015.

⁴⁶ SANTOS, Jocelaine Josmeri. *Op. cit.*

⁴⁷ BRITTO, Valério Cruz; ROCHA, Bruno Lima; NAZÁRIO, Paola Medeira. *Op. cit.* p. 47

⁴⁸ AVRITZER, Leonardo. Conferências nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil. v. 1. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1739.pdf >. Acesso em: 20 abr. 2015.

variam em relação à área temática, à organização interna e à disputa política na relação com governos”; b) “os atores têm capacidade de monitoramento das políticas e ampliação da articulação social”; c) “a participação dos atores sociais é o que garante a possibilidade de dinamismo, inovação e qualificação nos debates”.

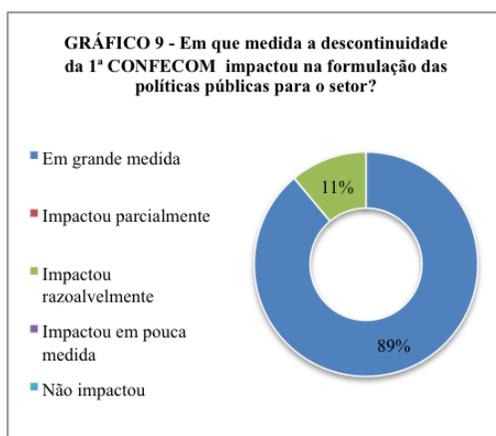
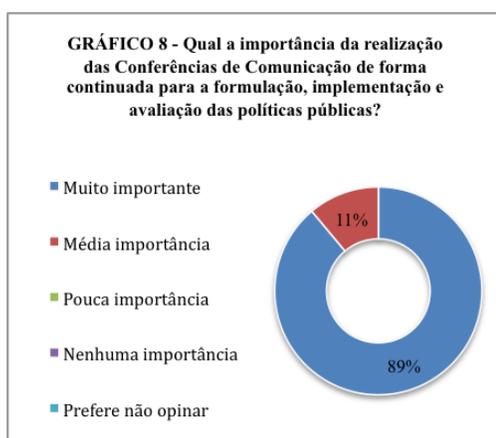
c) *Sobre a vontade política do Poder Público em implementar a participação*: as conferências públicas geralmente são realizadas periodicamente, em média de três em três anos.⁴⁹ No caso da 1ª Confecom, esta regularidade não foi observada. Passados aproximadamente seis anos, não houve a continuidade do processo institucional de realização da Conferência. Para os respondentes da pesquisa empírica, os principais motivos apontados para a descontinuidade dizem respeito à administração pública, ao setor empresarial e à organização da sociedade civil. No gráfico a seguir, destacam-se algumas das respostas livres obtidas.

| Questão: Quais foram os três principais motivos para a descontinuidade da Confecom? | | |
|---|---|---|
| Motivos relacionados ao Poder Público | Motivos relacionados ao setor empresarial | Motivos relacionados às organizações da sociedade civil |
| Falta de iniciativa do Poder Executivo. | Entrave dos empresários. | Baixa mobilização da sociedade civil organizada para colocar o tema na agenda política do país. |
| Descontinuidade de interesse por parte dos governos, incluindo a falta de compromisso para a efetivação das propostas aprovadas na 1ª CONFECOM. | Ingerência do setor de comunicação. | Baixa capacidade no campo de luta pelo direito à comunicação e por um marco regulatório em se articular com o conjunto dos movimentos sociais e dialogar. |
| Ausência de vontade política do governo federal em priorizar a pauta da regulamentação do sistema de comunicação do país. | Empresários da comunicação contrários à realização da CONFECOM. | Falta de pressão do atual movimento pela democratização de comunicação. |
| As mudanças de Ministros das Comunicações não estabelecem canais efetivos de diálogo com as organizações da sociedade. | Pressão da mídia hegemônica contra a regulação. | Falta de unidade dos movimentos sociais e entidades que compõem o campo público da comunicação. |

⁴⁹ MONASTERIO, Leonardo Monteiro; NERI, Marcelo Côrtes; SOARES, Sergei Suarez Dillon. (Editores). *Brasil em desenvolvimento 2014: estado, planejamento e políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2014. p. 270. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2015.

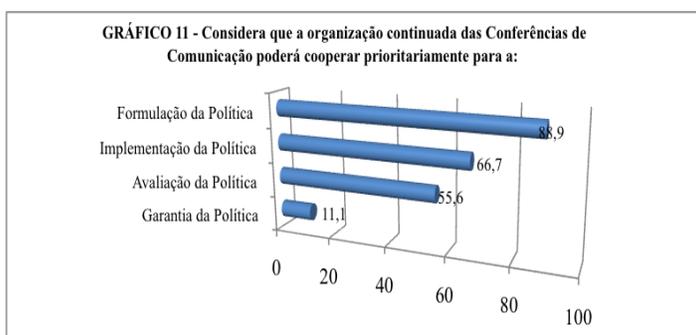
| | | |
|---|--|---|
| Ausência de compreensão da necessidade das Conferências por parte de organizações sociais constitutivas da mobilização em torno da 1 Conferência. | | O debate ser novo para a sociedade brasileira, e ainda estar restrito a pequenos grupos (academia, pequena elite burguesa). |
|---|--|---|

A pesquisa abordou a importância da realização de Conferências de Comunicação de forma continuada para a formulação de políticas públicas, sendo que 89% dos respondentes a consideram muito importante (GRÁFICO 8). O mesmo percentual de 89% acredita que a descontinuidade impactou na formulação de políticas de comunicação social (GRÁFICO 9).

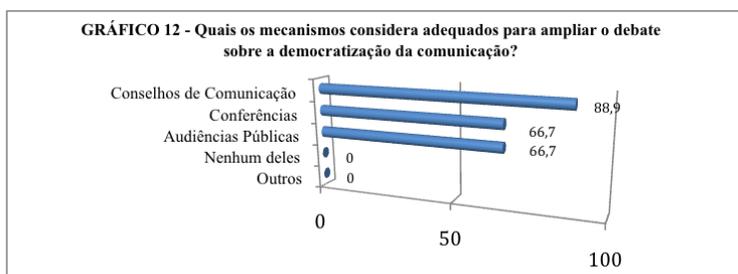


As próximas questões possibilitaram respostas em uma ou mais alternativas. Sobre quais as principais iniciativas para a concretização da 2ª Conferência de social (GRÁFICO 10), a mobilização da sociedade civil foi a mais indicada, seguida da iniciativa dos órgãos

públicos executivos. No que tange à continuidade desse processo participativo (GRÁFICO 11), 89,9% do público pesquisado considera que a realização continuada das Conferências poderia cooperar, prioritariamente, na formulação das políticas públicas.

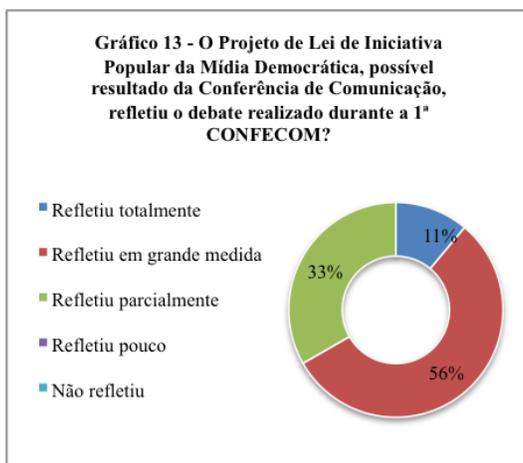


No gráfico 12, o público pesquisado podia responder mais de uma alternativa a respeito de quais mecanismos considera adequados para a ampliação do debate. Os Conselhos de Comunicação Social foram considerados como mais adequados por 88,9% dos pesquisados, seguidos pelas Conferências, que obtiveram 66,7% das respostas.⁵⁰



⁵⁰ Para aprofundamento sobre os Conselhos de Comunicação Social: LIMA, Venício Artur de. *Conselhos de Comunicação Social: a interdição de um instrumento da democracia participativa*. Brasília: FNDC - Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação, 2013; ARANHA, Márcio Iório. Comentários ao artigo 224. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alli* (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Sem sucesso nas tentativas de avançar no processo político, organizações da sociedade civil sistematizaram uma plataforma com 20 pontos para a democratização da no país. O Fórum Nacional pela Democratização das Comunicações foi responsável pela elaboração de Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PL) conhecido como Lei da Mídia Democrática.⁵¹ O momento atual é de captação de assinaturas da população (são necessárias 1,4 milhão), para serem encaminhadas ao Congresso Nacional.⁵² Sobre o Projeto de Lei de Iniciativa Popular da Mídia Democrática, 67% dos pesquisados consideram que o conteúdo do PL refletiu totalmente ou em grande medida o debate realizado na 1ª Conferência, enquanto 11% avaliam que refletiu parcialmente (GRÁFICO 13).



Os entrevistados foram perguntados sobre qual seria a pauta prioritária, na hipótese de organização continuada das Conferências de Comunicação. As respostas dão conta de que o movimento tem como prioridade a regulamentação democrática dos meios de comunicação.

Os respondentes pontuaram, de forma livre, algumas das questões destacadas as seguir: a) “renovação da lei de comunicação do Brasil”; b) “democratização dos canais, acesso universal aos meios e ampliação das outorgas das rádios comunitárias”; c) “a regulação do sistema de comunicação em consonância com a realidade tecnológica do setor e a perspectiva de direitos humanos na sociedade atual, com enfoque na promoção da diversidade cultural, regional, étnica, racial e de gênero”; d) “as vinte questões levantadas na Confecom, que não foram implementadas”; e) “a exigência de que o Estado brasileiro cumpra o seu papel de garantir a liberdade de

⁵¹ Sobre o Projeto de Iniciativa Popular da Mídia Democrática ver: www.fndc.org.br.

⁵² De acordo com a Constituição Federal, a sociedade pode apresentar um projeto de lei ao Congresso Nacional desde que a proposta seja assinada por um número mínimo de cidadãos distribuídos por pelo menos cinco Estados brasileiros: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”, conforme art. 61, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

expressão, destinando recursos para fomentar a comunicação pública, educativa e comunitária, inclusive destinando parte das verbas publicitárias do governo federal para o campo público de comunicação, inclusive para as rádios comunitárias.”

A partir das colocações gerais resultantes da pesquisa, é possível afirmar que 1ª Confecom alcançou o mérito de colocar os atores de diferentes segmentos e com interesses diversos para debaterem face a face a política pública de comunicação pela primeira (e única) vez. As opiniões dos atores também permitem concluir que a Conferência foi fundamental por evidenciar questões emergentes com vistas à efetivação do direito à comunicação, mesmo com os desafios que se apresentaram durante o processo.

É reconhecido o limitado alcance dessa abordagem, pois o questionário foi respondido por uma parcela restrita dos atores que integram o debate. Ao mesmo tempo, considera-se relevante incluí-los nesta análise como autores que são no processo de mobilização pela democratização da comunicação.

5. Considerações finais

As conferências públicas tornaram-se na democracia brasileira parte integrante do processo das políticas públicas, e têm sido realizadas, em média, a cada três anos. A Conferência de Comunicação foi organizada uma única vez, em 2009. Uma das principais pautas girou em torno da regulamentação da comunicação, prevista na Constituição Cidadã de 1988, mas até hoje permanece sem respostas efetivas.

O desafio deste artigo foi o de analisar, de maneira inicial, os principais contornos da 1ª Confecom e a percepção dos atores sobre as razões que levaram à sua descontinuidade. A partir deste estudo, é possível afirmar que as disputas de poder que permearam a Conferência refletiram diretamente no avanço do processo político. O vácuo que se formou após sua realização provocou não só a estagnação da agenda política, como também impactou na descontinuidade do processo participativo.

O estudo empreendido neste artigo apontou como razões para a descontinuidade das Conferências de Comunicação três principais vertentes: *i.* as barreiras impostas pelo setor empresarial, diante das discordâncias sobre as tomadas de decisão durante o processo da 1ª Confecom; *ii.* a falta de vontade política governamental em dar continuidade à agenda resultante do processo deliberativo; *iii.* a articulação fragmentada da sociedade civil.

A continuidade dos espaços de participação e deliberação com vistas à regulamentação democrática dos meios de comunicação social é medida essencial à República Brasileira. Trata-se de oportunizar o amplo acesso às informações, em um contexto marcado pela pluralidade. A desconcentração do poder de decisão reduz as influências de poucas empresas privadas formadas em grandes oligopólios e promove a construção intercultural de um debate de razão pública. Desta maneira, a democratização da comunicação pode ser mais um caminho para a concretizabilidade de uma cidadania que se pretende ser empoderadora e solidária.

6. Referências

- AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Revista Opinião Pública*. Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762008000100002>>. Acesso em: 17 abr. 2015.
- _____. Conferências nacionais: ampliando e redefinindo os padrões de participação social no Brasil. v. 1. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1739.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- _____; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Dados - Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- BRITTOS, Valério Cruz; ROCHA, Bruno Lima; NAZÁRIO, Paola Medeira. Tomando posição: uma análise política da I Conferência Nacional de Comunicação (Confecom). *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 45-54, nov. 2010. Disponível em: <www.recis.icict.fiocruz.br/index.php/recis/article/download/646/1294>. Acesso em: 21 maio 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARDOSO JR., José Celso. *Brasil em desenvolvimento 2009: Estado, planejamento e políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 05 maio 2015.
- COELHO, Vera Schttan P.; NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova [online]*, n. 28-29, São Paulo, p. 85-106, abr. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>>. Acesso em: 12 maio 2015.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Radiodifusão pública e regulação do audiovisual no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 09-43, jan./mar. 2008.
- FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-6445200000200004>>. Acesso em: 12 maio 2015.
- _____; PETINELLI, Viviane Silva; LINS, Isabella Lourenço. Conferências de políticas públicas: um sistema integrado de participação e deliberação? *Revista Brasileira de Ciência Política [online]*, n. 7, Brasília, p. 249-284, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-33522012000100011>>. Acesso em 22 abr. 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Lua Nova [online]*, São Paulo, n. 36, p. 39-54, 1995. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.
- _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Loyola, 2002.
- INTERVOZES. *Acordo sobre regimento interno não é consenso entre entidades*, 31 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=23268>> Acesso em: 14 maio 2015.
- MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Caderno da 1ª Conferência Nacional de Comunicação*, 2010. Disponível em: <www.mc.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2015.

MONASTERIO, Leonardo Monteiro; NERI, Marcelo Côrtes; SOARES, Sergei Suarez Dillon. (Editores). *Brasil em desenvolvimento 2014: estado, planejamento e políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2015.

NAPOLITANO, Carlo José. A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação de suas normas. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 204-215, jan./jun. 2012. Disponível em: <revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Artigo%2015_24.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PETINELLI, Viviane. As Conferências Públicas Nacionais e a formação da agenda de políticas públicas do Governo Federal (2003-2010). *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 17, n. 1, p. 228-250, Jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v17n1/v17n01a08.pdf>>. Acesso em: 17 abr 2015.

SANTOS, Jocelaine Josmeri. *Os meios de comunicação como atores políticos: uma análise da cobertura da Confecom pela Rede Bandeirantes de Televisão*. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Caxias do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2939-1.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. *Os silêncios e ataques: os interesses privados e a cobertura midiática da Conferência Nacional de Comunicação (Confecom)*. In: Conferência Brasileira de Mídia Cidadã, 6., 2010, Pato Branco. Disponível em: <<http://www.unicentro.br/redemc/2010/Artigos>>. Acesso em: 20 maio 2015.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 220. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alli* (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VALENTE, Jonas. *5 anos de Confecom: muito barulho por nada?*. Brasília, 19 dez. 2014. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/5-anos-de-confecom-muito-barulho-por-nada-8910.html>. Acesso em: 18 maio 2015.

ZAGREBELSKY, G. *Le oligarchie dei giri che infettano la democrazia*. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2010/03/26/le-oligarchie-dei-giri-che-infettano-la.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

PARTE V

RESUMOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS



DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO: INEFICIÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL AO TRABALHO

ALAN LUIZ BONAT*

REGEANE QUETES**

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo avaliar os efeitos da política pública da desoneração da folha de pagamento, a qual, em síntese, modificou a base de cálculo e alíquotas das contribuições previdenciárias patronais, isto é, das contribuições devidas pelas sociedades empresárias. Em termos gerais, ao invés de recolherem a contribuição no percentual de 20% sobre a folha de pagamento, as sociedades empresárias passaram a efetuar tal pagamento pelas alíquotas de 1% ou 2% sobre a receita bruta auferida pelas pessoas jurídicas. Esta política foi criada com alguns objetivos, dentre eles o que importa para a presente pesquisa diz respeito ao fim de promover o direito social ao trabalho, e o presente artigo propõe realizar avaliação da mesma por meio do critério de eficiência que visa para além de valores econômicos a concretização dos direitos fundamentais, enquanto princípio constitucional. Para tanto, torna-se relevante estudar sua ampliação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como dados sobre seus efeitos, com o intuito de examinar em que medida ela atende os objetivos que se propões, isto é a promoção do direito social ao trabalho, e, portanto, auferir sua (in) eficiência. Por fim, percebe-se os impactos da desoneração da folha de pagamento sobre o orçamento da Administração Pública e, os reflexos sobre outras políticas públicas que objetivam promover direitos sociais. Tendo em vista a problematização, utiliza-se o método dedutivo para avaliar a política pública de desoneração da folha de pagamento, por meio de dados, a fim de comprovar sua insuficiência como política pública de trabalho, emprego e renda, bem como demonstrar os impactos negativos que traz ao orçamento, vez que resulta em gastos vultuosos. Conclui-se que a política pública de desoneração da folha de pagamento trouxe resultados insignificantes para a promoção de renda e emprego, e gera

* Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba – PR, Brasil. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional- ABDCONST. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado. E-mail: bonat.alan@gmail.com.

** Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba – PR, Brasil. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Anhanguera, São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Advogada. E-mail: regiquetes@gmail.com.

altos custos ao Estado, que possui recursos escassos e utiliza deste discurso para alegar a reserva do possível. Portanto, esta política impacta diretamente no orçamento, o que reflete na impossibilidade de investimentos em políticas sociais que sejam eficientes que gerem resultados positivos e satisfatórios de maneira a atingir os objetivos que lhe são propostos, com a otimização de recursos, promoção do bem-estar ao máximo de indivíduos e principalmente concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Eficiência; Políticas Públicas; Desoneração da Folha de Pagamento; Direitos Sociais; Direito Fundamental ao Trabalho.

A INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

ÁLLISON RICARDO DO PRADO*

RESUMO

Trazer os meios dos quais se usarão para rejeitar as contas do administrador público e como será realizada a inelegibilidade do próprio administrador, o período que estará afastado de todos os fatos públicos ao qual ele administrador poderia fazer. Quando e quais os meios necessários para que o Tribunal de Contas aprecie as contas dos responsáveis pelo dinheiro público equando fará o julgamento ele como administrador. Tem como objetivo observar a inelegibilidade do administrador público, e quando terá suas contas rejeitadas. O objetivo específico é apontar os meios probatórios do ordenamento jurídico brasileiro acerca do assunto discorrer a eleição como um passo de uma democracia representativa no nosso ordenamento jurídico. Alavancar os principais aspectos Constitucionais acerca do assunto sobre a separação dos poderes, a atribuição do Tribunal de Contas e sua composição, e até os dias atuais. Apontar as principais causas de elegibilidade e inelegibilidade. O procedimento metodológico utilizado foi o método dedutivo. A previsão da inelegibilidade por rejeição de contas do administrador público e o seu julgamento o qual será feita sua inelegibilidade pelo período que ficará afastado da vida pública administrativa. A necessidade de delinear aspectos importantes sobre inelegibilidade por rejeição de contas, ao passo que esse instituto compreende a Legislação eleitoral, mas que abrange o Direito Constitucional e um canto do direito administrativo, pois não tem como falar sem tocar neles. O presente estudo teve por escopo analisar a rejeição de contas, e sua apreciação e julgamento sobre as contas relativas de quem cuidou do período que ficou responsável pelos recursos públicos. Ademais, ressalta-se que rejeitada as contas, o gestor público ficará afastado pelo período que foi julgado.

Palavras-chave: Direito Eleitoral; Tribunal de Contas; Inelegibilidade; Administrador Público; Eleição.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad Politécnica y Artística del Paraguay (UPAP); Especializando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdades Católica de Santa Catarina. Graduação concluída pela Universidade do Contestado campus Mafra.

BREVE MAPEAMENTO DOS MODELOS TRADICIONAIS DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS ABORDAGENS PÓS-POSITIVISTAS

ANA CRISTINA AGUILAR VIANA*

RESUMO

Nos últimos anos, os estudos no âmbito jurídico sobre o Poder Judiciário e a Administração Pública e suas relações com políticas públicas cresceram exponencialmente. Contudo, ainda são escassos os trabalhos jurídicos que utilizam em suas pesquisas métodos de análise de políticas públicas. São ainda mais raros os trabalhos que tratam de modelo analíticos enfocados em pressupostos teóricos cognitivos. Destarte, a proposta do presente ensaio é apresentar os métodos de análise de políticas públicas tratados na disciplina específica do tema. O enfoque principal são os métodos de análise pós-positivistas, os quais lidam com a complexidade e incerteza da realidade e do tempo. O objetivo é auxiliar os pesquisadores da área jurídica no momento de tratar de questões jurídicas que se relacionem com as políticas públicas e assim possibilitar uma nova leitura sobre a prática de análise das políticas públicas. Não se trata, deste modo em aplicar seus conceitos na análise jurídica, mas sim de explicitar tais métodos. Busca-se, assim apresentar o estado da arte dos métodos de análise de políticas públicas, bem como defender o uso dos modelos pós-positivistas de análises de políticas públicas. Conseqüentemente, a metodologia do ensaio parte de um trabalho descritivo, que busca mostrar ao leitor da área jurídica de maneira simples quais são as formas de se analisar as políticas públicas nas searas da ciência política e políticas públicas. Para tanto, são apresentados e catalogados os conceitos básicos de políticas públicas, com suas categorias e ferramentas de análise. Subseqüentemente, apresenta-se os métodos pós-positivistas de análise de políticas públicas, que cuidam de relações complexas e incertas e se adéquam mais a realidade hodierna. Por fim, traz-se as considerações finais indicando bem a importância de se conhecer os modelos de análise de políticas públicas, em especial, os métodos pós-positivistas.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Definições; Métodos de análises; Modelos tradicionais; Abordagens Pós-positivistas.

* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos "Desafios da democracia: participação, legitimidade e transparência" da Comissão dos Advogados Iniciantes da OAB-PR. Advogada em Curitiba, integrante do escritório Professor René Dotti, no núcleo de Direito Administrativo.

A CORRUPÇÃO NO PODER PÚBLICO E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL ATUAL

ANDRÉA ARRUDA VAZ*

RESUMO

A proposta em tela é apresentação dos impactos da corrupção na efetivação dos direitos sociais. A pretensão é demonstrar que a corrupção no serviço público possui sérias implicações na promoção dos direitos sociais e fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, no cenário do Brasil atual. Tais impactos acontecem em decorrência da má Administração Pública que ao longo da história do Brasil foi formada em uma base estrutural corrupta, fato que não é exclusividade do Brasil, mas assola o todo o planeta. Ademais desde os primórdios a corrupção integrou a sociedade e especialmente a Administração Pública. No Brasil atual a deficiência de serviços sociais e prestacionais são resultados de um sistema corrupto que diariamente desvia milhões de reais em licitações fraudulentas, compras de votos, desvios de verbas públicas, entre outras formas de corrupção. Essa formação vem das configurações do Estado, pautadas no patrimonialismo, clientelismo e pobreza moral com que a colonização formou os ascendentes ao poder. O Estado enquanto ente de Direito Público, que arrecada impostos, que legisla, resolve os conflitos, distribui os serviços públicos, na forma da lei, enfim, sendo o Estado Constitucional o detentor do poder quando se fala em serviços públicos e na distribuição de serviços sociais. Nesse sentido conclui-se que há que se impor uma transformação moral, ética e estrutural do sistema político do Brasil de forma a proporcionar aos seus um maior acompanhamento e fiscalização dos agentes políticos especialmente, assim como uma melhor conscientização dos deveres do Estado para com a efetivação dos Direitos sociais e fundamentais ao ser humano. A educação da sociedade certamente constitui instrumento efetivo de combate à corrupção, ademais as pessoas terão ao menos a oportunidade de entender os objetivos do Poder Público e sua forma de funcionamento, não ficando adstrita ao que os Administradores Públicos afirmam ou ao que a mídia divulga e ainda assim por vezes sem nenhum entendimento pela grande massa populacional. Enfim, ainda que inconscientemente, todos os brasileiros sonham com um país com saúde, educação, cultura, lazer, segurança e outros direitos sociais, de qualidade e extensivo a todos e a redução da corrupção.

Palavras-chave: Corrupção; história; poder público; direitos sociais; Brasil atual.

* Professora na Faculdade Educacional Araucária, na cidade de Araucária, Paraná, Brasil. e na Faculdade Dom Bosco, na cidade de Curitiba, Paraná, Brasil. Mestre em Direito Constitucional - Direitos Fundamentais e Democracia - Uni-Brasil - 2015. Especializanda em Educação e metodologia em ensino a Distância - Faculdade Educacional Araucária. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná /PUC/PR 2012. Especialista em Direito e Processo Administrativo - Universidade Cândido Mendes - RJ 2010. Especialista em Direito e Processo do Trabalho Universidade Cândido Mendes - RJ 2009. Advogada atuante nas áreas de Direito do Trabalho, Civil e Administrativo.

PRÁTICAS PARTICIPATIVAS NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARIEL MALDANER*

RESUMO

O presente trabalho desenvolve uma breve análise sobre práticas participativas e suas aplicações dentro da sociedade curitibana como meio de aumentar a eficiência das políticas públicas que, a princípio, seriam inteiramente realizadas pela administração pública. Vale dizer, colocam-se algumas breves ideias de qual seria um bom modelo de prática participativa para Curitiba poder tornar mais eficiente suas políticas. Estas ideias surgem a partir de práticas como o Orçamento Participativo, que é uma das ferramentas de maior eficiência no mundo em termos de democracia participativa, auxiliando diretamente na efetivação de direitos sociais ou na diminuição de desigualdades. Tendo como parâmetro práticas como esta, é que se propõe um modo de cooperação mútuo entre a administração municipal e a população local para melhorar bairros com uma baixa infraestrutura. Esta proposta considera dividir tarefas concretas das políticas públicas entre população e Administração, como exemplo poderíamos citar a construção da “Praça de Bolso do Ciclista” na Rua São Francisco em Curitiba, espaço que demonstra diariamente uma integração gigantesca entre espaço público e sociedade. A metodologia é a utilização de práticas participativas concretas realizadas dentro de comunidades nacionais e internacionais. Nestes termos, sabendo da história política clientelista e patrimonialista que se ocupou em construir um país que separa a administração pública da sociedade, alguns dos resultados preliminares que se pode verificar é a diminuição da distância entre administração municipal e população, que gera um laço mais forte entre o cidadão e o espaço público e, conseqüentemente, a preocupação na manutenção destes locais. E, ainda, uma identificação maior da comunidade com o lugar em que ela vive, o que pode ser de extrema importância para a qualidade de vida.

Palavras-chave: Práticas Participativas; Democracia Participativa; Orçamento Participativo; Eficiência; Administração Pública.

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná. Bolsista do Programa de Iniciação Científica – UFPR/ Tesouro Nacional (2015-2016). Monitor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da UFPR. E-mail: ariel.maldaner@hotmail.com

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS E SUPREMACIA JUDICIAL: REPENSANDO A REFORMA CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS*

RESUMO

A participação do Poder Judiciário nos procedimentos de reforma constitucional através da realização de controle de constitucionalidade de emendas tem sido uma prática cada vez mais comum entre países com Constituições escritas. No entanto, isso não significa que essa atividade esteja sendo bem desempenhada e seja legítima. Dentre os países com a existência de um controle de constitucionalidade de emendas, é possível ressaltar aqueles em que há previsão constitucional expressa para que isso ocorra (como Colômbia e Turquia), e aqueles em que o próprio Poder Judiciário se autoconcede tal prerrogativa (como Índia e Brasil). De uma maneira geral, esse controle de constitucionalidade repressivo das emendas pode ser visto como uma forma de salvaguardar os princípios e direitos fundamentais de abusos de uma maioria legislativa. No entanto, na prática, tem-se observado muitas vezes o uso excessivo das prerrogativas pelo próprio Poder Judiciário, algo que não precisa ser a regra em sua atuação, uma vez que se pode abdicar de uma supremacia judicial e buscar um maior diálogo com os demais atores político-sociais, o que poderia ser alcançado através do constitucionalismo democrático. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial que as Cortes desempenham na efetivação de direitos, ao mesmo tempo que aprecia o papel da população em guiar e legitimar as instituições e práticas do controle de constitucionalidade. Ou seja, ele reafirma ao mesmo tempo o papel das cortes e do governo representativo, juntamente com a mobilização cidadã. Infelizmente na prática o que se tem não é a observância desses preceitos no procedimento de reforma constitucional, em um flagrante desrespeito ao texto constitucional e ao poder constituinte, fazendo com que as Cortes encenem um papel paradoxal: o de querer proteger a Constituição de abusos de uma maioria democrática, abusando elas mesmas de suas prerrogativas. A presente pesquisa pretendeu realizar um breve panorama da influência do Poder Judiciário nos procedimentos de reforma e de possíveis mudanças visando aperfeiçoar a participação de todos os atores políticos na criação de emendas. Para tanto, pesquisou-se a prática do controle de constitucionalidade

* Mestranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná, Brasil. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná (NINC).

de emendas da Índia, Colômbia, Turquia e Brasil; em seguida foi trabalhada a teoria do constitucionalismo democrático, com vias de repensar a prática do controle de constitucionalidade e, por fim, foram propostas algumas soluções para um melhor procedimento de reforma constitucional. Observou-se que nos países estudados o controle de constitucionalidade de emendas tem sido utilizado de maneira abusiva e que, assim, deve-se buscar novas formas de implementá-lo. Concluiu-se pela necessidade de diminuir os excessos do ativismo judicial e aumentar a defesa da participação popular na reforma constitucional.

Palavras-chave: Reforma constitucional; Controle de constitucionalidade de emendas; Ativismo judicial; Supremacia judicial; Constitucionalismo democrático.

A EQUIVOCADA “SOLIDARIEDADE” DOS ENTES FEDERADOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS DA LEI Nº 8.080/90, RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E ALTERNATIVAS ADMINISTRATIVAS PARA O ACESSO UNIVERSAL

DANIEL CASTANHA DE FREITAS*

RESUMO

As políticas públicas voltadas à efetivação do direito fundamental à saúde previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição da República, foram regulamentadas pela Lei nº 8.080/90, denominada “Lei Orgânica da Saúde” – LOA. Referido diploma legal delineou, no artigo 15, a competência comum dos entes federados, imbuindo as três esferas do Poder Executivo (municipal, estadual e federal) de atribuições destinadas à promoção eficaz da saúde pública. Inobstante o compromisso constitucional de desempenharem ações concomitantes e complementares, nos termos do art. 23, II, da Constituição, é certo que, da leitura de qualquer dos textos normativos que tratam do assunto, não se extrai conclusão no sentido de haver solidariedade entre Município, Estado e União, quanto à obrigação de fornecer medicamentos e tratamentos postulados em ações ajuizadas por pacientes, cujos pedidos administrativos foram rejeitados em razão de haver delegação legal ou administrativa que indique a competência exclusiva de alguma das pessoas políticas. Contudo, ainda que equivocado, o argumento da solidariedade se encontra amplamente difundido na jurisprudência, sendo encontrados precedentes até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Nesse contexto, a partir de metodologia consistente em revisão bibliográfica e jurisprudencial crítica, exsurge conclusão no sentido de que deve o órgão jurisdicional identificar e chamar ao processo o ente público especificamente indicado, por meio da análise acurada tanto da legislação infraconstitucional, quanto da infralegal, uma vez que o Ministério da Saúde frequentemente determina a inclusão de novas drogas e técnicas procedimentais em seus Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, procedendo até mesmo a remessa dos autos a outra seara da Justiça, garantida a concessão de liminares para a garantia de direitos.

* Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Curitiba-PR, Brasil. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar, Curitiba-PR, Brasil. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Afinal, o reconhecimento, pelo julgador, do verdadeiro ente público destinatário de eventual mandamento judicial, atribuído por meio de expressa distribuição de competência, para além de harmonizar a legislação vigente, confere segurança jurídica ao sistema e economia ao erário, impedindo que verbas federais, estaduais e municipais sejam destinadas a um mesmo fim, ocasionando, com isso, ineficiência na destinação dos gastos públicos. Ademais, no cenário apresentado, seria prudente assinalar que, em detrimento da solidariedade propalada pela jurisprudência, a responsabilidade estatal deve ser considerada subsidiária entre os entes federados, o que, de um lado, atende ao requisito da garantia dos direitos fundamentais e, de outro respeita a distribuição federativa de responsabilidades. A este respeito, inclusive, merecem destaque os esforços administrativos empreendidos pela tríade do Poder Executivo instituído, no sentido de dialogar acerca do alcance e metodologia das prestações positivas da saúde preventiva e curativa, a exemplo das Comissões Intergestores e Conselhos Nacionais de Saúde (arts. 14-A e 14-B da LOA), as quais representam alternativas salutaras para a consagração do direito social em debate. Assim sendo, a pesquisa tem por objetivo evidenciar que a atuação jurisdicional apressada, ao aplicar a solidariedade aos entes públicos em ações de saúde, mitiga e enfraquece, como um todo, os esforços envidados pelos entes federados para o acesso universal e igualitário à saúde, atingindo o próprio pacto federativo.

Palavras-chave: direito à saúde; políticas públicas; solidariedade dos entes federados; responsabilidade subsidiária; alternativas administrativas.

UMA RELEITURA DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA A PARTIR DE ROBERT NOZICK

DANIEL FERNANDO PASTRE*

RESUMO

O Programa Bolsa Família (Family Grant) foi instaurado pelo Governo Federal com a proposta inicial de aliviar imediatamente a pobreza, garantir (ou melhorar) os índices relacionados renda, saúde, educação e assistência social, fazendo cumprir os objetivos e fundamentos do Estado, tal como previstos na Constituição. Contudo, há atualmente grande divergência doutrinária sobre a necessidade, a legalidade ou constitucionalidade e sobre os efeitos (os benefícios) do Programa, especialmente em relação ao desenvolvimento nacional e ao atingimento daquelas propostas iniciais. Desta forma, torna-se necessária a realização de estudos sobre o tema, não só para ampliar a discussão de questões já tratadas, mas também para jogar novas luzes sobre o caso, auxiliando a compreensão do próprio Programa a partir de critérios diversificados. O objetivo é analisar de forma sistemática a teoria de Robert Nozick, assim como as visões favoráveis e contrárias ao Programa Bolsa Família, visando, ao final, aplicar os ensinamentos obtidos para fazer uma releitura do Programa e/ou estabelecer um novo critério para avaliação do mesmo. A metodologia é a opção metodológica foi pelo método hipotético-dedutivo, lastreado em pesquisa bibliográfica. A partir de Robert Nozick e seu princípio da compensação ou redistribuição, pode-se dizer que o Programa Bolsa Família, nada obstante possa parecer uma prestação estatal derivada de uma obrigação legal ou constitucional, ou ainda vinculada a critérios de justiça ou equidade, é antes de tudo uma contraprestação do Estado ou uma obrigação moral que independe de expressa previsão legal, posto que a exploração das camadas menos favorecidas e as proibições impostas sobre elas pelos proprietários de bens, por exemplo, tem como contraprestação moral a compensação, e o modo mais eficiente de fazer isso é distribuindo os benefícios entre os explorados e proibidos, utilizando-se da mesma moeda. Por esse viés o Programa pode superar as críticas sobre a sua eficiência ou permanecer, e ser justificado, mesmo quando presente a estagnação nos índices de crescimento ou desigualdade.

Palavras-chave: Intervenção do Estado; Políticas Públicas; Desenvolvimento; Bolsa Família; Robert Nozick.

* Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Ensino Superior - CAPES, e mestre em Direito. É advogado sócio do escritório Castardo, Milazzo&Pastre Advogados Associados e professor licenciado de Direito Comercial I e II da UniBrasil - Centro Universitário, atuando nas áreas de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Antitruste e Arbitragem. E-mail para contato: daniel.pastre@gmail.com.

ÉTICA E EFICÁCIA NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A TUTELA DA CONFIANÇA DO PARTICULAR CONTRATANTE

DÉBORA SIMÕES DA SILVA*

JOÃO PEDRO KOSTIN FELIPE DE NATIVIDADE**

RESUMO

A aferição da invalidade de um ato administrativo, unilateral ou bilateral, deduzida frente à legalidade lato sensu, impõe à administração pública uma importante decisão: mantê-lo ou retirá-lo. De um lado, o princípio da autotutela faculta à administração que controle seus próprios atos, seja anulando ou revogando-os, prerrogativas resguardadas pelas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. De outro, o princípio da segurança jurídica, em sua vertente subjetiva, visa a tutelar a confiança dos administrados, instituindo, por isso, limitações à discricionariedade administrativa, bem assim ocasionando consequências patrimoniais diante da quebra de expectativas legítimas, quando, de boa-fé, o administrado. De certo modo, essa colisão foi elucidada em razão da ponderação realizada pelo legislador com a edição da Lei 9.784/1999, que, em seu artigo 54, fixou limites temporais à anulação de atos administrativos benéficos, balizando a aplicação dos princípios acima. Nesse cenário, o contrato administrativo, tomado como espécie do gênero ato administrativo, porém, marcado pela bilateralidade que lhe é própria, insere-se, igualmente, nos meandros do conflito entre segurança jurídica subjetiva - tutela da confiança – e autotutela/legalidade. Especialmente, cabe refletir, em primeiro, acerca da condição de desigualdade do particular que contrata com a administração pública, pois sujeito às chamadas cláusulas exorbitantes, que autorizam, a saber, modificação e rescisão unilateral do contrato por parte da administração, inclusive a pretexto de “razões de interesse público”, consoante teor do artigo 78, XII, da Lei 8.666/1993. Há que se ponderar até que ponto tal prerrogativa afigura-se legal, sob pena de transmutar-se em abuso de direito. Em segundo, é preciso repensar a invalidação dos contratos administrativos, para que, analogicamente aos atos administrativos, possibilite-se a tutela das expectativas do particular, em detrimento do princípio da autotutela, a depender, evidentemente, das circunstâncias em voga. O estudo em tela utiliza-se de análise jurisprudencial, por força da orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria em questão. O que se objetiva é a congregação da interpretação legislativa à jurisprudência, para que

* Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil.

** Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil.

se encontrem soluções adequadas a casos específicos e similares. Destarte, por meio da análise conjunta da literatura jurídica às decisões proferidas nos Tribunais Superiores, faz-se exame pormenorizado a demonstrar viáveis resoluções diante da temática dos contratos administrativos, boa-fé do particular, e tutela da confiança. Ao fim e ao cabo, sustenta o STF, que a boa-fé do contratante deve ser verificada no caso concreto, ensejando, eventualmente, indenização pela rescisão/invalidação do contrato.

Palavras-chave: Contratos administrativos; cláusulas exorbitantes; eficácia administrativa; rescisão; tutela da confiança.

LA SEGURIDAD PÚBLICA EN BRASIL: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMA DE LAS POLICÍAS MILITARES COMO ELEMENTO DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL

DIEGO NOGUEIRA*

RESUMEN

Este artículo se propone a discutir críticamente el sistema de seguridad pública brasileña, especialmente en el tema de la desmilitarización de la policía de patrulla. Reservas y fuerzas vinculadas al Ejército, las policías militares se presentan como verdaderas quimeras (son militares de las provincias, pero laboran con una actividad civil) y, en consecuencia, tienen dificultades para adaptarse al mundo democrático. La investigación intentará añadir algunas reflexiones, impulsadas por la teoría neoinstitucionalista, acerca de los cambios necesarios en estas instituciones, para que sean adaptadas a las aspiraciones sociales modernas. Esta corriente es enmarcada, sobre todo, por el regreso de las instituciones como centro de investigación política, pero con la incorporación de métodos de análisis más rigurosos, así como la atención de la conducta de los individuos. Los procedimientos, las normas y los símbolos característicos de las instituciones modernas no son simplemente un modo de acción más eficiente en relación con la funcionalidad de estas, pero sí prácticas culturales recurrentes, los rituales y ceremonias de las sociedades. El dibujo institucional creado social y históricamente, sin embargo, también influye decisivamente en la elección de los actores y en el prolongamiento de prácticas culturales. El trabajo será demostrar que la afirmación de la democracia depende de dos movimientos sociales. Sin embargo, también de los dibujos de las instituciones, que requiere, al menos, la modernización de las instituciones policiales a la nueva realidad constitucional como medio de justicia transicional. El modelo militar parece carecer de cambios en aspectos clave, como el régimen de disciplina, incumplimiento de los derechos constitucionales de los agentes de policía, la rígida jerarquía que saturan la plasticidad y la dinámica de la gestión y el trabajo en la punta, que une al ejército mientras inmoviliza la estructura organizacional y la cultura corporativa. Este trabajo va en este debate y trata de demostrar la posibilidad de una mayor apertura de estas instituciones para el diálogo, incluyendo su fuerza de trabajo, los policías. El intento de conceder el derecho de sindicación parece ser un paso importante a tomar para la profesionalización de esta categoría.

Palabras clave: Seguridad y orden público; policía militar en Brasil; desmilitarización, profesionalización.

* Profesor de la Escuela de Seguridad Pública (Curitiba/Paraná/Brasil). Máster en Políticas Públicas de la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Miembro del CESPDPH y NINC de la UFPR.

DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO ESTADO DO PARANÁ E AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROL DA IGUALDADE

FERNANDA AKEMI OKAZAKI GUERIOS*

RESUMO

A construção social histórica da identidade da mulher, competindo-lhe apenas as atividades domésticas, de mãe e esposa, sem poder participar do espaço público, destinado aos homens, influenciou na atual discriminação de gênero. Em que pese a sociedade brasileira contemporânea, alicerçada pelo princípio constitucional da igualdade, combater tal fenômeno, verifica-se que persistem os tratamentos dessemelhantes, principalmente no mercado de trabalho, onde a participação feminina é estigmatizada e amplamente discriminada. Desse modo, o presente estudo pretendeu averiguar, por meio da utilização da pesquisa de campo, a existência concreta da discriminação da mulher, evadindo-se da esfera abstrata e hipotética, para o fim de realizar uma análise minuciosa da proporção e das particularidades da desigualdade entre o homem e a mulher na área laboral, a qual revela as maiores discrepâncias, no escopo de buscar soluções efetivas para minimização das práticas discriminatórias. Para isso, foram coletados dados estatísticos recentes da condição da mulher no mercado de trabalho do Estado do Paraná junto ao Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social - IPARDES. Ainda, fundamentalmente, foram adotados os métodos investigativo e crítico para o alcance dos resultados pretendidos. A partir dos dados obtidos, voltados aos fatores sociais relevantes, tais como a faixa etária, grau de instrução, rendimento salarial e atividades econômicas, foi possível constatar que a mulher paranaense, de fato, ainda sofre com a falta de isonomia, pois mesmo com o aumento da inclusão, o trabalho feminino persiste discriminado, seja pela não equiparação salarial, seja pela segmentação sexual do trabalho. Diante disso, constata-se a imprescindibilidade da autonomia feminina, na medida em que não basta a mulher adentrar na esfera pública laboral sem estar em pleno gozo de seus direitos, há necessidade do empoderamento feminino para o tratamento igualitário de gênero. Conclui-se, por fim, a importância da atuação do Poder Público no sentido de promover a emancipação da mulher, isto é, conferir-lhe a devida autonomia, por meio das ações afirmativas, também chamadas de discriminação positiva. A Administração Pública agiria, por conseguinte, no combate à discriminação de gênero ao implementar políticas públicas

* Acadêmica do curso de graduação de Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba – PR, Brasil), estagiária do Desembargador Luiz Lopes no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bolsista do CNPq (Projeto de Iniciação Científica “Minimizando a discriminação de gênero no Brasil pelo acesso estimulado ao trabalho das mulheres por meio das licitações e dos contratos administrativos”) e integrante do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública”, liderado pelo Prof. Dr. Daniel Ferreira.

objetivando a igualdade de tratamento, de oportunidades, entre homens e mulheres, como, por exemplo, programas de capacitação e cotas destinadas ao trabalho feminino.

Palavras-chave: Mulher; Discriminação de gênero; Pesquisa de campo; Estado do Paraná; Ações afirmativas.

AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO UM POTENCIAL INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO E DIÁLOGO NA DELIBERAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA LEITURA A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

FERNANDA LISSA FUJIWARA HOMMA*

RESUMO

Ante a atual configuração do Supremo Tribunal Federal brasileiro, as audiências públicas são um instrumento constantemente trazido à tona como meio que seria capaz de viabilizar a desejável abertura democrática das cortes à sociedade civil organizada que poderia apresentar e debater seus pontos de vista para influir no convencimento dos magistrados. Com suas origens no chamado “diálogo democrático” que alcançou um prestígio significativo nas ciências sociais, sobretudo em razão do impulso conferido pelas teorias comunicativas do final do século XX. O objetivo da pesquisa concentra-se, sobretudo, na utilização das audiências públicas para buscar o diálogo não apenas entre os diversos poderes do governo, que busca evitar a imposição unilateral de soluções, mas também, envolver nesta operação a sociedade civil. As audiências públicas estão previstas formalmente no âmbito dos três poderes constituídos: tanto no âmbito do Legislativo, como no Executivo, com destaque para a Lei 8666/1993 das Licitações e Contratos Administrativos em seu art. 39 e a Lei 9.784/1999 do Processo Administrativo em seu art. 32; no Judiciário há a expressa previsão na Lei nº 9.868/1999 que disciplina o controle concentrado de constitucionalidade, notadamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Verifica-se, também, sua presença no recém-promulgado Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), sobretudo nos processos que envolvem demandas repetitivas. Por ser a mais antiga e conhecida experiência, a presente análise focou-se nas audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, analisando três pontos principais: em primeiro lugar, os casos em que foi convocada, especialmente nas justificativas contidas no despacho de convocação, em segundo lugar se houve a efetiva possibilidade de participação e, por fim, se os argumentos trazidos na audiência pública foram levados em conta pelos ministros em seu voto. A conclusão demonstra que, em grande medida as audiências públicas não vêm sendo incorporadas satisfatoriamente às decisões dos magistrados que

* Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil.

parecem utiliza-las apenas como um meio para conferir maior legitimidade à decisão proferida. É inegável que as cortes têm um papel importante no processo. Elas exercem uma forma característica de autoridade para reconhecer e garantir direitos, que desfrutam em virtude da Constituição e das normas de razão legal que utilizam. Entretanto, o Judiciário para fazer cumprir a Constituição como a autoridade de todo o governo depende da confiança dos cidadãos. Para além das audiências públicas são necessárias formas mais contínuas e matizadas de intercâmbio entre as instâncias de poder em situações de disputas agravadas. Neste sentido, parece extremamente profícuo um intercâmbio com os estudos de Post e Siegel sobre o Constitucionalismo Democrático que buscam examinar, justamente, as muitas práticas que facilitam uma comunicação constante e contínua entre os tribunais e o povo. Tais práticas têm que ser suficientemente fortes para prevenir a alienação constitucional e manter a solidariedade numa comunidade normativamente heterogênea.

Palavras-chave: audiências públicas; participação popular; diálogo democrático; corte constitucional; Constitucionalismo Democrático.

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE COMO INSTRUMENTO DE APRIMORAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

GABRIEL MORETTINI E CASTELLA*

MARINA BATISTI**

RESUMO

A pesquisa que está sendo desenvolvida possui como essência a mobilização social e doutrinária no sentido de que se fomente um espaço democrático mais consistente nas relações entre Estado e sociedade, inspirando a participação ativa dos cidadãos, baseada principalmente na transparência. Assim, objetiva-se demonstrar que o avanço do Brasil no aperfeiçoamento da gestão pública não se restringe a mera criação de leis, mas sim, na real aplicabilidade das normas. Desse modo, a efetividade de dispositivos normativos, como as Leis 8.666/1993 e 11.079/2004, se fortalece com a presença de instrumentos que permitam a manifestação de pessoas físicas e jurídicas na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos, como ocorre através do Decreto 8428/2015. O que se pretende é demonstrar a importância da criação de estruturas que incentivem a participação da sociedade civil por meio do mencionado Decreto. Diante da referida problematização, busca-se através do método dialético, com base na doutrina, lei e artigos, analisar o fundamento principiológico para a introdução de instrumentos como meio para a efetivação da Democracia participativa, de modo a aperfeiçoar a gestão pública. Inicialmente, está sendo realizada uma pesquisa sobre a cooperação entre os particulares e a Administração Pública, com enfoque nas Leis 8.666/1993 e 11.079/2004. Seguidamente, serão analisados os Decretos 8.423/2014 e 8428/2015, perquirindo o aspecto formal assim como a estrutura dos diplomas mencionados. Depois, será explorada a nova conjectura da Administração Pública nacional, com enfoque na participação social face a Constituição Federal de 1988. As fontes da pesquisa incluirão doutrina nacional e comparada, sempre a partir de uma forte perspectiva crítica e interdisciplinar. As conclusões ainda são parciais, pois o estudo ainda está

* Aluno da Graduação – bolsista PIBIC/CNPq (Pontifícia Universidade Católica do Paraná). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED-PUCPR).

** Aluna da graduação (Pontifícia Universidade Católica do Paraná)

em execução. De início, parece já ser possível concluir que o Brasil adquiriu, com a recente edição do Decreto 8428/2015, um instrumento relevante em que se permite ao cidadão obter maior proximidade das ações de governo ao permitir a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, com a finalidade de subsidiar a Administração Pública na estruturação de empreendimentos. Consta-se ainda, que a promoção da participação popular é o meio essencial ao desenvolvimento Democrático nacional, de modo a propiciar a qualificação das manifestações pela informação (transparência do Estado), bem como a manifestação organizada dos setores diretamente interessados em certas medidas, inclusive garantindo as minorias e facilitando o controle e fiscalização da atuação estatal. Isto posto, o tema precisa ter seu ambiente de debate ampliado mediante maiores reflexões por parte da Administração Pública, da sociedade e da academia.

Palavras-chave: Procedimento de Manifestação de Interesse; Democracia Participativa; Administração Pública.

A INFLUÊNCIA DAS DOAÇÕES POR PESSOAS JURÍDICAS NA CONSISTÊNCIA DOS PARTIDOS POLÍTICOS

GEOVANE COUTO DA SILVEIRA*

RESUMO

As campanhas eleitorais no Brasil são financiadas por verbas oriundas do fundo partidário e da iniciativa privada. Todo o processo eleitoral dever ser baseado na aplicação do princípio *one man one vote*, de acordo com o estabelecido no art. 14 da Constituição Federal. Essa legitimidade social garante a governabilidade dos eleitos, todavia, muitos dos mandatários não respondem aos anseios sociais, desrespeitando os valores da vida pública. A redemocratização do país, baseada na consolidação do Estado Democrático e de Direito fomentou a participação dos cidadãos na escolha dos seus representantes e também na fiscalização durante o mandato. A partir de então, a sociedade passa a ter o controle sobre administração pública, sendo que todos possuem a mesma igualdade. O princípio no qual um homem corresponde a um voto busca produzir equidade ao processo eleitoral, dando a todos os candidatos os mesmos direitos de serem protagonistas na construção de uma sociedade mais justa. Contudo, o financiamento privado se tornou o cerne das campanhas de alguns candidatos que aproveitam o poder aquisitivo para aumentar a influência sobre os cidadãos. Isso fica evidente com a permanência de alguns grupos sociais no poder, promovendo a desigualdade do sufrágio. Essa continuidade é consequência do poder aquisitivo que as empresas “patrocinadoras” oferecem para os candidatos ganharem visibilidade. Muitas vezes os representantes não respondem aos anseios dos eleitores, pois estão preocupados com os interesses das empresas que investiram em suas candidaturas. Os candidatos que obtêm êxito no pleito eleitoral se desvinculam das ideologias partidárias e acabam optando por seguir as convicções pessoais e os interesses dos financiadores. Isso se torna um empecilho aos partidos que acabam sendo desmoralizados por não responderem aos anseios dos cidadãos, sendo que as ideologias são desprezadas pelos integrantes. Diante disso, o escopo primordial deste trabalho é analisar como as doações por empresas influenciam a desmoralização dos partidos políticos. Utilizo como base a recente pesquisa divulgada pelo Instituto Datafolha, em que se comprova a falta de representatividade que essas organizações têm entre os cidadãos brasileiros. Análise realizada pelo Instituto Datafolha, encomendada pela OAB, evidenciou que a desmoralização dos partidos políticos se agravou. Dentre as 2.125

* Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, com previsão de formação para dezembro/2018. Localizada na cidade de Curitiba, no estado do Paraná, Brasil. Desenvolve pesquisa em Direito Eleitoral no Grupo de Estudo Informação e Poder – GEIP.

pessoas entrevistadas em 135 municípios, apenas 7% afirmam que acreditamos partidos, enquanto que 91% disseram não confiar.¹ Isso fez com que as organizações partidárias ocupassem a última colocação entre às organizações pesquisadas. Portanto, o método utilizado neste trabalho é o dedutivo, em que se examinam os dados da pesquisa para confirmar a falta de representatividade que as instituições políticas estão enfrentando. Como forma de comprovar essa ligação entre o interesse das empresas e dos políticos, analisa-se os recentes escândalos de corrupção envolvendo as doações por empresas para campanhas e consequentes benefícios recebidos no decorrer dos mandatos.

Palavras-chave: Partidos políticos; representantes; doações por empresas; igualdade do voto; campanha eleitoral.

¹ <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/partidos-politicos-sao-as-organizacoes-menos-confiaveis-entre-os-brasileiros-indica-pesquisa/>> Acessado em: 20 jul. 2015.

A ATUAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ PARA ASSEGURAR A QUALIDADE DO ENSINO NAS ESCOLAS PARTICULARES DE EDUCAÇÃO BÁSICA

GUILHERME HENRIQUE HAMADA*

REGEANE BRANSIN QUETES**

RESUMO

Partindo do pressuposto: que a educação é um direito social previsto nos art. 6º e 205 da Constituição e um dever do Estado, mas que o ensino é livre à iniciativa privada (art. 209 da Constituição), que o número de escolas particulares que prestam este serviço cresce continuamente nos últimos anos e que houve uma migração significativa dos alunos para estas instituições segundo o censo de educação um aumento de 14% de 2010 a 2013, o presente trabalho por meio de método dedutivo busca verificar a possibilidades de atuação do Estado do Paraná a fim de zelar pela qualidade do ensino ministrado pelas escolas particulares que integram o Sistema Estadual de Ensino. Para tanto, observa-se a necessidade de tutela estatal específica na área educacional, em que momento, e as consequências dos resultados obtidos nas avaliações, sobretudo em caso de resultados insatisfatórios. Analisando a legislação, os dados divulgados pelo Ministério da Educação quanto à Avaliação da Educação Básica e pesquisas realizadas neste setor, verifica-se que não há regulamentação específica no Estado do Paraná para que seja vinculado o funcionamento de uma escola particular a determinado resultado em avaliação de qualidade. O Estado possui capacidade legislativa plena para instituí-la, em conformidade com a Constituição e as normas gerais de educação, possibilitando assim sua atuação e prol de educação básica de qualidade. Após as pesquisas realizadas, conclui-se que: 1) Embora, o ensino possa ser ofertado pela iniciativa privada deve atender os requisitos estabelecidos no art. 209 da Constituição, dentre os quais está a submissão a processo avaliativo; 2) O Estado deve adotar uma tutela específica para a área educacional, sendo insuficiente a relação do aluno como consumidor; 3) o Estado é responsável pela qualidade do ensino ofertado nas escolas particulares; 4) atualmente, o funcionamento das escolas particulares depende do preenchimento de critérios puramente

* Mestrando em Desenvolvimento e Sustentabilidade (PUC-PR – Curitiba-PR-Brasil). Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Gama Filho – Rio de Janeiro). Graduado em direito (Universidade de São Paulo – São Paulo). Procurador do Estado do Paraná.

** Mestranda em Desenvolvimento e Sustentabilidade (PUC-PR – Curitiba-PR-Brasil), Pós Graduada em Direito Administrativo (Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar), Pós Graduada em Direito do Trabalho (ANHANGUERA/SP), graduada em direito (UNIBRASIL-PR – Curitiba). Bolsista CAPES.

objetivos que não verificam a transmissão do conhecimento aos alunos, 5) o Estado do Paraná pode utilizar os resultados das avaliações realizadas pela União, como o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB, para vincular o funcionamento de uma escola particular com determinada meta a ser atingida.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Políticas Públicas; Direitos Sociais; Educação Básica; Polícia Administrativa.

PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS MODELOS DE GESTÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JULIANA GEORGES KHOURI*

RESUMO

O trabalho visa demonstrar os modelos de gestão vivenciados na Administração Pública Brasileira. A metodologia utilizada pauta-se no levantamento bibliográfico, documental e principalmente jurisprudencial, com o intuito de avaliar os avanços conquistados por tais modelos de gestão. Os resultados demonstram preliminarmente que o aprimoramento da gestão administrativa só é possível quando o cidadão não é visto como mero destinatário do poder, mas sim como a fonte da qual emana o poder. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública busca a efetivação dos princípios constitucionais: (i) legalidade; (ii) moralidade administrativa; (iii) eficiência; (iv) razoabilidade; (v) proporcionalidade; (vi) efetividade; (vii) supremacia do interesse público; (viii) motivação; (x) presunção de veracidade, entre outros. Estes princípios demarcam novo modelo de gestão administrativa. Porém, mesmo diante de notáveis avanços históricos, sociológicos e jurídicos, a Administração Pública guarda, ainda, resquícios do patrimonialismo. O referido modelo de gestão permitiu a confusão entre o ente público e o privado. O patrimonialismo foi praticado no período do Brasil Império, porém suas heranças ainda fazem eco na seara do Direito Público. E são essas mazelas que implicam a necessidade de se repensar o modelo de gestão administrativa que será ideal para concretizar o ideário da Constituição Federal de 1988. Portanto, o objetivo geral do trabalho é analisar o histórico dos modelos de gestão administrativa vivenciados no cenário nacional (patrimonialismo, burocracia e gerencialismo), para o fim de consolidar as bases de um modelo que consolide as garantias trazidas pela Carta de 88. Frisa-se que a Constituição Federal de 1988 inaugurou a abertura e efetivação de princípios fundamentais, o que importa dizer, o abandono de práticas anteriormente utilizadas, tais como a subjetividade e arbitrariedade nas decisões administrativas. A adoção do modelo burocrático trouxe racionalidade à Administração. Por outro lado, o modelo gerencial visava assegurar maior autonomia para responder os anseios sociais por intermédio do princípio da eficiência. Os objetivos específicos são analisar as interfaces de cada modelo de gestão no atual cenário da Administração Pública brasileira, principalmente tendo em vista o legado que o patrimonialismo ainda faz repercutir na seara do Direito Público. Por estas razões, conclui-se pela necessidade de aprimoramento da gestão administrativa, que deve combater

* Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário – Unibrasil. Curitiba- Paraná- Brasil. Pesquisadora do NUPE-CONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional –PPGD/Unibrasil.

resquícios do patrimonialismo, bem como deve buscar ser diligente evitando, por exemplo, a falta da aplicação dos princípios integrantes do regime jurídico administrativo. Nesta seara, busca-se concretizar, notadamente, os princípios da motivação, proporcionalidade e razoabilidade, principalmente em situações que denotam a necessidade de juízo de oportunidade e conveniência ou em casos que há clara afronta ao princípio da legalidade no controle dos atos administrativos. É imperioso esclarecer que, quando a Administração Pública se afasta dos preceitos legais e objetivos, sua conduta torna-se eivada de vícios, tornando-se arbitrária e subjetiva, remontando assim, a cenário idêntico ao do modelo vivenciado no patrimonialismo, panorama incompatível com a Constituição Cidadã.

Palavras-chave: Administração Pública; modelo de gestão; gestão burocrática; gestão gerencial; patrimonialismo.

ENTRE A PARTICIPAÇÃO E O CUSTO DA TRANSPARÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O PORTAL DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE CURITIBA

KAROLINE STRAPASSON*

TAILAINE CRISTINA COSTA**

RESUMO

Os Conselhos de Políticas Públicas ou Conselhos Gestores são instâncias de participação cidadã na administração pública, espaços de decisão pública e política, de deliberação, fiscalização em diferentes temáticas, podendo ocorrer em âmbito municipal, estadual e nacional. Escolheu-se a esfera municipal, por que este é um âmbito de escala menor que favorece as práticas de participação, em virtude da proximidade dos cidadãos e da repercussão das políticas públicas. Considerando a participação um modo de combate ao Estado patrimonialista. No entanto, a participação fica atrelada a algumas condicionantes como o acesso à informação, aos horários e locais de decisão. Em Curitiba, antes de 2015, o Portal da Prefeitura Municipal relatava uma lista com dados de 21 Conselhos Municipais, alguns desatualizados ou faltantes. Após a aprovação da Lei Municipal 14.192/2012, de iniciativa externa - Centro Acadêmico Sobral Pinto do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - via Comissão de Legislação Participativa, o município de Curitiba estruturou um portal dos conselhos que contém informações de 44 Conselhos Municipais. No entanto, esses mecanismos de participação representam um custo, tanto para o Estado como para o cidadão, não expressamente apenas um valor econômico, mas na abertura da administração para operar o mecanismo e no tempo despendido do cidadão para se inserir nas esferas de participação. Deste modo, pretende-se: (i) descrever as principais dificuldades de acesso à informação e transparência dos Conselhos de Políticas Públicas e como isto repercute no conhecimento dos cidadãos acerca destes mecanismos institucionais; (ii) relatar a construção legislativa e institucional que culminaram no portal dos conselhos de Curitiba; (iii) identificar os atuais desafios para o acesso à informação por meio do portal

* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Conciliadora no 2º Juizado Especial Cível, Criminal e Fazenda Pública.

** Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Advogada. Agente Cáritas, coordenadora do projeto Centro de Referência em Direitos Humanos Dom Helder Câmara.

dos conselhos. Para tanto, o método de abordagem escolhido foi o dedutivo, o de procedimento foi o monográfico, e as técnicas de pesquisa empregadas foram a bibliográfica e a documental. O resultado encontrado apontou que a ausência de publicidade das atividades dos conselhos, seus horários de reunião e deliberações, o que poderia figurar como uma exclusão intencional de novos participantes, sob o pretexto de falta de engajamento social ou apatia. Conclui-se que falta de acesso às informações em sites institucionais prejudica o conhecimento e a participação cidadã, no entanto a informação disponível não deve ser preenchida apenas como um requisito formal. O princípio da publicidade exige a veracidade da informação pública, sendo que seu conteúdo deve contribuir para o controle social, sob pena de desestimular a participação.

Palavras-chave: transparência; participação social, conselhos gestores de políticas públicas; acesso à informação, portal dos conselhos de Curitiba.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB AS LENTES DE JOAQUIM MANUEL DE MACEDO: ANÁLISE JURÍDICO-HISTÓRICO-LITERÁRIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LARA PASTORELLO PANACHUK*

RESUMO

A presente pesquisa teve como escopo o estudo da improbidade administrativa no Brasil. Diante de tão complexo objetivo, a abordagem embasou-se numa das novas tendências relativas à seara de pesquisa acadêmica: a multidisciplinaridade entre Direito, História e Literatura. Através deste olhar crítico e humanizado se pretendeu analisar a Administração Pública, sendo necessária, conforme entendimento do Professor Doutor Luís Fernando Lopes Pereira, a compreensão prospectiva da cultura político-jurídica que a envolve e modela, com utilização das lentes literárias deixadas por Joaquim Manuel de Macedo. Deste foram utilizados como marcos teóricos *A carteira de meu tio* e *Memórias do sobrinho do meu tio*, obras literárias que proporcionam um senso crítico em relação ao patrimonialismo e à ineficiência existentes na Administração Pública oitocentista, mas que continuam sendo críticas válidas para a ambiência atual, ainda eivada da figura dos “sobrinhos de meu tio”, que, adeptos da “doutrina do eu” instrumentalizam a Administração Pública para conseguirem vantagens para si e para seu séquito, enquanto embalam discursos enganosos de preocupação com o povo, como na propagação do suposto “progresso material”. Quanto ao Direito, primeiramente ocorreu a análise da Lei n.º 8.429/92 e dos preceitos constitucionais pertinentes ao objeto, assim como a compreensão doutrinária sobre o tema, à luz dos ensinamentos de Patrícia Irene Nohara e Maria Sylvia Di Pietro. Posteriormente, para proporcionar uma desmistificação do universo jurídico através do estudo do direito aplicado aos processos, foi realizada pesquisa jurisprudencial no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abrange julgados do referido tribunal oriundos dos seguintes estados: Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, no período de 2009 a 2015. Deste modo, foram observadas semelhanças e diferenças em relação ao direito legislativo, pois nem sempre a letra da lei é de fácil aplicação nos processos, principalmente ao envolver a prova de questões subjetivas, como o dolo e a má-fé para caracterizar os atos que causam ofensa aos princípios da Administração Pública e os atos que importam enriquecimento ilícito.

Palavras-chave: Administração Pública; improbidade administrativa; Brasil; cultura político-jurídica; prospecção jurídico-histórico-literária.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba, Paraná, Brasil. Pesquisadora de Iniciação Científica (IC voluntária) e monitora (PIBID). Integrante do Núcleo de Pesquisa História, Direito e Subjetividade (PPGD/UFPR). Estudante e estagiária na Justiça Federal (JFPR).

PROFISSIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APONTAMENTOS SOBRE A FUNÇÃO DO DIRIGENTE PÚBLICO COMO PROTAGONISTA NO APRIMORAMENTO DO DESEMPENHO DO APARELHO DE ESTADO

LEONARDO QUEIROZ LEITE*

RESUMO

Nosso objetivo é explorar analiticamente as características de uma figura emergente nos quadros do aparelho de Estado. Trata-se de um agente que ganha relevância no atual contexto de Reformas da Gestão Pública que privilegiam o foco em resultados e sua função e seu espaço dentro das organizações públicas e no aparelho de Estado cresce em importância na medida do questionamento do excessivo poder dos burocratas. É importante assinalar que, como o dirigente público é ainda um ator em consolidação, nesse trabalho nos restringiremos a delinear, a partir de algumas referências teóricas relevantes, algumas variáveis que definem o dirigente público, discutindo seus principais desdobramentos. Esse novo grupo de atores integra uma equipe de governo que deve implementar um programa de políticas governamentais específico, ou seja, os políticos eleitos devem nomear profissionais para a condução dos “negócios políticos”, para que possam converter as suas propostas e promessas de campanha em resultados eficientes em termos de políticas públicas. Em outras palavras, quando bem posicionados, os dirigentes públicos são importantes “ferramentas” de apoio aos políticos para o alcance de metas e resultados de políticas públicas. No entanto, definir sua exata função é muitas vezes complicado, pois se trata de um ator em emergência no aparelho de Estado. Logo, os dirigentes públicos enfrentam muitos obstáculos para consolidar o seu espaço institucional, sendo preciso reconhecer a especificidade do dirigente público, compreendendo-o como um ator social distinto, com um ethos próprio, sujeito a seus próprios dilemas e desafios na interação com políticos, burocratas e demais atores. Em relação à fundamentação teórica da pesquisa, será feita uma revisão da literatura atualizada sobre as relações entre política e burocracia, especialmente no Brasil, e, como complementos serão utilizados os referenciais empíricos de mapeamento dos dirigentes públicos

* Doutorando em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV) – São Paulo – Brasil; Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar); Especialista em Gestão Pública pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP); Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); Membro da Associação Internacional de Políticas Públicas (International Public Policy Association – IPPA); Professor do MBA em Gestão Pública da UNINOVE – São Paulo – SP.

contidos na literatura específica como forma de entender quem são- e como agem – esses novos atores institucionais. Além disso, ainda no que diz respeito aos fundamentos teóricos, serão consultadas as Revistas especializadas em Ciências Sociais, Ciência Política e Administração Pública e periódicos nacionais e internacionais. Percebemos, portanto, a centralidade do tema da profissionalização da Administração Pública e a urgência da institucionalização de um novo Gestor Público, portador de competências multifacetadas e com capacidade de atuação técnica, estratégica, política e gerencial em várias vertentes, com o objetivo permanente de agir de forma empreendedora, buscando acelerar as inovações necessárias à modernização do Setor Público. Por se tratar de um assunto fundamental para a governabilidade das sociedades democráticas atuais, uma vez que os dirigentes públicos são “criadores de valor público”, é importante enfatizar a necessidade premente da profissionalização e institucionalização dos quadros diretivos públicos ser elencada como uma prioridade para novas políticas de Reforma da Gestão Pública, a fim de contemplar as demandas básicas de um renovado marco jurídico regulador das políticas e práticas de Gestão de Pessoas. Ademais, como os sistemas tradicionais do serviço público carecem da capacidade de produzir gerentes públicos, urge aos governos verdadeiramente imbuídos do espírito reformista promoverem bons programas de desenvolvimento diretivo, com o devido investimento em capacitação, a fim de lapidar as competências gerenciais mais adequadas a cada realidade político-administrativa.

Palavras-chave: dirigente público; profissionalização da Administração Pública; gestão pública brasileira; reforma do Estado; políticas públicas.

A REGULAMENTAÇÃO PRECÁRIA DOS AGENTES INSALUBRES PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO E AS CONSEQUÊNCIAS DANOSAS AO TRABALHADOR BRASILEIRO

LUCIANA PROCEKE TAMBOSI*

RESUMO

Ao trabalhador é resguardado direito a proteção especial quando este trabalha exposto a agentes insalubres (art 201, §1º, CF/88). Para a aposentadoria esta proteção vai culminar na antecipação do direito de se aposentar (art 57, Lei 8.213/91) e consequentemente a possibilidade do trabalhador sair do meio ambiente de trabalho que lhe é prejudicial. Este direito é garantido pela relação de agentes nocivos definidos pelo Poder Executivo (art 58, Lei 8.213/91), através da Norma Regulamentadora nº15 do Ministério do Trabalho e Emprego. Contudo, os limites de tolerância dos agentes insalubres são carentes de atualizações e ajustes. Encontramos discrepâncias absurdas entre nossa regulamentação e as de outros países. O objetivo é estudar estas anomalias e entender o impacto gerado na vida dos trabalhadores brasileiros. Tendo em vista a problematização, busca-se estudar a ineficiência da regulamentação realizada pelo MTE através de uma pesquisa exploratória qualitativa pelo método dedutivo, com base nos estudos mais recentes dos agentes nocivos realizados no Brasil e, especialmente em outros países, dada a dificuldade de encontrar estes estudos no Brasil. Os resultados e conclusões são iniciais, contudo, instigantes. Atualmente há aproximadamente 60.000 produtos químicos de uso industrial, a NR 15 traz pouco mais de 150 substâncias enquanto a ACGIH¹ traz 700. Outra diferença são os níveis de limites de tolerância, por exemplo o Cloreto de Vinila, um carcinogênico humano confirmado, de acordo com a ACGIH deveria possuir um limite de tolerância 177 vezes menor do que o regulamentado pela NR-15. O trabalhador tem tido o seu direito negligenciado pela falta de regulamentação adequada do Poder Executivo e isso reflete em doenças ocupacionais diversas. Em 2012 o INCA² lançou uma publicação (Diretrizes para a Vigilância do Câncer Relacionado ao Trabalho) onde estimou que aproximadamente 20.000 brasileiros seriam diagnosticados com

* Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR – Curitiba-PR -Brasil), graduada em Administração pelo Centro Universitário Franciscano (FAE – Curitiba), aluna da Graduação em Direito e bolsista PIBIC/CNPq da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR – Curitiba).

¹ ACGIH - Conferência norte-americana de higienistas industriais governamentais.

² INCA - Instituto Nacional de Câncer José de Alencar Gomes da Silva.

algum tipo de câncer em 2012 e ao menos 19 tipos de câncer estariam relacionados à ocupação profissional do paciente. Portanto, se conclui que a ineficiência do ente administrativo gera impactos danosos significativos aos trabalhadores e merece atenção e estudos mais aprofundados.

Palavras-chave: eficiência administrativa; interesse público; moralidade administrativa; direitos fundamentais; Direito Previdenciário.

PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE E A EFICIÊNCIA DA GARANTIA DA PROPOSTA NOS NEGÓCIOS PÚBLICOS COM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

MARIA CLARICE SACCHELLI MORAES PIOTTO*

ROSEANA CILIÃO SACCHELLI**

RESUMO

A aquisição de bens e a contratação de serviços não compõe o rol de atividades-fim da Administração Pública, tem, no entanto, papel relevante na consecução de seus objetivos, indispensáveis ao alcance do interesse público. Os contratos administrativos são um meio para a Administração Pública aprovisionar-se de bens e serviços mediante pagamento. Sendo que o poder de compra e o impacto das aquisições governamentais no mercado podem ser um importante instrumento de fomento para o desenvolvimento. A Constituição de 1988 estabelece a competência legislativa que envolvem normas gerais sobre licitação, define os limites explícitos e implícitos que deverão ser obedecidos pelos dispositivos legais correspondentes. A licitação atende aos princípios constitucionais, expressos e implícitos, aplicáveis à Administração Pública como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência. O instituto da licitação retira seu fundamento nos princípios gerais da orientação socioeconômica, da competição e da igualdade. O princípio da competitividade está implícito no artigo terceiro da Lei 8666, de 93, parágrafo primeiro, inciso I, ao proibir cláusulas ou condições que comprometam o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam distinções ou preferências impertinentes ou irrelevantes para o objeto contratual. Decorrente do princípio da isonomia, segundo a autora, este constitui um dos alicerces da licitação, além de permitir à Administração a escolha da melhor proposta, também assegura igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Assim, o princípio da competitividade configura-se a essência da licitação e orienta todo o processo licitatório. Por sua vez, as microempresas e empresas de pequeno porte tem papel de destaque na economia brasileira, correspondem a 99% do total de estabelecimentos existentes e respondem por cerca de 40% do montante de

* Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Especialista em Direito do Trabalho pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2014). Advogada, sócia do escritório Sacchelli Advogados.

** Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2013). Advogada e Economista. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Curitiba (2012). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (2011). Especialista em Projetos Empresariais pela Universidade Federal do Paraná (2012).

remuneração paga aos empregados formais nas empresas privadas e 20% na participação do PIB brasileiro, segundo relatório anual do Sebrae de 2013. Nesse contexto, as microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil ocupam um importante papel no desenvolvimento econômico e social do país, especialmente na distribuição de riquezas, geração de postos de trabalho, melhoria da qualidade de vida, promoção da sustentabilidade e inclusão social. Este estudo tem como objetivo a análise da exigência na fase de habilitação das licitações públicas, da garantia da proposta como um dos requisitos para comprovação da qualificação econômico-financeira, nas hipóteses de compra para entrega futura e execução de obras e serviços. Examina a incompatibilidade do princípio da competitividade na ausência de tratamento diferenciado com as médias e grandes empresas, diminuindo as chances de participação das microempresas e empresas de pequeno porte. Verifica-se que a garantia da proposta na fase de habilitação das licitações públicas, exigível de forma igualitário entre microempresas e empresas de pequeno porte, e, médias e grandes empresas contraria os preceitos de tratamento diferenciado e desenvolvimento nacional sustentável. Portanto, dificulta e inviabiliza as pequenas empresas a concorrerem em várias licitações ao mesmo tempo, ou mesmo, em apenas uma de grande vulto, uma vez que, pode comprometer o capital social dessas empresas.

Palavras-chave: Eficiência; Desenvolvimento; Negócios públicos; Princípio da competitividade; Garantia da proposta.

PROCESSOS LICITATÓRIOS ÉTICOS: A NOVA FUNCIONALIDADE DO COMPRASNET COMO MEDIDA EFICIENTE

REGEANE BRANSIN QUETES*

SUZANA MARIA ROSSETTI**

RESUMO

Cabe à Administração o combate à corrupção no exercício da função administrativa, por meio de mecanismos eficientes. O presente trabalho tem o objetivo de observar um instrumento específico de combate a essa prática em processos de contratação pública, que foi implantado recentemente pelo MPOG no Comprasnet. Trata-se de ferramenta eletrônica que identifica “ocorrências impeditivas indiretas” relativamente à participação do licitante. O mecanismo permite o cruzamento de informações relativas a possíveis impedimentos do fornecedor, potencializando o combate à burla aos efeitos da sanção de declaração de inidoneidade e de impedimento de licitar e contratar, por meio da constituição de outra sociedade empresarial, muitas vezes pertencentes aos mesmos sócios ou, ainda, parentes. A inexistência de sistema integrado sempre foi objeto de críticas, sobretudo por parte do TCU, sendo a criação deste sistema um marco para a eficiência na Administração. Porém, é necessário atentar-se se a constituição da pessoa jurídica licitante de fato teve como objetivo burlar os efeitos da sanção aplicada, cabendo à Administração avaliar as condições de constituição da pessoa jurídica e comprovação de fraude, eis que a existência de meros indícios não pode motivar medidas que atentem aos direitos dos licitantes. Por isso a indispensabilidade de escorreito processo administrativo. Portanto, a presente análise objetiva fortalecer a importância de uma Administração Pública diligente, ressaltar que mecanismos a exemplo da nova funcionalidade criada no Comprasnet apenas contribuem e tornam mais eficientes o papel do agente público no combate a condutas irregulares, mas, igualmente, chamar a atenção para a cautela, que tem na máxima da presunção da inocência seu norte. Utiliza-se o método dedutivo para analisar o sistema eletrônico Comprasnet como um mecanismo eficiente de combate a irregularidades em contratações públicas, porém com atenção aos direitos dos licitantes e contratados. Conclui-se que a nova funcionalidade do Comprasnet que permite

* Mestrando em Desenvolvimento e Sustentabilidade (PUC-PR – Curitiba-PR-Brasil), Pós Graduada em Direito Administrativo (Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar), Pós Graduada em Direito do Trabalho (ANHANGUERA/SP), graduada em direito (UNIBRASIL-PR – Curitiba). Bolsista CAPES.

** Mestrando em Desenvolvimento e Sustentabilidade (PUC-PR – Curitiba-PR-Brasil), Pós Graduada em Direito Constitucional (Academia Brasileira de Direito Constitucional), Consultora jurídica em processos de contratação pública.

a identificação de ocorrências impeditivas indiretas constitui importante subsídio à atuação do agente público, sobretudo no exercício da atribuição de coibir condutas suspeitas, nos processos de contratação. No entanto, necessário zelo na investigação pertinente, sobretudo a fim de verificar se realmente o caso comporta a medida excepcional de extensão de efeitos de sanção aplicada a outra pessoa jurídica, em observância aos direitos e princípios constitucionais que limitam a Administração, sobretudo sobre o binômio de suas prerrogativas e sujeições.

Palavras-chave: Direito Administrativo; função administrativa; licitações; controle; ética.

NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: AS REFORMAS COLOMBIANAS E OS APORTES AO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

RENAN GUEDES SOBREIRA*

RESUMO

O método do direito comparado pode ser útil ao pesquisador, desde que ele esteja atento às circunstâncias em que se inserem os institutos pesquisados. Essa advertência deve ser observada, sob pena de comparar elementos que são similares apenas nominalmente, além do risco de importar criações estrangeiras impraticáveis no país que as recebe. Atentando a isso, buscaram-se na América Latina inovações democráticas para o controle de constitucionalidade brasileiro. A opção por este instituto do direito processual constitucional se explica por ser esse o mecanismo de defesa da Constituição, que deveria estar acessível a todos numa sociedade de intérpretes, como aquela defendida Peter Häberle. A delimitação geográfica se dá em razão dos elementos que aglutinam os países latino-americanos, como a história com aspectos comuns, as heranças culturais, o idioma – ainda que o Brasil seja o único país a utilizar a língua portuguesa, este fato não compromete o entendimento, a idéia de unidade, as tradições jurídicas-políticas similares e a mestiçagem do povo. A opção pela análise da Constituição da Colômbia de 1991 se dá pelo fato de ser essa o marco inaugural do dito neoconstitucionalismo latino-americano. Assim, na Constituição da Colômbia são encontrados elementos como a *Acción Publica de Inconstitucionalidad*, *Control Automático*, *Objeciones Presidenciales* e a *Revisión de Sentencias de Tutela*, além da criação de Corte Constitucional. Analisando amiúde os mecanismos colombianos, nota-se alargamento do acesso democrático ao controle de constitucionalidade, favorecendo amplo debate. Dessa análise se depreende que é possível inovar juridicamente no sentido da concretização do princípio democrático mesmo em meio a crises – já que a Colômbia redigiu sua nova constituição em meio a embates violentos entre narcotraficantes e o poder constituído – e que há novos mecanismos de controle de constitucionalidade mais adequados a um texto constitucional pautado pela democracia. No Brasil, foram feitas poucas tentativas de democratização do controle de constitucionalidade. A mais robusta foi com a edição da Lei 9.882/99, que autorizava que qualquer cidadão ajuizasse ADPF perante o Supremo Tribunal Federal. A tentativa foi obstada por veto presidencial. Outra tentativa está em curso a partir da decisão do

* Pós-Graduado em *Derecho Parlamentario* pela *Universidad Nacional Autónoma de México*, Cidade do México, México. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu ADI 5291 certo autor como legítimo sendo que, conforme a jurisprudência habitual da Corte, seria tido por ilegítimo. Espera-se que o aporte do direito comparado colombiano aponte novos caminhos na busca brasileira de democratização.

Palavras-chave: Direito Comparado; neoconstitucionalismo latino-americano; controle de constitucionalidade; Colômbia; Brasil.

ESCOLHA PÚBLICA E SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: REPERCUSSÕES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

RODRIGO AUGUSTO LAZZARI LAHOZ*

RESUMO

Atualmente, não é possível afirmar a efetividade e universalidade do direito fundamental à saúde. Enquanto as principais políticas públicas de saúde visam ações de medicina curativa, notadamente a partir de um modelo hospitalocêntrico do SUS, ações de medicina preventiva ficam em segundo plano. Outra questão carente no Brasil é a universalização dos serviços públicos de saneamento básico – segundo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento 82,5% dos domicílios recebem água tratada da rede geral de distribuição, enquanto 48,6% tem acesso ao sistema de esgoto sanitário. Considerando as características destes serviços, como o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana, o manejo de resíduos sólidos e a drenagem de águas pluviais urbanas, entende-se que eles estão relacionados à saúde pública como uma política de medicina preventiva. Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o impacto de se priorizar os investimentos nos serviços públicos de saneamento básico na efetivação do direito à saúde. Para tanto, serão estudados os serviços de saneamento básico, suas características e o escopo das políticas públicas de saneamento no Brasil. Será abordada também a sua relação com a saúde pública, notadamente quais doenças a sua universalização ajuda a prevenir. Igualmente, serão analisadas as políticas públicas de saúde e a sua relação com ações de medicina curativa e preventiva. Por fim, será efetuado um cotejo entre os serviços públicos de saneamento básico e as eventuais causas por estar em segundo plano nas ações governamentais, os benefícios econômicos em seu investimento prioritário e o seu impacto na efetivação do direito à saúde à luz da escolha pública. As ações de saúde atualmente são voltadas para a medicina curativa – este é o escopo, inclusive, da política pública de saúde mais recente (Programa Mais Médicos). A Lei Complementar n. 141/2012, que estipula o investimento mínimo dos entes públicos em saúde, também prioriza a medicina curativa, excluindo os serviços de saneamento básico como aplicação em saúde. No aspecto financeiro, a Fundação Nacional da Saúde aduz que para cada R\$1,00 (um real) investido nos serviços de saneamento básico economizam-se R\$ 4,00 (quatro reais) em ações de medicina curativa. Segundo o Instituto Trata Brasil, o custo da internação de pacientes por infecção gastrointestinal em 2013 foi de R\$

* Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo e Administração Pública da Universidade Positivo, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar, Bacharel em Direito pela Universidade Positivo, Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Advogado

121.000.000,00 e, caso os serviços de saneamento básico fossem universalizados, haveria uma economia de R\$27.300.000,00. A consagração do direito fundamental à saúde passa pela oferta de políticas de medicina preventiva, como é o caso dos serviços de saneamento básico, que devem ser prestados de modo adequado e eficiente em todas as suas etapas e atendendo a toda a população, prevenindo os eventuais danos à saúde das pessoas. Sua prestação inadequada ou a sua ausência podem acarretar uma série de doenças, como malária, dengue, hepatite A, leptospirose, diarreia, disenteria, entre outras moléstias. Além disso, o investimento em serviços de saneamento básico apresenta um benefício econômico, uma vez que não há diminuição nos gastos dos tratamentos dessas doenças que podem ser praticamente erradicadas.

Palavras-chave: escolha pública; saneamento básico; investimento; direito à saúde; efetividade.

A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MECANISMO DE COMPENSAÇÃO DO ESTADO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

SAMIA YASMIM YOUSSEIF DUQUE REGNIEL*

RESUMO

O escopo do presente trabalho consiste no estudo da atividade de Fomento como um mecanismo de compensação utilizado pelo Estado em favor da promoção dos direitos fundamentais e, por conseguinte do desenvolvimento social. Inicialmente, destaca-se que entre todas as modalidades de atividade estatal que interveem no âmbito da Ordem Econômica, o Fomento têm sido o que menos recebe atenção da doutrina, o que não diminui sua importância incontestável. Pesquisadores deste instituto conceituam o Fomento como função administrativa utilizada pelo Estado para estimular a iniciativa privada a desempenhar atividades de interesse público. Neste estudo, o Fomento passará a ser visto como função ou atividade administrativa caracterizada como mecanismo de compensação do Estado, voltado à concretização dos direitos fundamentais. Se o Estado não consegue garantir a todos, por inúmeras razões, a concretização com primazia de alguns direitos sociais, como educação superior, por exemplo, a iniciativa privada terá papel fundamental para que a efetivação destes direitos alcance com maior amplitude a sociedade. O exemplo da educação superior ilustra com perfeição a lógica do mecanismo de compensação. Isso porque, é notório que o ensino médio oferecido pelo Estado não possui a mesma estrutura que o ensino médio da iniciativa privada. Logo, um aluno cuja família não possui condições de arcar com os custos da educação advinda da iniciativa privada, não tem outra opção a não ser arcar com o ônus de ter sua formação pautada na precariedade que o Estado em regra oferece. Agrava esse quadro o fato de que as vagas dos vestibulares das Universidades públicas sejam conquistadas pelos que melhor se qualificaram para ocupar os lugares ofertados. Em razão disso, o Estado verificando que há interesse público na formação intelectual de seus cidadãos, vai promover o que esse estudo chama de compensação, fazendo com que o déficit do ensino médio seja minimizado por outras formas de acesso ao ensino superior. Essa compensação pode se dar de várias formas, entre elas: cotas nas universidades públicas ou inserção nas faculdades privadas através do PROUNI e/ou do FIES. Diante disso, o Fomento é evidentemente um mecanismo de compensação utilizado pelo Estado, no âmbito da concretização dos direitos sociais. Afinal, é por intermédio deste instituto que o Estado vai minimizar na

* Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL) Curitiba – Paraná – Brasil.

sociedade a sua má ou insuficiente prestação de um serviço público, estimulando e incentivando a iniciativa privada a desempenhar atividades cuja finalidade é a concretização dos direitos sociais preconizados pela Constituição Federal de 1988, contribuindo, assim, para promover o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: fomento; mecanismo de compensação; estado; direitos sociais; interesse público.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REPENSANDO O PROCESSO CIVIL E O PAPEL DO JUIZ

TATIANA DENCZUK*

DANIEL FERREIRA**

RESUMO

O acesso ao Poder Judiciário para enfrentamento de “situações-problema” concernentes à satisfação de direitos fundamentais é tema que merece exame crítico, especialmente diante do aumento expressivo de demandas individuais postulando prestações materiais de direitos fundamentais sociais, o que permite questionamentos acerca do papel do Poder Judiciário na formulação das políticas públicas. Isso envolve discussões acerca de constitucionalismo e democracia; escassez de recursos e prioridades orçamentárias; além de quebra de isonomia na efetivação de direitos fundamentais entre aqueles que procuram o judiciário e aqueles que não o procuram, mas, igualmente, permite questionamentos acerca da própria estrutura processual, tradicionalmente pensada sob o enfoque de um processo que gera efeitos apenas “*inter partes*”. Diante do crescente ajuizamento de demandas visando concretizar direitos sociais e do debate acerca do papel e dos limites do Poder Judiciário nessas questões, é necessário (re)pensar as estruturas processuais, tradicionalmente pensadas sob o enfoque de um processo entre particulares e que gera efeitos apenas “*inter partes*”. Em outras palavras, o estudo pretende demonstrar de que modo certos institutos processuais - como a coisa julgada, a força dos precedentes e até mesmo a fundamentação das decisões - podem ser (re)interpretados. Tudo a fim de quiçá minimizar a desigualdade gerada entre aqueles que buscam o Poder Judiciário - e assim têm concretizados direitos sociais - e aqueles que não buscam - e não vêem concretizados esses direitos que deveriam ser garantidos constitucionalmente a todos, sem distinção - especialmente diante do fato de que a desigualdade de acesso ao Poder Judiciário é também um problema que ainda não foi superado. Fundamentalmente, adotar-se-á o método investigativo e crítico para alcançar

* Professora de Processo Civil do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Curitiba, Paraná – Brasil, Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA, Especialista em Contratos Empresariais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Integrante do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq) e Advogada.

** Professor Titular de Direito Administrativo e Membro do Corpo Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Curitiba, Paraná - Brasil, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Líder do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq) e Advogado.

os resultados pretendidos, podendo ultrapassar para a concretização mediante pesquisas de campo, coleta de dados estatísticos e análise de casos. Em que pese eventual método prático, a fonte primária para o estudo será a investigação doutrinária - nacional e estrangeira - legislativa e jurisprudencial. A pesquisa encontra-se em fase de desenvolvimento. Por enquanto, após investigação doutrinária sobre o assunto, foi possível realizar um levantamento inicial das objeções que se colocam à questão da judicialização de políticas públicas. Além disso, em análise do Código de Processo Civil, recentemente sancionado, verifica-se algumas inovações interessantes sobre o assunto proposto - especialmente quanto ao critério de fundamentação das decisões e à inserção da figura do *amicus curiae* (que poderá permitir a participação, em processo, de potências públicas, grupos sociais e cidadãos que, direta ou indiretamente, sofram efeitos das decisões proferidas) - e todo esse quadro instiga a concretização do estudo. Face ao exposto, infere-se que é oportuno e conveniente investigar como os institutos processuais, especialmente os do “novo” Código de Processo Civil, podem ser utilizados e (re)interpretados a fim de minimizar o problema da desigualdade gerada pela judicialização de políticas públicas em demandas individuais, especialmente diante de um quadro em que nem todos os cidadãos têm, de fato, acesso ao Poder Judiciário, o que se revela, portanto, num duplo problema.

Palavras-chave: políticas públicas; poder judiciário, direitos fundamentais; processo civil; acesso à justiça; judicialização da política.

SEGURANÇA JURÍDICA, INFRAESTRUTURA E O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO

THIAGO PRIESS VALIATI*

RESUMO

O presente trabalho possui como objeto o princípio constitucional da segurança jurídica e sua relevância para a infraestrutura pública, através de uma análise específica do novo marco regulatório do setor portuário (Lei nº 12.815/2013). Primeiramente, aborda a conceituação do princípio da segurança jurídica e a importância da infraestrutura para o crescimento econômico do país, demonstrando a imprescindibilidade de segurança para o setor da infraestrutura; destaca, assim, como os dois conceitos (segurança e infraestrutura) formam uma verdadeira relação simbiótica. Com efeito, o incremento do setor da infraestrutura consiste em uma condição essencial para o crescimento econômico do país, em consonância com os princípios da Ordem Econômica da Constituição Federal, estabelecidos no artigo 170. É imprescindível para o desenvolvimento social-econômico de um país que o ordenamento jurídico estabeleça marcos regulatórios modernos e que sejam hábeis de possibilitar a segurança jurídica para os investimentos privados e, por conseguinte, um ambiente institucional favorável ao desenvolvimento dos diversos setores da economia. Todavia, a elaboração de marcos regulatórios pelo Poder Público trata-se de uma tarefa árdua e complexa, porquanto depende da harmonização de diversos interesses envolvidos, públicos e privados. Além disso, denota-se que as políticas públicas nacionais são deveras incertas e contraditórias. Nesse contexto, note-se que nos últimos anos é grande a quantidade de alterações normativas ocorridas nos marcos regulatórios da infraestrutura. Porém, percebe-se que em determinados casos tais alterações acabam por ferir o princípio da segurança jurídica, mediante ausência de previsão de normas de transição cristalinas que consolidem os direitos dos agentes econômicos envolvidos. Em seguida, procura analisar especificamente o caso do novo marco regulatório dos portos e as alterações normativas que, apesar de estimular os investimentos no setor, provocaram um cenário de incerteza e insegurança jurídica para os sujeitos envolvidos, especialmente através das obscuras normas de transição. A edição de um novo marco regulatório é parte de uma série de medidas que vêm sendo tomadas pelo governo com o objetivo de fomentar os investimentos na modernização da infraestrutura brasileira. Nesse contexto, a intenção provável do novo marco regulatório do setor era fazer com que os antigos autorizatários de portos privados operassem fora da área do porto

* Universidade Federal do Paraná – Curitiba, Paraná, Brasil. Mestrando em Direito do Estado na UFPR. Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado no escritório Gonçalves, Razuk, Lemos & Gabardo Advogados (GRLG)

organizado (área classificada como bem público, nos termos do novo marco regulatório). No entanto, este objetivo não restou assegurado de forma completamente segura no novo diploma legal gerando um cenário de incerteza e insegurança jurídica. Além disso, também não restou consolidada como será a adaptação dos regimes (transferência das autorizações da área de porto organizado para fora dela). Caso fosse adotado um regime de transição bem definido na referida legislação, a situação jurídico-subjetiva dos antigos autorizatários teria sido respeitada, em consonância com o princípio da segurança jurídica. Por derradeiro, o trabalho conclui pelas graves consequências que a ausência de um bem definido regime de transição trouxe para os agentes econômicos do setor portuário, destacando que a ausência de tais normas nos marcos regulatórios da infraestrutura ofende diretamente o princípio constitucional da segurança jurídica, prejudicando a possibilidade de novos investimentos no país e o incremento da infraestrutura pública.

Palavras-Chave: infraestrutura; segurança jurídica; marco regulatório; setor portuário; regime de transição.

FOMENTO E TERCEIRO SETOR: RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

TUANY BARON DE VARGAS*

JOSÉ JOAQUIM NETO**

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os mecanismos de responsabilização das entidades pertencentes ao Terceiro Setor por condutas que atentem à Administração Pública, mormente no tocante ao desvio de recursos oriundos de contratos de gestão e de termos de parceria. O notório conflito entre a promoção de direitos fundamentais e reserva do financiamento possível, colaborou para o surgimento de um novo segmento social voltado à promoção de tais direitos de maneira complementar ao Estado, o terceiro setor. Por isso, admite-se que as entidades que o pertencem recebam subsídios econômicos estatais, sendo caracterizada a atividade de fomento, então, como instrumento indireto de defesa de direitos fundamentais, sobretudo no que toca aos direitos sociais. Tal fato faz incidir um controle intenso sobre suas atividades, mesmo tratando-se de sujeitos privados. Por isso, o regime de responsabilização dessas entidades deve receber especial atenção. Em razão da natureza de suas atividades, o ímpeto punitivo muitas vezes sobrepõe-se à tecnicidade legislativa, sobretudo no tocante à Lei de Improbidade Administrativa, que recebem interpretações que transbordam suas próprias razões. Nesse sentido, grande parte da doutrina e da jurisprudência aponta para a possibilidade de extensão do conceito de agente público para que condutas praticadas por entidades privadas e tipificadas na Lei nº 8.492/1992 possam ser penalizadas pelo Regime da Improbidade Administrativa a despeito de tais atos serem necessariamente vinculados à agentes públicos. Esse posicionamento amplia o conceito de agente público a toda pessoa que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Com isso, o particular ou o terceiro também respondem nos termos da LIA, sendo legitimados a figurar no polo passivo da ação de improbidade, desde que haja a presença do agente público. O que não é equivalente a dizer que a responsabilização de entidades que recebam recursos financeiros estatais e afrontaram a moralidade

* Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná – Brasil Pesquisadora do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção (PPGD/UFPR).

** Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná – Brasil. Pesquisador bolsista do PIBIC/CNPq na área de Direito Público.

administrativa, sem colaboração de um agente público, não incorrerão em outras modalidades de ilícitos, salvaguardando-se de todo tipo de penalidades. Com isso, é fundamental, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), consolidar a impossibilidade de particulares cometerem atos de improbidade administrativa sem a participação de um agente público. Até porque, a Lei Anticorrupção surge justamente para que tais condutas não resem impunes. Dessa forma, mesmo diante da gravidade de condutas que possam ser adotadas por entidades pertencentes ao Terceiro Setor, não há justificção plausível, sobretudo diante da inovação legislativa de 2013, para se desviar as finalidades da Lei de Improbidade Administrativa ou desvirtuar o conceito de agente público para responsabilizar entidades que utilizem os benefícios estatais ilicitamente.

Palavras-chave: improbidade administrativa; fomento; terceiro setor; agentes públicos, lei anticorrupção.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA VS. CRIMES DE RESPONSABILIDADE: A AUTONOMIA SANCIONATÓRIA DOS REGIMES É DE FATO VIÁVEL?

TUANY BARON DE VARGAS*

RESUMO

Pretende-se, no presente estudo, a análise das (in)compatibilidades entre o regime delineado pela Lei de Improbidade Administrativa e o regime imposto através da configuração de Crime de Responsabilidade. É importante ter em vista que, embora possa haver uma única ilegalidade com contornos normativos distintos a cada um dos sistemas, as sanções culminadas poderão ser idênticas em ambos os casos. Assim, a importância de tal análise é decorrente do fato de, por essa razão, o regime de responsabilização política poder ser invocado para servir de imunidade constitucional à responsabilização nos moldes da LIA, sobretudo em razão da possibilidade de suspender-se direitos políticos. Em primeiro lugar, por não constituírem tipos idênticos sob o prisma jurídico-formal, não parece ser aceitável a alegação de que as condutas enquadradas nos tipos de infrações político-constitucionais, não passam, também, ser enquadradas nos tipos da LIA pela incidência do princípio do *non bis in idem*. Isso porque, a improbidade administrativa como regime peculiar, autônomo e constitucionalmente previsto, destina-se à proteção da moralidade administrativa entendida, para tanto, como o dever de adoção de condutas éticas e honestas na tratativa da coisa pública. Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa resguarda diretamente a probidade, estabelecendo mecanismos que viabilizam a censura de natureza ético-jurídica às condutas que lhes são incompatíveis. Os crimes de responsabilidade, por sua vez, se configuram como infrações político-constitucionais cometidas através da conduta de alguns agentes políticos, no exercício de suas funções, atentatórias à Constituição Federal. Nesse sistema, a probidade só é colhida como decorrência teleológica do propósito maior da afirmação da legitimidade política, que é o bem jurídico tutelado através desse regime. Sendo assim, é preciso não perder de vista que em democracias, quanto mais elevadas forem as funções dos agentes públicos, maior deve ser o grau de responsabilidade por seus atos. E é justamente por isso que alguns agentes políticos se sujeitam à uma dupla normatividade. Além disso, aspectos relativos à prerrogativa de foro para o processamento da ação de improbidade são constantemente debatidos, não havendo qualquer consenso sobre o tema na jurisprudência. Levando esses dois aspectos

* Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná – Brasil. Pesquisadora do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção (PPGD/UFPR)*

em consideração, somando-se à dupla sujeição a que submetem-se tais agentes, e diante da possibilidade da sanção estabelecida na LIA, no tocante à possibilidade de suspensão dos direitos políticos, ser mais grave do que a culminada através do impeachment, propõe-se, para que se assegure a segurança jurídica e a legitimidade democrática que, para os casos em que a mesma conduta possibilite a dupla penalização, a competência para processamento e julgamento da improbidade administrativa seja deslocada ao Congresso Nacional, devendo ser realizada a análise em conjunto com processo por crime de responsabilidade.

Palavras-chave: improbidade administrativa; crime de responsabilidade; agentes políticos; autonomia sancionatória; deslocamento de competência.

Este livro foi composto nas tipologias Clearface e Swiss, impresso em cartão 250 g e papel pólen soft 80 g certificados, provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente.

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!
Visite nossa home page:
www.ithala.com.br