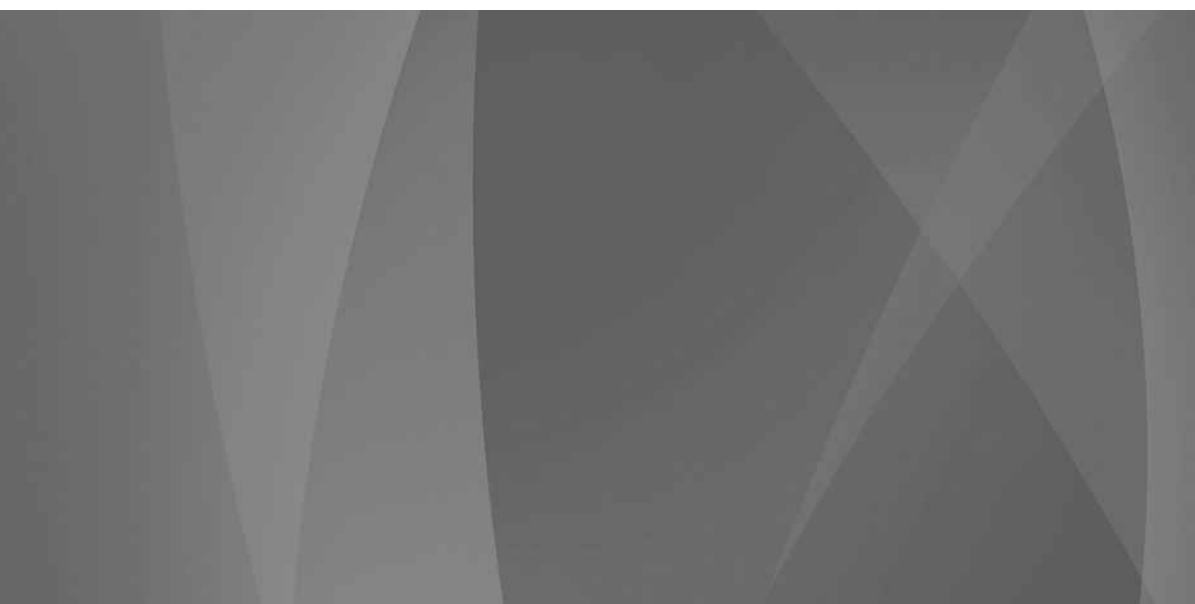


COORDENADORES

Daniela Libório
Edgar Guimarães
Emerson Gabardo

EFICIÊNCIA E ÉTICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

PREFÁCIO DE **Romeu Felipe Bacellar Filho**



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 Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora de diversos cursos de pós-graduação no Brasil e no exterior.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

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 Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado

e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de graduação e pós-graduação, da Faculdade Paraíso – FAP, em Juazeiro do Norte, Ceará,. Professora substituta da Universidade Regional do Cariri – URCA, professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Bacellar desde 2006, em Curitiba, Paraná.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. 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 Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

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: Paulo Schiavon
Projeto Gráfico e Diagramação: Paulo Schiavon
Revisão:



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

Daniela Libório
Edgar Guimarães
Emerson Gabardo

EFICIÊNCIA E ÉTICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

PREFÁCIO DE **Romeu Felipe Bacellar Filho**



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2017

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
-----------------------	----------

Romeu Felipe Bacellar Filho

APRESENTAÇÃO	15
---------------------------	-----------

Daniela Libório, Edgar Guimarães, Emerson Gabardo

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES CONVIDADOS DO II SEMINÁRIO EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL E O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DE SUA EFETIVAÇÃO	19
--	-----------

Alexandre Godoy Dotta

Hérick Ricardo da Silva Santos

O COMBATE À CORRUPÇÃO POLÍTICA: ALGUMAS MEDIDAS IMPORTANTES (E NECESSÁRIAS)	31
--	-----------

Ana Claudia Santano

TRANSPARÊNCIA NAS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR: INOVAÇÕES DA LEI N. 13.019/14 E DEVERES DECORRENTES DA LEI N. 13.460/17	53
---	-----------

Fernando Borges Mânica

Fernando Menegat

AS MUTAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS	65
--	-----------

Jacqueline Morand-Deviller

REGIMEN JURÍDICO DE LAS NULIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO Y SUS EFECTOS	75
---	-----------

Jaime A. Villacreses Valle

ÉTICA E EFICIÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO TERRITÓRIO DA CIDADE 87
Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

EFICIÊNCIA E RESERVA DO POSSÍVEL: A TRIVIALIZAÇÃO DO DESPREZO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A PERPETUAÇÃO DA INEFICIÊNCIA ESTATAL 97
Luiz Alberto Blanchet

JUÍZOS IDEOLÓGICOS E O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA PURA DO DIREITO 105
Maurício Corrêa de Moura Rezende

MECANISMOS DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO: AS LEIS ANTICORRUPÇÃO E OS CÓDIGOS DE ÉTICA NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS 115
Regina Maria Macedo Nery Ferrari

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION IN THE UNITED STATES 129
Richard Albert
Anna Nikolayeva

EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA CIUDAD HABITABLE: ¿LA SOLUCIÓN A LA CRISIS DE DERECHO URBANÍSTICO DE LA CIUDAD DE MÉXICO? 139
Rodrigo Salazar Muñoz

LA ÉTICA PÚBLICA EN LA POSMODERNIDAD LÍQUIDA 147
Teresita Rendón Huerta Barrera

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO

“PRÊMIO ARTIGO DO ANO DO INSTITUTO PARANAENSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO”

DO MORALISMO AO CONTROLE DEMOCRÁTICO: A INEFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO COMBATE A CORRUPÇÃO 161
Ana Cristina Aguilar Viana

IMPROBIDADE E NOVOS INIMIGOS: O DIREITO ADMINISTRATIVO FRENTE À 5ª MEDIDA CONTRA A CORRUPÇÃO 177
Renan Guedes Sobreira
Tuany Baron de Vargas

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	195
Júlio César Souza dos Santos	

A ATUAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	209
Ana Maria Maximiliano	

A LEI COMPLEMENTAR 157/2016 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ESFERA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	223
Lucas Bossoni Saikali	

PARTE III

RESUMOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

EDUCAÇÃO POPULAR COMO ALTERNATIVA À INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA INCLUSÃO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS EM ESPAÇOS FORMAIS DE EDUCAÇÃO: A EXPERIÊNCIA DO CURSINHO POPULAR TRANSFORMAÇÃO (SÃO PAULO/SP)	235
Cátia Kim	

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: IDENTIFICAÇÃO DE PATOLOGIAS, PREVENÇÃO E REPARAÇÃO	237
Estevam Palazzi Sartal	

PROCESSAMENTO DE EMPRESAS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	239
Felipe Klein Gussoli	

AS IMPLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A OCORRÊNCIA DE ATO ÍMPROBO DIANTE DA TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	241
Geovani Couto da Silverira	
Milena Ceccon	
Silvia Mara Gregório	

A VIDA LEGISLATIVA EM CHAPADA E OS REFLEXOS DE UM SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO NACIONAL	243
Gusttavo Guth	

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVENTIVA	244
Luzardo Faria	
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICÁVEL ÀS INFRAÇÕES EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA RELEITURA DO INTERESSE PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OTIMIZADA.....	245
Marcio Roberto Chaves	
FISCALIZANDO A POLÍTICA URBANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO IPTU PROGRESSIVO DE CURITIBA	247
Matheus Mafra	
O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NAS DECISÕES DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	249
Maurício Rodrigues de Souza Filho	
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITADORA DO DEVER-PODER SANCIONADOR ADMINISTRATIVO EM ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.....	250
Priscila Beppler Santos	
FOMENTO À CULTURA: ANÁLISE DA LEI ROUANET	252
Rennan Gustavo Ziemer da Costa	
O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA COM LINGUAGEM CLARA E DE FÁCIL COMPREENSÃO - UM INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL	254
Viviane Duarte Couto de Cristo	
LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN: UN ANÁLISIS DESDE LA CARGA DE PREVENIR EL DAÑO EN EL PANORAMA JURÍDICO COLOMBIANO	255
William Ivan Gallo Aponte	

PREFÁCIO

Ao ser incumbido de prefaciар esta magnífica obra coordenada por juristas da mais alta significação no cenário nacional e incentivado pelos primorosos trabalhos produzidos entendo oportuno lembrar - no cenário que se descortina - que é momento de relançar, com ousadia, vigor e sem arrogância, o culto aos valores mais caros do Direito Administrativo. Com efeito, abstraída de cogitações vaidosas ou mesquinhas, mas, ao revés, revelando ao público destinatário a importância dos institutos em epígrafe, a obra poderá promover a cicatrização jurídico-institucional das lancinantes feridas lançadas por uma obscurantista e irresponsável política e por que não dizer da própria Administração Pública Brasileira que não hesita em se valer dos mais variados estratagemas para nutrir desconfiança em relação a qualquer ato que pratica.

É o momento de sublinhar que o Direito Administrativo, ramo pelo qual nutro sublime devoção, para além de significar precioso meio de alcance de uma interação digna e respeitosa da Administração Pública com os destinatários de suas ações, representa a garantia da manutenção de nossa dignidade, sendo, pois, um projeto que transcende os imediatismos dos que procuram subjugar o poder a qualquer preço. Assim, a confiança geral, devidamente revigorada, haverá de reunir forças para, finalmente, permitir a instauração de um sistema caracterizado pelo governo de todos, abandonando-se o modelo dos privilégios e do ineficiente, antiético e nefasto uso do poder. A cada obra lançada, sedimenta-se, cada vez com maior vigor, a ideia de que o fértil solo brasileiro sempre foi uma fonte inesgotável de cultura, reprimida, todavia, pelas escassas chances até então ofertadas. Diversas foram as causas determinantes da mudança em nossos paradigmas. Uma delas, sem dúvida e talvez a mais significativa, a proliferação dos grupos de estudo e criação de institutos de direito, exsurgindo com a excelência de sempre, o Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

Os autores da presente obra, apoiados em magnífica bibliografia, dimensionando com maestria as suas posições e a doutrina coligida, demonstram a cada passo, notável capacidade de tornar sóbrios e interessantes os temas selecionados, homenageando os ávidos destinatários da excelente obra que produziram. O tema escolhido, com certeza, favorece a inspiração.

Com efeito, o princípio da eficiência constitui peça fundamental da reforma administrativa iniciada nos anos 90 na Administração Pública. Federal. “Uma Administração Pública eficiente” é o título do sexto Caderno do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que tem início com a seguinte frase emblemática: “O objetivo da reforma é permitir que a administração pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão mais serviços, com mais qualidade.”¹

Já afirmei em outra sede (e insistirei em muito em pontos por mim escritos) que ao discorrer sobre temas como Ética e Eficiência, o autor deve estar imbuído da consciência de que, embora

1 MARE. Cadernos MARE da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998. n. 6. p. 7.

conservando independência própria, o pensamento desafetado da individualidade não se escraviza à sua vontade. Deve, pois, elevar-se à altura do fenômeno sociológico, pois a abordagem não haverá de retratar o trabalho de uma inteligência apenas. Muito embora seja possível examinar individualmente a abrangência de seus postulados e a extensão de seus respectivos conceitos num Estado que ostente a condição de “*Democrático de Direito*”, os temas em epígrafe são interdependentes.

A Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo², a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, findado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). O princípio da eficiência foi inserido pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998 entre os princípios constitucionais da Administração Pública elencados no *caput*, do art. 37, da CF. O princípio não é inédito no direito comparado: a Constituição Espanhola de 1976 já o prevê, assim também as Leis de Procedimento Administrativo dos países vizinhos do Brasil, como é o caso, por exemplo, da Argentina, Uruguai e Peru (fala-se em princípio da eficácia). Também não é inédito na doutrina brasileira: Hely Lopes Meirelles já tratava do “dever de eficiência”, consagrado no Decreto -Lei 200167 e correspondente ao “dever de boa administração” da doutrina italiana.³

A licitação, o concurso público, a profissionalização da função pública e a implementação do sistema de mérito nas progressões funcionais, configuram, no Brasil, os principais instrumentos de garantia do alcance da eficiência. Os certames - licitação e concurso público - destinam-se à seleção de agentes qualificados, do ponto de vista técnico, para o desempenho eficiente de atividades inerentes à Administração Pública. A Constituição Federal impõe, no art. 37, XXI a obrigatoriedade de licitação para as contratações administrativas, ressalvados os casos especificados na legislação.⁴ Esta mesma exigência é reiterada para as *concessões e permissões de serviços públicos* no art. 175⁵, com linguagem enérgica, ao estabelecer que serão “sempre” precedidas de licitação. Ainda, o inc. IV, do art. 175 determina que a Lei deve dispor sobre “a obrigação de manter serviço adequado”.⁶

De outro lado, o inciso II, do art. 37, consagra o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos mediante concurso público como regra, prevendo uma exceção: a livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão: “*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*”

A *ética* significa o estudo do agir humano, da conduta humana relacionada ao próprio fim do homem como indivíduo. O *Estado Democrático de Direito*, assim definido no preâmbulo de nossa

2 OVIEDO, Carlos García. Derecho administrativo. 5. ed. Madrid : Pizarro, 1955. p. 476.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.

4 Art. 37, inc. XXI: “*Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*”

5 Art. 175. “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*”

6 Por sua vez, a Lei 8987/95 define serviço adequado como aquele “*que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modalidade das tarifas*” (§1º, do art. 6º).

Constituição, é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

No Brasil existem dezenas de textos que são conducentes a prescrever comportamentos éticos, em praticamente todas as áreas de atuação. Os Conselhos Regionais das Profissões em seus respectivos regulamentos descrevem, com alguma minudência, as regras que orientam os comportamentos éticos notadamente nos capítulos concernentes a deveres e proibições. Relativamente à Administração Pública são múltiplos os textos legais atinentes à temática (Estatutos de Servidores Civis e Militares, Estatutos dos Professores, secundados por Códigos de Ética, etc.). Com efeito, as atitudes éticas tornam-se cada dia mais raras. Aristóteles dizia que a distinção entre o homem e o animal reside na racionalidade, na vida racional. Contudo, a razão não basta. É necessário o desejo, a educação, o hábito, a memória de exercitar uma virtude.

A virtude é a nossa maneira de ser e agir humanamente, considerando que a humanidade — entendida como um valor — consiste em nossa capacidade de agir bem. Nesta linha, Montaigne sustentava que “*não há nada mais belo e legítimo do que o homem agir bem e devidamente (...) É a própria virtude*”.⁷ Assim, a virtude, repete-se desde a Grécia antiga, é uma disposição de fazer o bem. Como espécie do gênero virtude, temos a *ética*. Temos retratado a ética como uma semente que, incorporando valores ínsitos, plantada no homem desde a sua infância, ao germinar, produz um indivíduo ético na idade madura. Este indivíduo, ao exercer uma função pública haverá de trasladar para o ofício ou cargo as regras comportamentais éticas apreendidas.

Em nosso país, diferentemente das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Reconheça-se que mesmo impregnada por determinados vícios, a Carta centra-se na pessoa humana, daí ser cognominada de “*Constituição cidadã*”. A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões, como bem acentua o mestre Canotilho⁸. O agir estatal e o agir do cidadão em face do Estado e dos seus semelhantes, não pode perder de vista — mormente na tratativa de um tema dessa importância — a base antropológica comum que deflui da Constituição: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência de qualquer norma.

Como se sabe, o Brasil é uma república federativa composta pela União Federal, por 25 estados e mais de 5.200 municípios. Existem regras comportamentais direcionadas à Administração Pública e seus agentes, emanadas dessas entidades federativas, através de leis federais, estaduais e municipais. O ponto fundamental, no entanto, não se reduz ao ordenamento jurídico positivo em si, mas, sobretudo, à sua efetividade e a concretude das sanções em face de atitudes comportamentais reprováveis. O Estado que impõe regras de conduta deve zelar pelo cumprimento de suas prescrições. Se isto não ocorre, incrementa-se a idéia da impunidade, fomenta-se o comportamento agressivo ao princípio constitucional da moralidade e seus desdobramentos.

O princípio da moralidade, aplicado ao campo da Administração Pública, ao incorporar conteúdo ético, incide justamente na esfera do anseio de certeza e segurança jurídica, mediante

7 Apud COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 9.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 347.

a garantia da lealdade e boa-fé tanto da Administração Pública que recepciona os pleitos, instrui e decide, quanto do destinatário de seus atos. No plano legislativo, o art. 2º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99 exige da Administração Pública, nos procedimentos administrativos, “*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*”. Os incisos I, do art. 3º e II, do art. 4º, da mesma Lei nº 9.784/99 consagram, respectivamente, como direito dos administrados, o de “*ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações*” e, ao mesmo tempo, como dever o de “*proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé*”. A esse propósito, é oportuno lembrar José Manuel Sérvulo Correia: “Nos nossos dias, o dinamismo intrínseco do princípio fundamental do Estado de Direito manifesta-se através de duas facetas inter-relacionadas. Uma dessas vertentes é aquela que poderemos denominar “capacidade irradiante” do princípio: o confronto do seu núcleo essencial com as realidades sócio-políticas permite deduzir princípios secundários que vêm engrossar a auréola que rodeia a sua estrutura nuclear. É, por exemplo, o caso do princípio da protecção da confiança dos cidadãos, que a Constituição Portuguesa não menciona expressamente mas que o Tribunal Constitucional de Lisboa infere do preceito que proclama o Estado de Direito.”⁹

Concorde-se com Allegretti, para quem a degeneração moral da ação pública não se reduz a um problema de pessoas ou de comportamentos ético-políticos, mas também de adequada reforma da estrutura institucional, nesta incluída a administrativa. Côncio da contradição existente entre a rigidez das regras e a ausência de cobrança de cumprimento, o constituinte brasileiro de 1988 produziu profundas transformações na estrutura e no funcionamento de alguns órgãos de controle, destacando-se a elevação do Ministério Público à categoria de instituição constitucional autônoma, com prerrogativas, entre outras, para formular juízos (promoção do inquérito civil e da Ação Civil Pública, visando a proteção do patrimônio público, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos – art. 129 da CF), quase um Poder do Estado, enfim. Com efeito, o Ministério Público não se subordina ao Poder Executivo e não deve obediência ao Poder Judiciário. Sua atuação é timbrada pela autonomia, servindo à sociedade e sendo súdito da lei e da justiça. De outro lado, a partir da Constituição de 1988, foram editadas diversas leis de cunho nacional, merecendo especial referência a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) que impõe aos infratores penas de rigor adequado, tais como, além da constrição do patrimônio, perda de direitos políticos e demissão do cargo sem prejuízo das sanções penais a que estiverem sujeitos. A já aludida Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), entre outras, ampliando a legitimação de pessoas e entidades, contém dispositivos de balizamento ético e moral.

Tratando especificamente da conduta ética dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, a Lei Federal nº 8.027, de 12 de abril de 1990, serve de importante paradigma para Estados e Municípios, regulando a atuação funcional e rememorando as obrigações do servidor para com a Administração e o público que é o único e fundamental destinatário de seus elevados misteres. Como consequência dessa legislação, a Presidência da República, através do Decreto nº 1.171 de 22.06.1994, fez veicular Código de Conduta Ética. Este

9 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Contencioso administrativo e Estado de Direito*: conferência. Maputo: Companhia de Moçambique, 1993. p. 13.

Código, cujas prescrições, hauridas notadamente da doutrina, impõem regras deontológicas, de sorte a estipular que a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são os primados maiores que devem nortear a atuação do servidor público, seja nas atribuições do cargo ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Os atos e comportamentos dos servidores devem ser direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos, não se permitindo nenhuma espécie de desprezo ético em suas respectivas atitudes.

Não se deve, contudo, deslembrar que mais forte que o poder das leis é o exemplo dignificante. Uma Administração Pública como aparelhamento integrado por agentes éticos, faz espalhar atuação idônea que, irradiando bons exemplos, oferece resultados conducentes a implementar força evocativa significativamente maior do que as palavras da lei. Os bons exemplos — tal como pedra arremessada em lago plácido — desenhando círculos concêntricos dinâmicos que evoluem de modo benfazejo e incessante para as bordas. Somando-se ao que foi dito, não se deve perder de vista que a certeza da sanção diante de conduta reprovável é elemento de extrema importância. Nada impõe maior atenção ao indivíduo do que a sombra do cadafalso! O exemplo do arremesso da pedra ao lago pode dar-se em sentido inverso. A convicção da impunidade, como epidemia que se alastra de forma impiedosa, convulsiona, desarmoniza, subverte e anarquiza a Administração Pública. A ordem jurídica só se afirma quando há o pleno cumprimento das normas em geral, cujo conteúdo para a Administração Pública é sagrado. A inobservância das regras, mormente as de cunho ético-moral, acarreta corrupção, arbitrariedade e truculência procedimental.

A profissionalização do servidor público, a instituição e o fomento de escolas de administração pública, a exemplo do que ocorre na Espanha, haverão de propiciar uma preparação intelectual e, sobretudo, deontológica dos operários públicos. A desprezar-se a ética, estaríamos sepultando a esperança e cometendo uma atrocidade comparável ao “apagar do arco-íris” na feliz construção do escritor, ator e compositor brasileiro Mário Lago, de iluminada existência. Antecipando-se em muitos anos à Constituição de 1988, o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho publicava, em 1974, ensaio monográfico tratando do controle da moralidade administrativa, com destaque para a imprescindibilidade do agir administrativo pautado em padrões éticos.¹⁰ Na mesma linha, o Professor Hely Lopes Meirelles, citando o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, concordava com a tese do mestre paranaense, aduzindo que “a *moralidade* do ato administrativo juntamente com a sua *legalidade* e *finalidade* constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.¹¹ Afirmava que “a *moralidade administrativa integra o Direito* como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade”,¹² posição que já defendia desde antes da promulgação da Constituição de 1988 e que, mercê do brilhantismo com que era sustentada por seu autor, foi recepcionada pela nova ordem constitucional com a inclusão da moralidade como princípio da Administração Pública no *caput* do art. 37.

Na doutrina estrangeira, a primeira menção à moralidade administrativa vem de Maurice Hauriou que a conceituou como um “conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da administração”.¹³ Tal conceito, reiteradamente citado nos melhores tratados doutrinários, tem

10 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 84.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 85.

13 HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1926. p. 197 e ss.

orientado gerações de juristas. É certo que os procedimentos dos agentes públicos, distinguindo seus atos pelo respeito às posturas éticas e morais, vai sedimentando, ao longo dos anos, elenco de regras a orientar e disciplinar a atividade administrativa. O comportamento ético é, portanto, um *dever* de toda pessoa humana,¹⁴ marcando, em definitivo, as pautas de conduta: dignidade do administrador e dignidade do cidadão. Temos retratado a ética como uma semente que, incorporando valores ínsitos, plantada no homem desde a sua infância, ao germinar, produz um indivíduo ético na idade madura. Este indivíduo, ao exercer uma função pública haverá de trasladar para o ofício ou cargo as regras comportamentais éticas apreendidas¹⁵. Concluo afirmando que a obra ora prefaciada tem a sua presença timbrada pela seriedade dos estudos nela produzidos, assim como, pela profundidade na análise das temáticas versadas e das questões seguramente resolvidas.

Romeu Felipe Bacellar Filho

*Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná
e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*

14 A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, no art. 2º, § único, inciso IV, impõe a todos uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

15 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública e Estado Democrático de Direito. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 3, San José: Las Asociaciones y el Instituto, 2003, p. 58.

APRESENTAÇÃO

Por iniciativa conjunta do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA), do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (NUPED/PUCPR) e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Mestrado/UniBrasil), nos dias 29, 20 e 31 de março de 2017, foi realizado o **II Seminário Eficiência e Ética na Administração Pública** – nas cidades de Curitiba e São Paulo.

O primeiro seminário, ocorrido no ano de 2015, já fora um grande sucesso, tendo o resultado daquelas intervenções sido publicado na obra intitulada “Eficiência e Ética na Administração Pública”, coordenada pelos professores Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem e Ana Cláudia Santano.

Nesta segunda edição, o evento contou novamente com o apoio do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná (e do PPGD/UFPR) e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Agregou-se ao grupo original a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Participaram do Seminário sete professores estrangeiros (de México, França, Equador, Estados Unidos e Argentina), um professor de Goiás, uma professora do Ceará, sete professores de São Paulo e dezoito docentes do Paraná. Ao todo, envolveram-se com o projeto trinta e dois juristas entre os mais proeminentes do Direito Público nacional e internacional – e que compreenderam sete Universidades brasileiras (PUCPR, UniBrasil, UFPR, PUCSP, USP, Mackenzie e UFGO) e seis Universidades estrangeiras (Université Sorbonne, Universidad de Guanajuato, Universidad de Las Américas, Universidad Nacional del Litoral, Universidad La Salle e Boston College).

Foram também apresentados, com absoluto êxito, Comunicados Científicos, tanto em Curitiba quanto em São Paulo. E para além dos resumos, recebemos artigos científicos completos de diferentes partes do país para concorrerem ao Prêmio de Melhor Artigo do Ano – a vencedora foi a professora Ana Cristina Aguillar Viana.

Além dos artigos enviados pelos professores convidados, todos os comunicados apresentados, bem como os cinco melhores artigos, estão sendo publicados na presente obra, que foi editada com maestria e competência pela Editora Íthala.

Discutir eficiência e ética no contexto brasileiro é um desafio perene. Por um lado, há descrédito com as situação atual, por outro lado, existe desesperança em face à possibilidade de alternativas futuras. Todavia, é tarefa da academia não esmorecer, mantendo-se firme nas investigações científicas, nos discursos racionais, na tolerância de ideias e na defesa de princípios que às vezes encontram-se em descrédito.

Os textos aqui publicados são uma demonstração clara de que há esperança intelectual no combate à ineficiência e à corrupção por intermédio dos instrumentos normativos típicos do

Estado de Direito. Parece clara a repulsa dos pensadores às inovações pragmáticas que mais se assemelham a um justicialismo moralista do que, efetivamente, uma proposta de valorização da ética pública e da eficiência administrativa.

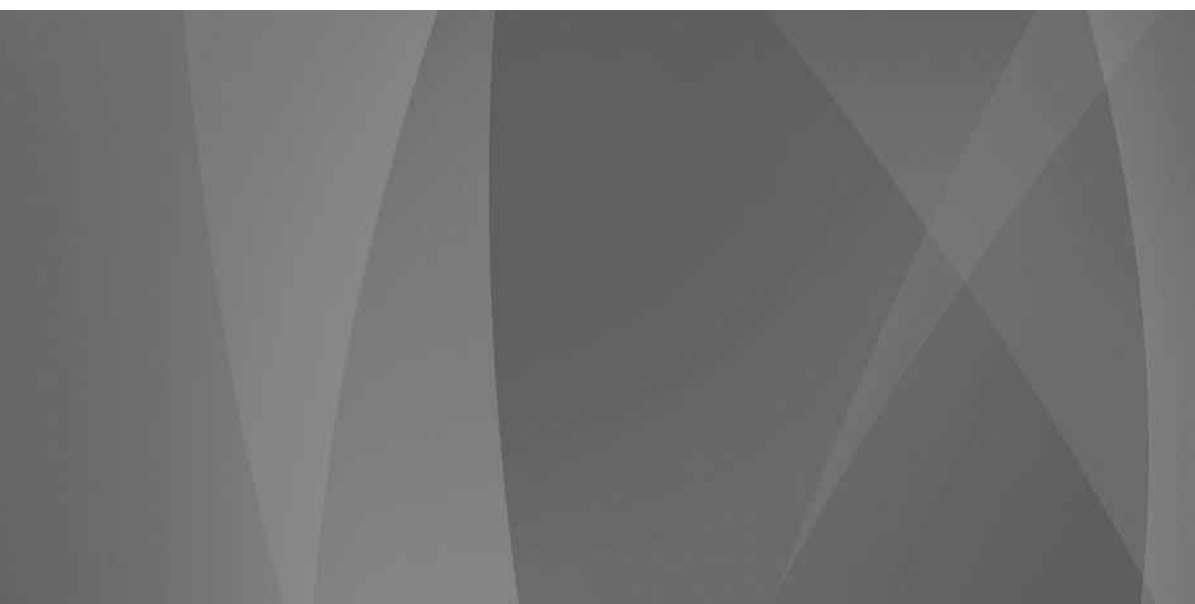
Nossos agradecimentos aos professores que ministraram conferências ou participaram das comissões de avaliação dos comunicados e dos artigos, bem como alunos e demais profissionais que participaram das atividades.

Curitiba, julho de 2017.

Daniela Libório
Edgar Guimarães
Emerson Gabardo
Coordenadores

PARTE I

TEXTOS DOS PROFESSORES CONVIDADOS DO II SEMINÁRIO EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL E O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DE SUA EFETIVAÇÃO

ALEXANDRE GODOY DOTTA¹
HÉRICK RICARDO DA SILVA SANTOS²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito, contexto histórico de surgimento da educação como um direito fundamental; 3. O direito à educação no Brasil e o serviço público adequado como garantia fundamental; 4. Conclusão.

1. Introdução

A educação é um direito consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1888, previsto no título dos direitos e garantias fundamentais, em seu capítulo II, denominado “dos direitos sociais.” Igualmente, encontra previsão a partir do art. 205 do mesmo diploma legal, que prevê a educação como um direito de todos, dever do Estado e da família, informando que deve ser fomentada pela sociedade. O referido artigo prevê ainda os objetivos gerais da educação a partir do pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Em razão da importância do direito à educação na ordem constitucional brasileira, o presente artigo tem o objetivo de aproximá-lo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, analisando o seu respectivo fundamento no Estado Democrático de Direito.

O artigo desenvolve-se relatando o significado da expressão “direitos fundamentais” – não unânime na doutrina – bem como suas respectivas dimensões (ou gerações), demonstrando-se, ao final, a forma adotada pelo legislador constituinte para elencá-los na Constituição Federal. De modo especial, enfatiza-se a segunda dimensão dos direitos fundamentais, marcada pela instituição de direitos sociais, culturais e econômicos. E, com enfoque nos direitos sociais – sedimentados na ideia de igualdade e de reclamação da intervenção do Estado –, analisa-se o contexto histórico de seu surgimento, chegando-se, assim, ao Estado Social, de caráter intervencionista.

Neste contexto, aborda-se a ideia de serviço público, seu contexto histórico e a sua respectiva relação com o direito à educação. E, por fim, demonstra-se que o serviço público, quando pres-

1 Mestre e Doutor em História e Políticas Educacionais pela PUCPR. Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica da Escola de Direito e Pesquisador Líder do Grupo Pesquisa DED – Direito, Educação e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

2 Acadêmico do quinto ano do Curso de Direito, membro integrante do Grupo de Pesquisa DED – Direito, Educação e Democracia e aluno pesquisador do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

tado sob um regime adequado, é capaz contribuir para efetivação dos direitos sociais, por ser uma garantia fundamental e mecanismo de desenvolvimento social no Estado Democrático de Direito.

2. Conceito, contexto histórico de surgimento da educação como um direito fundamental

Em geral, a doutrina emprega uma pluralidade terminológica no que diz respeito ao conceito de direitos fundamentais, que desdobra-se através de diversas expressões, tais como, “direitos humanos”, “direitos do homem”, entre outros conceitos que são entendidos como sinônimos para o termo. Sendo assim, partir da doutrina de José Afonso da Silva, é possível compreender os direitos fundamentais como sendo um conjunto de “prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Seriam, igualmente, as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive”.³ Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho o conceito de direitos fundamentais está definido como “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.⁴ Neste sentido, explica Ingo Wolfgang Sarlet que direito fundamental “se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.⁵

Contudo, Dimitri Dimoulis define os direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais”.⁶ André Puccinelli Júnior, de modo diverso, destaca que a expressão “direitos públicos subjetivos parece limitar a abrangência dos direitos fundamentais às relações estabelecidas entre o indivíduo e o Poder Público, contrariando a doutrina moderna que estende sua eficácia ao âmbito das relações privadas”.⁷ Em razão dessa disparidade conceitual, necessário apresentar a distinção entre as terminologias supracitadas a partir da lição de André Puccinelli Júnior:

“Os termos ‘direitos humanos’ ou ‘direitos do homem’ são normalmente utilizados no direito internacional, sobretudo em tratados e declarações de direitos adotados pela ONU e demais organismos internacionais. Além disso, objeta-se que não existe direito algum que não pertença aos seres humanos, pelo que as duas terminologias incorreriam em grave erro lógico. Nesse contexto, portanto, o termo ‘direitos fundamentais’, tem o mérito de aludir só às prerrogativas absorvidas pela ordem jurídico-positiva e de indicar a importância delas na oportunização de vida digna a todos os seres humanos, além de fruir da predileção do constituinte originário que optou expressamente por essa terminologia”.⁸

É, igualmente importante, destacar que o legislador constituinte elencou, na Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, os direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos, através da seguinte ordem: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941, p. 393.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

6 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.40.

7 PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194.

8 Idem.

políticos e partidos políticos. Na doutrina, a classificação dos direitos fundamentais está calcada nas dimensões (ou gerações) históricas que tais direitos assumiram ao longo do tempo. Neste sentido, destaca Ingo Wolfgang Sarlet acerca da existência de três gerações de direitos fundamentais:

“Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos”.⁹

Há, contudo, que se destacar ainda, uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, defendida pelo professor Paulo Bonavides:

“São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.¹⁰

Em que pese a doutrina classifique os direitos fundamentais em dimensões (ou gerações), cumpre ressaltar que sua análise – quando realizada de forma conjunta – permite uma margem de interpretação ainda melhor, uma vez que não se haverá o risco de, equivocadamente, compreender que uma geração de direitos exclui outra, tendo em vista que, na realidade, elas se complementam. Como bem coloca André Puccinelli Júnior:

“Levando em consideração sua marcha histórica, a doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em distintas gerações, vocábulo dúbio que gera a falsa expectativa de substituição gradativa de uma geração por outra, quando, na verdade, a aquisição de novos direitos é um processo de acumulação e não de substituição ou de sucessão. Inobstante isso, a palavra em exame também pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração só deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, o que dificulta sobremaneira o reconhecimento de novos direitos, especialmente nos países subdesenvolvidos nos quais nem sequer os direitos de ‘primeira geração’ atingiram maturidade satisfatória.

Por isso, em vez de ‘gerações’, preferimos utilizar a palavra ‘dimensões’, a fim de sinalizar as distintas classes de direitos assimilados ao longo da história”.¹¹

Para além da terminologia adotada pela doutrina – seja geração, seja dimensão – no presente artigo, optou-se pelo uso do termo dimensão para se referir à evolução dos direitos fundamentais. A partir daí, necessário demonstrar a respectiva classificação doutrinária acerca das dimensões dos direitos fundamentais. A primeira geração de direitos fundamentais, é caracterizada por instituir os denominados direitos de defesa, de propriedade, de intervenção – do indivíduo

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 54.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 570.

11 PUCCINELLI JÚNIOR, André. Op. cit., p. 202.

contra o Estado –, criados pela classe burguesa e que nasceram dotados de universalidade. Paulo Bonavides, ensina que “os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.¹² Igualmente, ressalta o mencionado autor que “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.¹³

A segunda geração de direitos fundamentais, por outro lado, é marcada pela instituição de direitos sociais, culturais e econômicos, razão pela qual, necessita de um exame mais amplo. Constatou-se que é a partir da Revolução Industrial que os direitos sociais surgem, diante de um contexto marcado por vários conflitos entre o trabalho e o capital. Nota-se ainda, que foi com o avançar do liberalismo que diversos segmentos da população insurgiram-se contra a expansão dos mecanismos do mercado, o que era um perigo para o homem em se tratando de organização produtiva. Isso que fez com que os Estados pressionados reconhecessem a necessidade de proteção social.¹⁴ Portanto, verifica-se contextualmente que, num primeiro momento:

“foi com o Estado liberal que a sociedade alcançou o progresso tecnológico, o aumento de bens de produção e, o mais importante: o Estado de Direito. E foi por meio desse Estado que foram garantidos direitos fundamentais, separação de poderes, subordinação do poder público à lei etc. Porém, as liberdades individuais conquistadas no século XVIII não foram suficientes para se alcançar a dignidade humana. O homem que estava livre das arbitrariedades do Estado, passou a precisar de sua ajuda para se defender e satisfazer não somente as suas necessidades, mas de toda a coletividade. Ao lado dos direitos individuais de liberdade, deveriam estar os direitos sociais da coletividade”.¹⁵

Dessa forma, “os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude”.¹⁶ É nos direitos fundamentais de segunda geração que estão inseridos os direitos sociais, dentre eles, o direito à educação. Neste sentido, merece destaque o ensinamento de José Afonso da Silva acerca do conceito de direitos sociais:

“Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas

12 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 563.

13 Idem.

14 MARTINS, Paulo de Sena. *O financiamento da educação básica como política pública*. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/rbpae/article/viewFile/19795/11533>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

15 MENDONÇA, Helena Karoline; BERTUOL, Mayara Karoline. *Direitos de segunda geração: o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2045/2125>>. Acesso em: 18 maio 2017.

16 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 565.

constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.¹⁷

Os direitos fundamentais de terceira geração, “ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano”.¹⁸

No mesmo sentido, Paulo Bonavides ensina que “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.¹⁹ Finalmente, a quarta geração de direitos fundamentais, defendida por Paulo Bonavides, consagra o “direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.²⁰

Observa-se que o Brasil, assim como muitos Estados contemporâneos, sofreu relevante influência da positivação dos direitos fundamentais, incluindo à educação, no ordenamento jurídico. Dalmo Dallari define que fundamentais são aqueles direitos do homem que são válidos de forma inviolável, intemporal e universal.²¹ Por essa razão podem ser considerados direitos supra-constitucionais, ou seja, até mesmo acima da Constituição. Pensar em supra-constitucionalidade é aceitar que existem direitos incorporados ao ordenamento como decorrentes de um ideário humano em nível internacional; por este motivo são considerados como adiante da Constituição. Atualmente é comum entender o conjunto destes direitos humanos fundamentais como normas universais, que inspiram e condicionam as leis internas e os próprios ideais de sociedade. Incluem-se nesta categoria as noções de liberdade, igualdade, cidadania, soberania, república, democracia, etc. Tais direitos e garantias são compreendidos como aqueles intrínsecos ao homem e que devem ser, obrigatoriamente, não somente respeitados, como providos pelos Estados Democráticos de Direito que optaram pelo modelo social-democrático.²² A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (ONU, 1948) estabelece o direito à educação como um meio de desenvolvimento humano. Ou seja, esta diretiva destaca a importância da qualidade educacional como direito.²³

É nestes termos que os serviços sociais colocam-se como imprescindíveis obrigações da organização estatal, ente político responsável pela tutela dos direitos fundamentais; ou seja, titular

17 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 286.

18 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 364.

19 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 569.

20 Ibidem, p. 571.

21 DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio. *Educação, cidadania e direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 35-37.

22 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 12. ed. Brasília: UNB, 2002. p. 1193.

23 GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). *Direitos sociais & políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 1291.

do dever prestar, controlar, fiscalizar, avaliar e garantir a realização dos direitos de natureza educacional (espécie dos direitos sociais). Fruto da superação ideológica do antigo liberalismo clássico, o Estado social, que não se confunde com o socialista, constitui-se de alguns elementos fundamentais: segurança jurídica, proteção dos direitos fundamentais (os civis, os políticos e principalmente os sociais), obrigação de configuração da sociedade por parte do Estado e garantia da autodeterminação democrática. Permeando as diferentes versões das Constituições brasileiras é possível verificar a incorporação de algumas gerações (ou, melhor dizendo, verdadeiras “dimensões”) dos direitos fundamentais, não somente referentes aos direitos políticos, mas também, e principalmente, os sociais. E esta verdadeira evolução, ou como prefere Fábio Konder Comparato, “afirmação histórica”, não ocorreu como um fenômeno meramente interno; ela decorre de um paradigma mais amplo, em nível internacional.²⁴

Ocorre que tão importante quanto a afirmação dos direitos fundamentais em declarações políticas, é o fato de o cidadão brasileiro, efetivamente, já reconhecer o Estado como pessoa jurídica responsável por proporcionar meios de acesso aos direitos sociais (Constituição Federal, art. 6º). Não somente em nível administrativo como, até mesmo, no judicial (tornando-se altamente relevante, nesta seara, a participação do Ministério Público).

A educação é um direito que garante direitos. Desse modo, a necessidade de universalização da educação com qualidade deflagra-se como um dos principais desafios rumo à concretização de um Estado social e democrático. Por este motivo, atualmente, é possível compreender a educação como um “bem público”, ou seja, um direito humano fundamental que implica um dever ao Estado de realizar determinadas políticas (entre as quais está a de avaliação) com o objetivo de sua efetivação. Concepção esta que exige o entendimento da educação também como um serviço público, de titularidade estatal, mesmo quando seja prestado por particulares. Todavia “a prestação de tais serviços [os sociais] é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi o de reservá-las, mas sim obrigar a seu exercício”.²⁵

3. O direito à educação no Brasil e o serviço público adequado como garantia fundamental

Muito se questiona quando o assunto em voga é a Educação, tendo em vista a abrangência de problemas sociais que esse tema é capaz de responder. Percebe-se que quando considerado em seu sentido amplo acaba abarcando a solução para uma série de políticas públicas. Educação é, segundo definição apresentada pelo dicionário Michaelis:

“1 Ato ou processo de educar(-se). 2 Processo que visa ao desenvolvimento físico, intelectual e moral do ser humano, através da aplicação de métodos próprios, com o intuito de assegurar-lhe a integração social e a formação da cidadania. 3 Conjunto de métodos próprios a fim de assegurar a instrução e a formação do indivíduo; ensino. 4 Conhecimento, aptidão e desenvolvimento em consequência desse processo; formação, preparo. (...)”²⁶

24 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

25 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 84.

26 Dicionário online Michaelis, 30 abr. 2017. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=EDUCA%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Contudo, em que pese a relevância da definição supracitada e os seus respectivos desdobramentos no meio político e social, a retórica aqui despendida só leva em conta a conceituação do direito à educação no plano jurídico. Deste modo, sustenta-se no fundamento inicial da redação do art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assim dispõe: “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”. Destaca-se, por ora, que o direito à educação também se encontra previsto no art. 6º da Constituição Federal, no rol dos Direitos Sociais, sendo, inclusive, o primeiro a ser mencionado, neste termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Igualmente, também encontra amparo na Declaração Universal dos Direitos do Homem – art. 26 - adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pela Brasil na mesma data:

“1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

Desta forma, compreende-se que o direito à educação deve ser garantido a todos os seres humanos, de modo universal, sem distinção de qualquer natureza – envolvendo sexo, raça, cor ou idade. Finalmente, no que tange a conceituação do direito à educação, tem-se - a partir da interpretação do art. 205 da Constituição Federal de 1988, em sua primeira parte, que “a educação como direito de todos, não se limita em assegurar a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo”.²⁷ A rigor, deve garantir a todos “o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual”.²⁸

Em relação ao dever da família e a colaboração da sociedade na educação, Marcos Augusto Maliska observa, num primeiro momento que “a colaboração da sociedade pode ser compreendida sob duas perspectivas: a primeira, vinculada à possibilidade de instituição do ensino privado e, a segunda, representaria o fato da sociedade ser considerada o lugar em que a educação e seus atri-

27 MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001. p. 157.

28 PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973. p. 39.

butos são desenvolvidos, ou seja, a sociedade como lugar de oportunidades”.²⁹ O dever da família para com a educação deve ser compreendido como “o direito prioritário dos pais de escolher o gênero de educação a dar a seus filhos e como o dever, propriamente, de assegurar a educação a eles.”³⁰

No que tange a referência dever e direito, cabe destaque à Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais especificamente em seu art. 26, e, ainda, a Constituição Portuguesa, uma vez ambos documentos jurídicos fazem menção as expressões - dever e direito. Com isso, tais documentos, acabam por prestar-se como elementos orientadores da interpretação do dispositivo da Constituição brasileira, tendo em vista que o Brasil também é signatário da Declaração Universal.³¹ Neste sentido, “o verbo ‘dever’ deve ser compreendido como algo mais que ter direito. Desta forma, os pais não somente possuem o direito de educar os filhos e de determinar o gênero de educação a ser dado a eles, como possuem o dever de exercê-lo. Quanto ao gênero, os pais possuem a faculdade de optar; quanto à educação, não possuem margem de discricionariedade, devem exercer o direito de educar”.³²

O segundo aspecto do dever de família, está voltado ao dever propriamente dito, que “pode ser entendido como um dever jurídico, fundamentado na exigência de que a Constituição faz aos pais de educar seus filhos, conforme depreende-se dos arts. 205, art. 208 § 3º, 227 e 229 da Constituição Federal de 1988”.³³

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

29 MALISKA, Marcos Augusto. Op cit., p. 158

30 Ibidem, p. 159.

31 Idem.

32 Idem.

33 Idem.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Em relação ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, é importante destacar que esse direito implica em “formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos”.³⁴ Da mesma forma, o direito à educação também visa “o preparo para o exercício da cidadania.” Neste sentido, Marcos Augusto Maliska pontua que “a democracia tem na cidadania a sua base, de modo que o legítimo poder democrático é exercido quando a sociedade é composta por cidadãos ativos, cidadãos que exercem plenamente a sua cidadania, que não deve ser compreendida em um sentido formal e abstrato, mas como um conjunto de fatores que possibilita o controle do poder para participação ativa dos envolvidos”.³⁵

Finalmente, cumpre apresentar o último aspecto do direito à educação pertinente a “qualificação para o trabalho”, que, indubitavelmente, “é elemento indispensável ao preparo profissional, ainda mais nos dias atuais, em que o preparo intelectual razoável do trabalhador é julgado como elemento indispensável até mesmo na realização de tarefas consideradas, em princípio, como trabalho não intelectual. O direito ao trabalho, neste aspecto, pode ser compreendido, também, como direito às condições de qualificação para o trabalho, uma vez que o futuro profissional está sob responsabilidade da família e do Estado devido ao fato de a estes ser atribuído o dever de garantir educação.

Historicamente, o serviço público tem sua origem marcada no contexto do liberalismo clássico, de modo que é possível afirmar sua existência mesmo antes da concepção de direito público. Neste sentido, Adriana da Costa Ricardo SCHIER observa que: “Originalmente a concepção de serviço público é atrelada à noção de desenvolvimento que, naquele tipo de Estado (liberal), fora caracterizado pela intervenção mínima na economia para consolidação burguesa das bases do capitalismo”.³⁶ Desse modo, no período do liberalismo clássico, o serviço público “consistia em toda atividade assumida pelo Estado, desde que não interferisse na livre concorrência e estivesse vinculada à noção de desenvolvimento econômico, o que englobava atividades de infraestrutura ou de interesse geral que não auferissem lucro”.³⁷

O serviço público traduzia-se, assim, “na prestação, pelo Estado, de atividades que não traziam a possibilidade de lucro, mas que eram essenciais para o desenvolvimento social”,³⁸ tais como “o serviço de saneamento básico e de iluminação pública”.³⁹ Observe-se que, “mesmo em

34 Ibidem, p. 160.

35 Ibidem, p. 161.

36 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público com direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. (Coords.) *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte, Fórum, 2011. p. 286.

37 CASSINI, Simone Alves; ARAUJO, Gilda Cardoso de. *As concepções de educação como serviço, direito e bem público: contribuições para a defesa da escola pública como garantia do direito à educação*. Disponível em: <http://36reuniao.anped.org.br/pdfs_trabalhos_aprovados/gt05_trabalhos_pdfs/gt05_3394_texto.pdf> Acesso em: 01 maio 2017.

38 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Curitiba, 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

39 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 55.

áreas não ligadas à implantação de serviços de infraestrutura, já era reconhecida como dever do Estado a prestação de alguns serviços de cunho social, como a saúde e a educação”.⁴⁰ Em Portugal, por exemplo, “o Estado assume a educação em 1772, mediante a chamada Reforma dos Estudos Menores, promovida por Marques de Pombal. Já o ensino universitário, desde seu surgimento teve influência do poder público”.⁴¹ Desta forma, é possível constatar, em síntese que “antes mesmo de ser concebida como um direito social, a educação foi defendida pelos liberais como um serviço público, pois tratava-se de condição para o “usufruto dos direitos civis”.⁴² Posteriormente, no contexto do Estado Social, a concepção de serviço público torna-se muito mais abrangente, e, como modo de atuação de um Estado intervencionista, o serviço público torna-se um instrumento de desenvolvimento e, conseqüentemente, de redução das desigualdades sociais.

Desta forma, “é no Estado Social que se amplia a prestação de tais serviços, atrelando-se a sua finalidade à promoção da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais de tal modelo de Estado, e, a partir daí, passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna. E o instrumento eleito para realizar tal intento é o serviço público”.⁴³ E, assim, “a concepção de serviço público foi se afirmando como o modo de atuação do Estado para a efetivação dos direitos sociais”.⁴⁴ Daí a razão de Marçal Justen Filho constatar que “o serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas”.⁴⁵ Portanto, “enquanto no Estado Liberal os serviços públicos traduziam-se basicamente em serviços necessários à implantação de infraestrutura, agora tais serviços vinculam-se diretamente à concretização dos direitos sociais”.⁴⁶

É importante destacar ainda, que “a ampliação dos deveres do poder público em relação à sociedade, que caracteriza o Estado Social, impõe, na mesma medida, o incremento da finalidade do serviço público, tomado não só como mecanismo de coesão social, mas também, como instrumento de distribuição de riquezas”.⁴⁷ Desse modo, a atuação do Estado, então, no campo dos serviços públicos, assegura “um conjunto de prestações tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais”.⁴⁸

É possível remeter-se ao descobrimento ou ao período colonial quando se trata do surgimento do serviço público no Brasil. Considerando que “tais serviços teriam sido implementados com o objetivo de construir, nas terras da colônia, uma estrutura que permitisse aos nobres portugueses viver com um mínimo de conforto e de benesses”.⁴⁹ Contudo, o serviço público nos moldes adotados pelo ideário do Estado Social, somente pode ser percebida no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, atribuindo ao poder público o dever de concretizar os direitos fundamentais” e notadamente o Direito

40 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime...*, p. 12.

41 ÁUREA, Adão. *Estado absoluto e o ensino das primeiras letras*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 50.

42 CURY, Carlos Roberto Jamil. *Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença*, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2017.

43 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime...*, p. 22.

44 CASSINI, Simone Alves. ARAUJO, Gilda Cardoso de. *As concepções...*, p. 3.

45 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

46 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime...*, p. 23.

47 Ibidem, p. 24.

48 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo...*, p.196.

49 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime...*, p. 24.

à educação.⁵⁰ Desse modo, “a constitucionalização dos direitos sociais traz consigo o instituto do serviço público como o objeto de intervenção estatal pelo qual será assegurada a efetividade desses direitos, diretamente ligados à concretização da dignidade de todas as pessoas. Essa concepção informa a Constituição Federal de 1988 que assegura o direito fundamental ao serviço público adequado”.⁵¹

4 Conclusão

Conclui-se, assim, que “é a Constituição Federal de 1988 que, no seio de redemocratização do Estado Brasileiro, permite a leitura do serviço público como o conjunto de ofertas positivas assumidas pelo poder público por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, diretamente vinculadas à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁵²

É justamente em razão da adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1998 que se defende, no presente trabalho, o serviço público como mecanismo de desenvolvimento social, como instrumento de concretização de direitos fundamentais. Neste sentido, Adriana da Costa Ricardo Schier reforça a ideia, ora destacada, informando que tal consideração permite a “otimização do serviço público como elemento capaz de distribuição de riqueza e de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público”.⁵³

Referências

ÁUREA, Adão. **Estado absoluto e o ensino das primeiras letras**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília: UNB, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CASSINI, Simone Alves; ARAUJO, Gilda Cardoso de. **As concepções de educação como serviço, direito e bem público**: contribuições para a defesa da escola pública como garantia do direito à educação. Disponível em: <http://36reuniao.anped.org.br/pdfs_trabalhos_aprovados/gt05_trabalhos_pdfs/gt05_3394_texto.pdf> Acesso em: 01 de maio 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Globalização...**, p. 290.

⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, 2002. p. 17.

⁵³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Globalização...**, p. 285.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação**: direito à igualdade, direito à diferença. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio. **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

GORGZEVSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). **Direitos sociais & políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MICHAELIS. Dicionário online Michaelis, 30 abr. 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/bus-ca?r=0&f=0&t=0&palavra=EDUCA%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

MARTINS, Paulo de Sena. **O financiamento da educação básica como política pública**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/rbpae/article/viewFile/19795/11533>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

MENDONÇA, Helena Karoline. BERTUOL, Mayara Karoline. **Direitos de segunda geração** – o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2045/2125>>. Acesso em: 18 maio 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução portuguesa por Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. Serviço público com direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

O COMBATE À CORRUPÇÃO POLÍTICA: ALGUMAS MEDIDAS IMPORTANTES (E NECESSÁRIAS)

ANA CLAUDIA SANTANO¹

Sumário: 1. Diagnóstico; 2. Metodologia; 3. Os elementos que circundam a corrupção política; 3.1 O Financiamento de Campanhas Eleitorais; 3.2 Regulação do lobby²; 4. Considerações finais.

1. O diagnóstico

É notório que a corrupção é um problema muito grave no Brasil, e para afirmar isso, não são necessários dados estatísticos. Basta reconhecer – e vivenciar – a constante presença deste fenômeno em diversas esferas, como na sociedade (opinião pública, meios de comunicação); no Poder Judiciário (investigações e processos judiciais com este objeto); bem como nos outros dois Poderes, no Executivo (que inegavelmente criou nos últimos anos uma estrutura de combate à corrupção, ainda que esta possa ser considerada insuficiente), e no Legislativo, onde parece que a corrupção possa ser verificada com mais objetividade.³

Não é possível tratar da corrupção em seu aspecto geral. Uma estratégia contra a corrupção deve ter um objeto claramente identificado, um objetivo específico. Além disso, este fenômeno deve ser tratado em diversos de seus aspectos, nunca com medidas isoladas uma das outras. Tendo em vista isso, este trabalho visa propor algumas medidas que possam colaborar para o combate à corrupção política e que possam ter reflexos na corrupção administrativa.

Neste sentido, assume-se que há alguns elementos que devem estar presentes na corrupção política, para assim ser identificada:⁴ (i) a conduta deve ser praticada por pessoas ou grupos que estejam no exercício de algum cargo público, seja este de natureza representativa ou de nomeação indireta; (ii) tal cargo público deve implicar o exercício de uma autoridade pública, com

1 Professora do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora 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 Observatório de Financiamento Eleitoral, do Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP.

2 Este tema foi tratado em mais profundidade em: SANTANO, Ana Claudia; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; BLANCHET, Luiz Alberto. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, p. 49-72, 2016.

3 Principalmente neste momento do país, em que a operação Lava Jato atinge um amplo número de parlamentares e cargos do alto escalão do governo, alimentada com informações – ainda não comprovadas – das delações premiadas de diversos envolvidos.

4 Esta fundamentação está desenvolvida e complementada em SANTANO, Ana Claudia. Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. *Paraná Eleitoral*, v. 4, p. 123-138, 2015.

alguma margem de decisão sobre a gestão de recursos; (iii) deve haver um interesse pessoal do indivíduo que pratica a conduta, sendo este interesse direto ou indireto, bem como o benefício, que deve ser outorgado a um terceiro ou a si mesmo, em caso de ser beneficiário direto. Por último, o indivíduo deve ser consciente de que a conduta é contrária às regras estabelecidas pelas que se outorgou a confiança para o exercício do cargo público, e devido a isso, a conduta será praticada de maneira secreta.⁵

Junto com tais características, a corrupção política também é identificada a partir do bem essencial afetado, porque o elemento moral não é a ética profissional, mas a ética pública, passando também pelo descumprimento de um dever profissional e com forte conotação cívica. O que se fere com a corrupção política é a política propriamente dita, porque se esquece o seu fim último, sua razão de ser e se violam os princípios que a fundamentam.⁶ O maior custo da corrupção na democracia é que tende a beneficiar àqueles mais poderosos, em um claro prejuízo de aqueles que têm menos, tanto em relação à riqueza, quanto também aos recursos políticos.⁷ Diante disso, o conceito que se fixará neste trabalho de corrupção política é o elaborado por Zovatto, que a define como o mau uso e o abuso de poder, tanto de origem pública quanto privada, com fins partidários ou pessoais, através da violação de normas legais.⁸ Aqui, a corrupção sempre incluirá pressupostos como as contribuições privadas que violem normas existentes de financiamento de partidos, o uso para as campanhas de dinheiro que o representante do partido tenha recebido devido a uma transação corrupta, um uso não autorizado de recursos do Estado para fins partidários, a aceitação de recursos em troca de um favor não permitido no caso da vitória do partido ou candidato beneficiado, contribuições vindas de fontes de financiamento de caráter pouco relacionado com a ética pública, bem como o gasto de recursos em objetos proibidos, como a compra de votos.⁹ Nesse diapasão, pode-se incluir a própria lavagem de dinheiro feita por meio de candidatos e partidos desde o crime organizado, o tráfico de influência que vai muito além da compra de uma agenda política e que pode resultar inclusive na construção de uma rede de impunidade para os que financiam a formação eleita do governo, ou até mesmo a expansão dessas organizações em nível transnacional pelas próprias vias do governo, por meio de incentivos econômicos, benefícios fiscais que favoreçam a atividade delituosa principal, dentre outras hipóteses de corrupção.

Já que no que se refere à corrupção administrativa, para os fins deste trabalho, ela compreenderá os procedimentos de contratação pública, basicamente. Não se abordará os possíveis incentivos para se formar o que se conhece como “mercado da propina”, ou seja, uma rede de corrupção por meio do que se denomina de *principal-agent*, possibilitada pelo conjunto de governos locais que, por exemplo, pode fazer com que, uma vez que se pague um suborno para um

5 BUSTOS GISBERT, Rafael. *Corrupción Política: Un Análisis desde la Teoría y la Realidad Constitucional*. Teoría y Realidad Constitucional. nº 25, 1º semestre. UNED, Madrid, 2010. p. 83.

6 VILLORIA MENDIETA acrescenta essa ideia afirmando que o combate à corrupção política não pode se dar sem medidas de fortalecimento da democracia, senão não será bem sucedida. (In: VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La Corrupción Política*. Madrid: Síntesis, 2006. p. 104-130).

7 MALEM SEÑA, Jorge F. El Fenómeno de la Corrupción. In: J. LAPORTA, Francisco; ÁLVAREZ, Silvina. (eds.). *La Corrupción Política*. Madrid: Alianza, 1997. p. 88.

8 ZOVATTO, D. “Financiamento dos Partidos e Campanhas Eleitorais na América Latina: Uma Análise Comparada”. *Opinião Pública*. v. 11. nº 2. Campinas, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762005000200002> Acesso em 16 de outubro de 2016.

9 PINTO-DUSCHINSKY, Michael. Financing Politics: A Global View. In: *Journal of Democracy*. nº 4, vol. 13, oct. ed. John Hopkins University Press, Washington, 2002. p. 70-72.

funcionário público de um governo local com poder discricionário para fornecer este serviço ou bem, logo paga-se outro porque o primeiro pagamento não garante o fornecimento do serviço ou bem, e assim sucessivamente, criando-se um verdadeiro mercado para a exigência de subornos, diante da escassez proposital do serviço ou bem público provocada pelos funcionários públicos envolvidos e de seu monopólio pelo Estado na sua prestação.¹⁰ No entanto, mesmo não adentrando a este aspecto da corrupção administrativa, assume-se neste trabalho que os resultados obtidos no combate à corrupção política se refletirão, inevitavelmente, na corrupção administrativa, como algo em cadeia: diminuem-se as oportunidades de corrupção na esfera política, para logo diminuí-las na esfera administrativa.

2. Metodologia

Esta proposta de combate à corrupção adota como método a Análise Econômica do Direito, partindo de sugestões de modificações legislativas (medidas de *lege ferenda*) para a diminuição de incentivos e oportunidades para a prática de corrupção, para induzir os agentes a verificar que há mais desvantagens do que vantagens em praticar atos de corrupção. A opção tomada neste trabalho é a de recomendar diversas alterações normativas que visam um modelo sancionador administrativo, ou seja, não haverá nenhuma proposta de sanções de caráter penal, mas sim todas de perfil administrativo, fundamentadas em multas, basicamente. Esta escolha se justifica por três razões primordiais: i) há direitos constitucionais que merecem ser preservados, e por vezes o desejo impulsivo de combate à corrupção tende a não observar os direitos fundamentais, ou a relativizá-los, o que não é uma opção no presente trabalho; ii) tendo em vista a preservação das normas constitucionais, todas as modificações legislativas aqui sugeridas serão nas leis ordinárias, mais fáceis de serem aprovadas no Congresso Nacional e que despertam menos polêmica. Deve-se lembrar que, se o foco aqui é a corrupção política, deve-se também buscar uma forma política de aprovar estas medidas, já que se trata de uma, fatalmente, autorregulação dos políticos; iii) entende-se aqui que as sanções de caráter econômico podem surtir muito mais efeito do que qualquer outra. Sabe-se das dificuldades de aplicação de sanções penais, considerando todo o atual sistema penal punitivo sobre os casos de corrupção, bem como a ineficácia dissuasória de penas oriundas da lei da ficha limpa, o que tornou a prática de corrupção, em algumas circunstâncias, um jogo de soma-zero, já que o político corrupto pode, ou não, ser condenado, não havendo parâmetros objetivos de julgamento e imposição de penas. Entende-se, neste sentido, que sanções de cunho econômico, por meio de fortes multas, pode sim ser um fator que influencie na decisão de praticar uma conduta corrupta, sendo esta premissa também utilizada em muitos países, quando da elaboração de leis anticorrupção no âmbito empresarial. Como exemplo, cite-se inclusive o caso brasileiro e a Lei 12.846/13, que enfoca principalmente as pesadas multas que podem incidir sobre pessoas jurídicas que participam de atos de corrupção.

10 SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*. v. 108, n. 3. aug., 1993. p. 600-601. Segundo Klitgaard, os aspectos-chave desta corrupção administrativa são: (i) monopólio, ou seja, baixa competição entre setor público e privado e mesmo dentro dos setores público – competição política – e privado – competição econômica; (ii) poder, entendido como o poder discricionário dado aos servidores públicos e políticos; (iii) prestação de contas, que se refere às formas de controle e fiscalização a que os atos de governo estão sujeitos. Nesta linha, o autor considera que a corrupção ocorre quando há uma situação de monopólio, somada ao poder que o agente detém, sem a efetiva prestação de contas das ações deste agente (KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 59).

Nesta linha, alia-se a diversos autores especialistas no tema e que abordam a corrupção desde o seu aspecto econômico, como Susan Rose-Ackerman e Robert Klitgaard. Este tratamento – muito mais pragmático do que filosófico – faz com que seja possível a avaliação dos resultados das medidas propostas sobre a realidade na qual elas agirão, saindo do plano teórico sem, no entanto, ignorá-lo.

A política está longe de ser linear. Algumas vezes, poderá ser racional, em outras, poderá atender a uma lógica egoística ou que busque uma melhor distribuição de poder que se distancia de uma explicação coerente. Quando se afirma que uma questão é política, também se remete a uma ideia de participação no poder ou na luta para influir na distribuição dele, que considera o Estado como a única fonte do direito de “usar a violência”. Portanto, esta distribuição de poder pode ocorrer entre Estados, ou entre grupos de um Estado. A fundamentação política de uma decisão desta distribuição estará sempre conectada aos interesses sobre isso, de distribuição, manutenção ou transferência do poder. Neste sentido, Weber aduz que, quem participa do poder, o faz como um meio de servir objetivos egoísticos ou ideais, ou o faz para obter “o poder pelo poder”, desfrutando desta sensação de autoridade que só ele proporciona.¹¹

Por outro lado, o comportamento dos indivíduos dentro de uma sociedade pode ser entendido como um reflexo da forma como a legislação vigente é aplicada. As sanções impostas pelo ordenamento jurídico são ferramentas que podem condicionar o agir das pessoas frente às normas legais. Se estas sanções não têm efetividade ou não são aplicadas de forma devida, não terão resultados na vida social, sendo o contrário também verdadeiro, ou seja, sanções efetivas também são sinônimo de eficiência das normas, com efeito direto no comportamento dos indivíduos. Este raciocínio é fundamentado na relação dos custos e benefícios, típico das ciências econômicas. É nesta linha que surge a Análise Econômica do Direito,¹² que se ocupa do exame teórico dos resultados de alterações das sanções previstas na norma e na probabilidade da sua aplicação. Os modelos do comportamento à margem da lei consideram que o indivíduo age com base no raciocínio que realiza dos custos e benefícios esperados, formando o que a doutrina denomina de princípio da racionalidade.¹³

Julga-se, neste trabalho, que a adoção de pressupostos econômicos ao Direito é muito útil, já que as normas têm como objetivo central a regulação do comportamento humano, sendo a Economia a área de conhecimento que avalia como o ser humano se comporta e toma as suas decisões em um contexto de recursos escassos, bem como as suas consequências. Sabe-se da dificuldade do Direito em explicar realidades sobre as quais ele faz um juízo de valor, da ausência de

11 WEBER, Max. A Política como Vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e Política, Duas Vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 56.

12 Devido aos limites desse trabalho, não é possível dissecar detalhadamente sobre a AED, pelo que se recomenda a leitura da clássica doutrina, como Ronald H. Coase: COASE, Ronald H. The problem of social costs. *The journal of Law and Economics*. v. III, oct., 1960. p. 15 e ss. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 21 abr. 2016; Gary S. Becker: BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. *The journal of political economy*. v. 76, nº 2, mar./apr., 1968. p. 169-217. Disponível em: http://www.soms.ethz.ch/sociology_course/becker1968. Acesso em 21 abr. 2016 e Richard A. Posner: POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of Law*. Disponível em: http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf. Acesso em 21 abr. 2016.

13 DONÁRIO, Arlindo. *Análise econômica do Direito – probabilidade umbral*. Instituto Nacional de Administração. 2010. Disponível em: <<http://www.universidade-autonoma.pt/upload/galleries/probabilidade-umbral.pdf>> Acesso em 21 abr. 2016.

instrumento para a realização dessa análise, ou mesmo da inexistência de uma teoria jurídica que explique o comportamento humano. É nessa lacuna que a Análise Econômica do Direito pode ser uma boa ferramenta para a avaliação de prováveis consequências da aplicação de uma legislação específica por parte dos agentes sociais. A análise da forma como estes agentes responderão face à variação de incentivos é um meio objetivo de se obter um diagnóstico mais concreto, superior a um que resulte da mera intuição.¹⁴

Diante disso, tem-se que o indivíduo é um maximizador de prazer. O princípio da racionalidade dispõe que o indivíduo busca maximizar o seu prazer, a sua utilidade, a satisfação de seus interesses e desejos, com um custo mínimo. Se há conflito entre o interesse geral e interesses pessoais, normalmente o indivíduo tende a satisfazer os seus próprios interesses.¹⁵ Nesse sentido, a norma gera custos ou benefícios para o indivíduo, que podem ou não persuadi-lo a tomar uma decisão diante de uma situação específica, ou respeitando o ordenamento vigente, ou infringindo-o.

O que se propõe é a Análise Econômica do Direito nos estudos de corrupção justamente como uma forma de diminuir os riscos de um exame eivado de paixões, ideologias ou moral pessoal. O fenômeno da corrupção merece ser avaliado a partir de uma base fria e mais objetiva, embora não se possa de forma alguma excluir fatores culturais da análise. Desta forma, entende-se que é uma utopia pensar que a corrupção poderá ser totalmente extinta ou que se possa tratá-la em todos os seus aspectos. Portanto, sustentar-se-á que a dose ótima de corrupção não é zero, principalmente quando se avalia uma dada política de combate a esse fenômeno. Também se adotará a metáfora econômica elaborada por Klitgaard, que diz que o agente, diante de um suborno, faz um cálculo no qual ele pesa os potenciais lucros pessoais de aceitar o suborno, assumindo o ato corrupto, face aos custos pessoais de agir dessa forma.¹⁶ Com isso, assume-se que corrupção, para os fins da análise que se propõe, existirá quando um indivíduo coloca seus interesses pessoais sobre os das pessoas de forma ilícita e contra os ideais que ele se comprometeu a cumprir.¹⁷ Esta postura quiçá um tanto pessimista da corrupção previne eventuais frustrações com estratégias anticorrupção adotadas e que em sua origem são carregadas de muita expectativa, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos governos.

3. Os elementos que circundam a corrupção política

Dentro das dimensões do presente trabalho, não será possível tratar com detalhe cada um dos pontos que se julgam importantes para o completo combate à corrupção política. No entanto, entende-se que esta estratégia anticorrupção deve ser composta pelos seguintes elementos: i) Financiamento de campanhas eleitorais – reformulação do limite de gastos; modificação do regime de arrecadação de recursos; fiscalização do fluxo de recursos; controle e transparência destas informações; ii) Regulação do *lobby* e tratamento objetivo das hipóteses de negociação política.

14 Nesse sentido, conceitua Ivo T. Gico Jr.: “A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” (GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic analysis of Law review*. v. 1, n° 1, jan./jun., 2010. p. 8).

15 DONÁRIO, Arlindo. Op. Cit.

16 KLITGAARD, Robert. Op. Cit. p. 13.

17 KLITGAARD, Robert. Op. Cit. p. 11.

Acredita-se que tais providências podem ter resultados positivos tanto sobre a vitalidade democrática (já que pode oportunizar a renovação política e o envolvimento da sociedade no processo político); bem como refletir sobre a contratação pública e o processo de tomada de decisões de políticas públicas.

3.1 - O Financiamento de Campanhas Eleitorais

O atual modelo de financiamento de campanhas eleitorais, ainda que fruto da mais recente reforma política (Lei 13.165/15), bem como dos reflexos do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal, todavia encontra-se muito aquém do que seria necessário para combater seriamente a corrupção política. Isso porque as regras vigentes foram fundamentadas em uma forte restrição tanto de receitas, quanto de gastos eleitorais, sob a justificativa de que as campanhas deveriam ser barateadas.

a) Limite de gastos

Trata-se de uma novidade aplicada às eleições de 2016, trazida por força da Lei 13.165/15. Anteriormente, o limite de gastos praticamente não existia, nos termos do revogado art. 17-A da lei 9.504/97, que impunha a aprovação de uma lei sobre o tema (algo que nunca ocorreu), ou que cada partido arbitrasse o seu próprio limite, o que, na prática, fazia com que não houvesse limite algum.

A reforma trouxe um outro mecanismo de cálculo. Segundo o art. 5º da Lei 13.165/15, nas eleições para prefeito, para o primeiro turno, o limite será de (i) 70% do maior gasto declarado para o cargo em 2012, na circunscrição em que houve apenas um turno; ou (ii) 50% do maior gasto declarado para o cargo em 2012, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos. Para o segundo turno, onde houver, o limite será de 30% do valor autorizado para o primeiro turno. Nas eleições para vereador, o limite de gastos será de 70% do maior gasto contratado na circunscrição para o respectivo cargo em 2012, ou nos municípios de até 10.000 eleitores, onde os limites não poderão ultrapassar cem mil reais para prefeito, ou dez mil reais para vereador, ainda que o cálculo anterior resulte em um número maior, mas também é um tipo de piso para municípios que não alcancem estes valores. Como sanção, o art. 18-B da Lei 9.504/97 dispõe uma multa em valor equivalente a 100% (cem por cento) da quantia que ultrapassar o limite estabelecido, sem prejuízo da apuração da ocorrência de abuso do poder econômico.

Esta fórmula é pouco usual no Direito Comparado. Países como Canadá, Argentina e Espanha utilizam um cálculo com base no censo eleitoral atualizado. Outros, como Estados Unidos e Alemanha, não possuem limite algum. Outros ainda realizam o cálculo sobre os valores transferidos aos partidos por meio do financiamento público, como na Albânia e na Grécia, ou ainda aplicam um valor fixo por partido ou por candidato, como na Bélgica e na Hungria.¹⁸ Contudo, deve-se pensar na realidade brasileira para que se possa analisar o modelo aqui aplicado.

Julga-se que um limite de gastos é importante – ao menos no caso brasileiro – de modo a controlar o poder econômico que possa influenciar o resultado das urnas. Sem um teto máximo, os partidos se sentem à vontade para realizar as despesas que pensam ser necessárias para a vitória nas urnas, provocando uma elevação nos gastos em geral, já que, se há expectativas de que

18 Dados coletados em: <<http://www.idea.int/political-finance/question.cfm?field=285®ion=-1>> Acesso em 08 set. 2016.

o adversário gaste X , outro gastará $X+1$.¹⁹ Não se controla a demanda por dinheiro, fazendo com que agentes mal intencionados queiram oferecer recursos para suprir esta necessidade mediante nebulosos acordos.

A intenção de redução de custos de uma campanha é facilmente concretizada com as regras vigentes, já que, de imediato, reduz abruptamente os valores que são permitidos, sob um parâmetro nominal, objetivo. No entanto, sabe-se que o território brasileiro é continental e que as despesas decorrentes disto são muito expressivas. Além disso, com as novas restrições na propaganda eleitoral – para além das que paulatinamente foram introduzidas na legislação – o modelo de campanhas está cada vez mais caro, o que contrasta fortemente com a forte diminuição das despesas impostas pela lei. Por outro lado, a sanção imposta de 100% do valor excedido pode não ser tão dissuasória quanto para fazer com que os agentes cumpram a norma, principalmente despesas que alcançam a propaganda eleitoral, quando o retorno oferecido pelo excesso de gastos sob este título pode ser determinante para a vitória, e isto, segundo a lógica do poder, por si só já é um motivo para se “arriscar”. Diante disto, pode “valer a pena” pagar a multa.

Para que a sanção fosse realmente percebida como uma penalidade grave, uma fórmula escalonada poderia ser adotada, a exemplo do que ocorreu recentemente na Espanha, na reforma da legislação eleitoral de 2015 (Lei 3/2015, de 30 de março). Há uma escala de gravidades de conduta sancionáveis, cada uma submetida a um tipo de punição, sempre de cunho pecuniário. Ou seja, há uma dosimetria que varia sobre o valor excedido e que se classifica em uma sanção leve, grave ou gravíssima. Os valores impostos pela violação do limite de gastos são calculados com base no percentual excedido, mas que tem um teto mínimo objetivo, que não será menor do que 50.000 euros. O peso do pagamento da sanção deve ser muito maior que qualquer benefício que possa vir desde o eleitorado.

Outro ponto que também merece consideração é que, a médio e longo prazo, a fórmula atual do limite de gastos sufocará a viabilidade de qualquer campanha eleitoral. Os primeiros afetados serão os pequenos municípios, algo já percebido em 2016 (primeiras eleições realizadas após a reforma eleitoral), logo se expandindo a todo o país. É uma questão de tempo, já que, a cada processo eleitoral, o limite de gastos será fortemente diminuído. Sem mencionar a função política e social de uma campanha eleitoral e de sua importância para a informação do eleitoral e para o refinamento da escolha do voto,²⁰ o fato é que, aplicada a regra em dez eleições ou mais, não há como se fazer uma campanha, por mais modesta que seja, obrigando a todos a voltar aos tempos do “porta em porta”, algo de difícil concretização em uma sociedade moderna massificada. Isto fará, quase que automaticamente, que os candidatos violem sistematicamente o limite de gastos, em nome de sua sobrevivência no mundo político.²¹ Ou seja, em um primeiro momento, o limite pode parecer adequado. Passado este período, este teto poderá ser irreal ou de impossível cumprimento.

Além disso, é importante ressaltar que a rigidez da norma, combinada com o seu difícil

19 SOLER SÁNCHEZ, Margarita. *Campañas Electorales y Democracia en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. Universitat Jaume, [s.l.], 2001. p. 223; BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *La Bolsa o la Vida - ¿Deben prohibirse las donaciones anónimas a los partidos políticos?*. El País. 18 de diciembre de 2005; SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar: *La Igualdad de Oportunidades en las Competiciones Electorales*. Madrid: CEPC, 2007. p. 199-200.

20 Sobre o tema, cf. NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

21 ROSE-ACKERMAN, Susan. Political Corruption and Democratic Structures. In: JAIN, A. K. (ed.). *The Political Economy of Corruption*. NY: Routledge, 2001. p. 35-40.

cumprimento na prática, pode “arrastar” candidatos para a ilegalidade, já que ele pode optar não incluir uma despesa realizada lícitamente, também com recursos lícitos, mas que ultrapassa o seu limite de gastos, somente para não sofrer as penalidades previstas. Nestes casos, o candidato fica a mercê do julgador, que a partir de critérios como o da razoabilidade e proporcionalidade pode condená-lo ou não. Entre se colocar em uma situação incerta com o juiz eleitoral ou optar cumprir a lei, mesmo que com razão, o candidato provavelmente preferirá sonegar esta informação. Regras muito estreitas podem conduzir os agentes à ilegalidade, impactando enormemente a transparência que se busca.

Portanto, sugere-se, como medida para se fixar o limite de gastos, uma fórmula baseada no número de habitantes do município, com um valor por pessoa, corrigido monetariamente a cada eleição. Como sanção dissuasória, recomenda-se uma multa progressiva sobre o valor que ultrapassou o limite arbitrado, atendendo a uma dosimetria, já que pequenas transgressões no limite de gastos não têm o mesmo impacto eleitoral do que aquelas de maior montante e, muitas vezes, deliberadas.

b) Modelo de arrecadação de recursos

Atualmente, o sistema arrecadatário de recursos para campanhas e para partidos conta com as seguintes fontes permitidas: (i) recursos próprios; (ii) doações de pessoas físicas; (iii) doações de outros candidatos ou partidos políticos; (iv) repasse de recursos provenientes do Fundo Partidário; (v) receita decorrente da comercialização de bens ou da realização de eventos. Já as fontes vedadas são: (i) pessoas jurídicas; (ii) entidade ou governo estrangeiro; (iii) órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público; (iv) concessionário ou permissionário de serviço público; (v) entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; (vi) entidade de utilidade pública; (vii) entidade de classe ou sindical; (viii) pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; (ix) entidades beneficentes e religiosas; (x) entidades esportivas; (xi) organizações não governamentais que recebam recursos públicos; (xii) organizações da sociedade civil de interesse público; (xiii) sociedades cooperativas de qualquer grau ou natureza, cujos cooperados sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos ou que estejam sendo beneficiados com recursos públicos; e (xiv) cartórios de serviços notariais e de registros.²² Com isto, o modelo se mostra muito restritivo e limitado, desde o ponto de vista político e econômico, tendo em vista a desproporção entre o número de fontes de captação de recursos permitidas e proibidas.

Sem entrar no mérito sobre a conveniência ou não da proibição de algumas fontes, bem como sobre a polêmica da autorização de doações de pessoas jurídicas,²³ deve-se observar os incentivos e as desvantagens legais que os agentes possuem para respeitar estas expressivas limitações, diante da pressão de ganhar as eleições e de realizar uma campanha em um ambiente

22 Introduzido na Res. TSE 26.406/2014. Sobre o tema, cf. GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 339-345.

23 Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. A proibição das pessoas jurídicas em doar recursos econômicos para as campanhas eleitorais brasileiras: certo ou errado?. In: SANTANO, Ana Claudia; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito Eleitoral – debates ibero-americanos*. Memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí. Curitiba: Íthala, 2014. p. 363-382.

altamente competitivo. Em primeiro lugar, cabe a observação de que, no Brasil, não há uma tradição de doações de pessoas físicas para campanhas ou para partidos. Do total de doações realizadas em 2010 e 2012, cerca de 11% e 22,6%, respectivamente, correspondem a doações de pessoas físicas, sendo quase todas praticamente referente ao autofinanciamento.²⁴ Com a eliminação das pessoas jurídicas como fonte autorizada de arrecadação, pode-se dizer que pode haver um forte e imediato impacto na maneira de se fazer campanha, isso porque, a interrupção abrupta dessa grande transferência de recursos para os partidos os deixa em uma situação bastante delicada para arcar com seus compromissos, seu sustento e suas campanhas. A redução das fontes de arrecadação, por outro lado, não foram acompanhadas de medidas que pudessem mitigar este resultado, como mecanismos de fomento de doações de pessoas físicas²⁵ a partir de abatimento fiscal de valores.²⁶ Não há incentivos para as pessoas físicas em realizar doações e em mudar a cultura de participar à distância da política.

Um sistema que tenha regras muito estritas com respeito às contribuições privadas para as campanhas eleitorais pode simplesmente motivar pagamentos irregulares, ou o que se conhece por “caixa 2”, os quais por sua vez são mantidos em segredo frente aos votantes e aos que fiscalizam.²⁷ Portanto, um dos incentivos dos candidatos a não cumprir a lei é justamente este: a rigidez da norma, que não oferece condições realistas de seu cumprimento.

Já no que se refere às sanções referentes à arrecadação de recursos, há duas disposições na lei 9.504/97: uma constante no art. 24, §4º, que determina que o partido ou candidato que receber recursos provenientes de fontes vedadas ou de origem não identificada deverá proceder à devolução dos valores recebidos ou, não sendo possível a identificação da fonte, transferi-los para a conta única do Tesouro Nacional; e outra no art. 25, estabelecendo que o partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico. O peso das sanções, aparentemente, pode-se perceber, porque não só atingem o fundo partidário – que promete ser a principal fonte de recursos de agora em diante – mas também submetem os candidatos às penas impostas por abuso do poder econômico, que pode levar a sua cassação. No entanto, na prática, haverá um forte questionamento entre violar a lei em busca da vitória nas urnas, correndo os riscos inerentes a esta decisão, ou respeitar a norma, mesmo na iminência de uma derrota ou da realização de uma campanha já fadada ao insucesso. Esta decisão depende muito de como a Justiça Eleitoral está processando a sua fiscalização e de como está julgando casos de abuso de poder econômico.

Aqui há duas hipóteses de comportamento: (i) devido ao rigor da Justiça Eleitoral em apurar casos de abuso de poder econômico, os candidatos podem escolher não captar recursos de fontes vedadas, como as pessoas jurídicas, a fim de se preservar no processo eleitoral e se manter na

24 http://www.excelencias.org.br/docs/custo_do_voto.pdf. p. 4.

25 Em 2010 e 2012, cerca de 92% dos recursos de pessoas físicas correspondiam à doações iguais ou superiores a R\$ 1.000,00, que são geralmente de empresários que não desejam que as suas empresas apareçam nas listas de doadores, parentes de candidatos, etc. As doações de pequeno valor (menos de R\$ 100,00) representam tão somente a 0,3% do financiamento eleitoral, deixando claro o afastamento do cidadão para com a política. (http://www.excelencias.org.br/docs/custo_do_voto.pdf. p. 4).

26 Concorde-se com a opinião expressa por Claudio Weber Abramo, da Transparência Brasil. http://www.excelencias.org.br/docs/custo_do_voto.pdf. p. 12.

27 ROSE-ACKERMAN, Susan. Op. Cit. p. 47-48.

disputa; ou (ii) haverá uma quebra coletiva e sistemática da norma por parte dos candidatos, colapsando o sistema de fiscalização da Justiça Eleitoral e, por conseguinte, maculando o processo eleitoral, pois ao se aplicar a regra para todos os que a violaram, pode ser que não restem candidatos para o exercício dos cargos. Isto, é bom lembrar, também afeta a democracia, vulnerando o voto, já que fará com que a Justiça Eleitoral tenha a palavra final, para além do que já tem.²⁸ Considerando a trajetória histórica do Brasil e o atual pragmatismo político, parece mais provável que ocorra a violação sistemática das regras de arrecadação, dada a distância entre o realismo da norma e a política brasileira hodierna, algo que já parece estar acontecendo, considerando os pronunciamentos do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal de Contas da União sobre as parciais de prestações de contas da campanha eleitoral de 2016, em que foram identificados 38.985 doadores com indícios de irregularidades – 34% em uma base de 114.526. Como exemplo, foram encontrados desde cidadãos mortos que contribuíram a empresas fornecendo serviços, ou produtos, sem funcionários regularmente registrados. Segundo o relatório, existem 35 casos de pessoas que já faleceram, mas que se encontram na lista de doadores. Há ainda pessoas que recebem assistência social, como o Bolsa Família, e ainda assim fazem doação.²⁹ Este é um indício que a forte restrição no que tange à arrecadação de recursos de campanha conduz os agentes à ilegalidade, já que o próprio sistema se amolda para que o dinheiro possa ser inserido na campanha.

Por outro lado, é salutar comentar que não se considera viável ou recomendável para o modelo brasileiro a adoção do financiamento público de campanhas. O fundo partidário pode ser visto como uma alternativa, mas muito mais de sustento dos partidos do que das campanhas, já seus valores continuam sendo muito aquém dos necessários para suprir as demandas eleitorais. Somente como exemplo, na proposta original da lei de orçamento de 2015 (LOA), o valor destinado ao fundo partidário era de 289 milhões de reais. Ao passar pelo Congresso, o montante foi aumentado para 867,5 milhões de reais.³⁰ Contudo, este valor não alcança sequer 25% dos custos gerais das últimas eleições municipais de 2012, por exemplo.³¹ Portanto, em um sistema de listas abertas e de alta competitividade intrapartidária e eleitoral, não haverá dinheiro público suficiente, sendo somente aditivo e praticamente sem nenhum impacto sobre a corrupção.³²

Há diversas medidas que poderiam ser de grande valia para a melhora do modelo de arrecadação de recursos. A primeira providência é a imposição de um limite nominal de doações, e não com base em percentuais, que somente favorece os mais abastados. Assim, um limite numérico, objetivo, deveria ser aplicado tanto para pessoas físicas, quanto para as jurídicas, algo que não foi feito na reforma de 2015. Neste sentido, também se advoga pela permissão de doações de pessoas jurídicas, porém não nos moldes anteriores. De forma a viabilizar doações como forma de

28 Sobre o tema, cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. O avanço da justiça eleitoral sobre o resultado das urnas. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/ruy-samuel-espindola-avanco-justica-vontade-urnas>> Acesso em 10 Dez. 2016.

29 Notícia apurada em: < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Setembro/tse-e-tcu-encontram-indicios-de-irregularidades-em-34-dos-doadores-de-campanha>> Acesso em 08 set. 2016.

30 Cf. [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/486334-DILMA-SANCIONA-ORCAMENTO-DE-2015-COM-AUMENTO-DO-FUNDO-PARTIDARIO-DE-R\\$-580-MI.html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/486334-DILMA-SANCIONA-ORCAMENTO-DE-2015-COM-AUMENTO-DO-FUNDO-PARTIDARIO-DE-R$-580-MI.html) Acesso em 15 Dez. 2016.

31 Cf. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,gastos-eleitorais-de-2012-superam-r-3-5-bilhoes,966339> Acesso em 15 Dez. 2016.

32 Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. O 'canto da sereia' da proposta do financiamento público exclusivo de campanhas dentro da reforma política: expectativas ambiciosas em um contexto pouco promissor. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, v. 7, p. 43-56, 2015.

participação política e não como ferramenta de consecução de favores na esfera governamental, as doadoras pessoas jurídicas devem cumprir requisitos para validar este ato, como, por exemplo, apresentar o acordo societário deliberando sobre a doação à Justiça Eleitoral. Ainda, pessoas jurídicas doadoras de campanhas devem ser abrangidas por uma quarentena para contratar com o poder público. O prazo desta quarentena pode variar entre uma eleição ou 5 anos, devendo ser um tempo suficiente para que afaste as doações mal intencionadas. Em caso de violação destas regras, deve-se aplicar pesadas multas em valor variável, a depender do valor irregular detectado, porém, sempre de acordo com o faturamento bruto da empresa, observando o seu porte econômico a fim de impactá-la verdadeiramente com esta sanção.

Sobre as doações de pessoas físicas, além do limite nominal, sugere-se também algum tipo de fomento destas, inclusive como forma de envolvimento político da sociedade no processo eleitoral. Medidas como abatimento fiscal tanto de quotas de filiação partidária e de doações privadas sobre o Imposto de Renda podem ser muito atrativas, ainda mais considerando a forma carga tributária existente. Isso – acredita-se – aumentaria o volume de recursos nas campanhas, sinal de vitalidade do processo democrático. Vale ressaltar que o afastamento dos cidadãos das campanhas, seja pelo baixo nível de doações ou pela pouca participação no processo como um todo, é muito prejudicial à democracia.

Outra providência de suma importância é também o estabelecimento de limites de doações privadas para partidos em anos não eleitorais, abrangendo também o fundo partidário. Isso funciona como reequilíbrio dos regimes de financiamento ordinário (partidos) e extraordinário (campanhas), não tornando nenhum mais vantajoso que o outro.

No entanto, o regular funcionamento e respeito às regras tanto de limite de gastos como de doações dependem diretamente dos procedimentos de fiscalização e controle, ponto muito problemático da legislação eleitoral.

c) Fiscalização, controle e transparência

Considerando o elevado número de candidaturas a cada processo eleitoral,³³ reconhece-se que não há condições reais para um exame material da contabilidade das campanhas e dos partidos por parte da Justiça Eleitoral. A verificação detalhada e específica de cada nota, cada aquisição e cada gasto efetuado não é factível, como deveria ser em um mundo ideal. Porém, louvam-se as recentes iniciativas de aprofundamento deste controle material, ainda que seja um esforço preliminar, diante da complexidade da tarefa.

Assim, nota-se que o sistema de fiscalização das contas, a despeito de todo o esforço da Justiça Eleitoral e de seus colaboradores, bem como da legislação ser razoavelmente pormenorizada, ainda padece de muitas deficiências que comprometem a sua eficácia, o que pode encorajar candidatos a se arriscar e a praticar condutas violadoras das regras de financiamento. As lacunas oferecidas pela legislação que possibilitam a entrada de recursos de fontes vedadas e a verificação meramente contábil das prestações de contas podem ser um incentivo ao não cumprimento da lei. Mesmo que de difícil execução, nada impede que grandes doações sejam diluídas em muitas pessoas físicas, a fim de que entrem nas arcas do partido, ou ainda que sejam emitidas notas fiscais

33 Nas eleições de 2016 foram 463.375 candidatos (eleições municipais); em 2014 foram 26.172 candidatos (eleições gerais) e em 2012 foram 481.785 (eleições municipais). (Cf. <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/> Acesso em 17 Abr. 2017).

“frias” justificando serviços ou aquisições inexistentes, para que tais valores sejam “lavados”. Neste ponto, a dificuldade de se realizar uma fiscalização à prova de fraudes colide com a capacidade criativa dos agentes em encontrar brechas na legislação, além da disposição que eles possam ter para praticar tais atos, na busca incessante pela vitória nas urnas. Este, provavelmente, é o maior incentivo que os agentes tenham para não seguir as regras sobre o financiamento: a probabilidade de não serem pegos pela malha fina da fiscalização.

Neste ponto, o jogo torna-se de “soma-zero”, ou seja, um jogo em que o ganho de um jogador representa necessariamente a perda para o outro.³⁴ O risco se transforma em válido para o candidato quando ele não teme as consequências, caso seja descoberto, ou quando este temor não abala a sua disposição de violar a lei, como pode ocorrer em situações de sanções brandas. Trata-se de um jogo de probabilidade, de quantos são descobertos frente à imensidão de quebras das regras. Cabe mencionar que a não aprovação de contas não acarreta fortes sanções práticas, mas indica que algo impediu a verificação contábil das informações ou que há elementos irregulares nas contas que violam a norma. Contudo, é cediço que não há consequências graves para o candidato, até porque a não aprovação de contas não enseja, diretamente, abuso de poder econômico e nem o impede de obter a quitação eleitoral, podendo apresentar-se como candidato sem problemas. Na verdade, o atual modelo de prestação de contas eleitorais não premia o candidato que zela pela regularidade de suas contas, e nem penaliza concretamente o que decide por maquiá-las ou ignorá-las, fazendo com que seja um procedimento extremamente burocrático, altamente complexo, sem nenhum efeito prático.³⁵

Assim, para o aperfeiçoamento do sistema de prestação de contas, em primeiro lugar, deve-se dar consequências à sua não apresentação, aprovação com ressalvas, ou reprovação. A não quitação eleitoral devido à não apresentação das contas mostra-se como uma medida tímida, ainda que importante, tendo em vista a própria ausência de sanções no que tange à prestação de contas. Contudo, isso deve vir por via legislativa, e não por resolução a fim de que não haja questionamento sobre a medida, como já ocorreu em situações anteriores quanto, utilizando-se de sua função regulamentar, o Tribunal Superior Eleitoral criou sanções para a prestação de contas por via de resolução, algo que não se pode permitir.³⁶

Desta forma, sugere-se que o candidato que não apresente as contas não obtenha a quitação eleitoral necessária para candidatar-se novamente. No caso de reprovação das contas, o candidato deve pagar multa à Justiça Eleitoral equivalente ao seu limite de gastos para o cargo que

34 Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 35.

35 GELAPE, Lucas de Oliveira; VIDAL, Luísa Ferreira. Prestação de contas de campanhas eleitorais: (in)diferenças práticas entre a aprovação, aprovação com ressalvas, rejeição e não prestação de contas eleitorais. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b060700f0a542a14> > Acesso em 15 set. 2016.

36 Como um caso emblemático, cita-se a Resolução TSE nº 23.373/2011, que aprovada por uma votação apertada (4x3), determinava que o candidato devesse ter as suas contas aprovadas pela Justiça Eleitoral a fim de comprovar uma das condições de elegibilidade. Caso não o tivesse, seria impedido o seu registro de candidatura. Mesmo que este entendimento contrariasse a posição legislativa da Lei 12.034/2009 (outra “mini-reforma”), a Resolução foi aprovada em dezembro de 2011. Contudo, em junho de 2012, ou seja, em pleno ano eleitoral, já no final do mandato do então presidente do TSE, Ministro Ricardo Lewandowski, que por sua vez foi substituído por Dias Toffoli, a Corte modificou o entendimento sobre a questão, por meio de um pedido de reconsideração apresentado em conjunto por quase todos os partidos políticos, também com uma apertada votação de 4x3, porém em sentido contrário. O voto de desempate foi dado pelo próprio Toffoli, revertendo um tema primordial para as candidaturas em um período de seis meses, e muito menos de um ano do pleito, ignorando o princípio da anualidade.

concorreu. Já na hipótese de aprovação com ressalvas, recomenda-se suprimir esta alternativa de julgamento, tendo em vista que durante todo o procedimento o candidato deve ter assegurado o seu direito à regularização das contas, e se não o fez durante o processo, deve sofrer as penas da lei para que proceda com mais zelo na próxima oportunidade.

Porém, isso não é suficiente para tornar o sistema de prestação de contas eficiente. É neste ponto que deve existir *accountability*. A publicidade complementa a transparência. A publicidade se refere ao que é público, conhecido, não mantido em segredo. A transparência se conecta ao que é límpido, nítido,³⁷ totalmente o contrário do que necessita a corrupção, que é obscura, secreta, discreta e escondida. A transparência se refere à divulgação das informações que foram tornadas públicas, de forma inteligível, acessível, aberta.³⁸ A transparência possibilita o controle cidadão, que por sua vez abre caminho para a *accountability*.³⁹ Esta noção traz a possibilidade de prêmios e castigos ao responsável. E devido a isso todo o procedimento de arrecadação, gasto e fiscalização deve ser público, total e amplamente. Além de afastar os mal intencionados, possibilita uma decisão mais racional sobre o voto, considerando a opção política e seus doadores. A total revelação destes dados é primordial e muito mais eficiente do que qualquer proibição.

Nesta linha, sabe-se da existência da prestação de contas virtual inserida pela reforma de 2015, que consiste no envio de informações financeiras das campanhas a cada 72 horas de todos os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, a partir da data do crédito da doação na conta bancária, para que a Justiça Eleitoral, por meio de sua página digital, divulgue os dados (art. 28, §4º, I, da Lei 9.504/97). No entanto, esta regra foi ignorada por boa parte dos candidatos às eleições de 2016, havendo duas prováveis razões para isso: i) desconhecimento desta obrigação por parte destes candidatos, uma vez que se trata de inovação legislativa que se soma à complexidade burocrática do controle de recursos de campanha; ii) ausência completa de sanções para o caso de não envio das informações. Ou seja, obrigar os candidatos a prestarem contas a cada 72 horas sem a previsão de alguma consequência prática é, muitas vezes, o mesmo que não haver nenhuma obrigação. Portanto, julga-se primordial a imposição de multa sobre esta infração, a exemplo do que ocorre com a propaganda eleitoral. O valor desta multa pode variar entre 5 a 10 mil reais, que pode ter peso dissuasório sobre grande parte dos candidatos, considerando que a violação desta regra pode ser contínua, o que possibilita a imposição de uma multa continuada.⁴⁰

3.2 - Regulação do lobby⁴¹

Expostos os aspectos referentes ao financiamento de campanhas, é importante tratar de um tema pouco debatido no Brasil, justamente pela sua estigmatização, que é o *lobby*. As defi-

37 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, n° 30, out./dez., 2007.

38 Neste sentido, cf. BLACHERIENE, 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, n° 133, jan. 2013.

39 FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. n° 84, 2011. p. 66.

40 Por exemplo, se o candidato não prestou contas durante um mês, faz-se o cálculo de quantas vezes ele não observou a regra, multiplicando-se pelo valor da multa. Ao final, o valor pode ter um expressivo peso econômico.

41 Este tema foi tratado em mais profundidade em: SANTANO, Ana Claudia; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; BLANCHET, Luiz Alberto. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, p. 49-72, 2016.

nições de *lobby* também são das mais variadas, ainda que seja possível localizar elementos em comum que o caracteriza. Para alguns autores, trata-se de um tipo particular de atividade que conecta diretamente os interesses organizados e os *policymakers*.⁴² Para outros, há o *lobby* em sentido amplo, que é todo o esforço, por meios lícitos, que tem por objetivo influenciar decisões governamentais; sendo em sentido estrito a prática de influenciar as decisões governamentais, por meio de agentes que sirvam àqueles interesses, com o foco de levar as autoridades a fazer ou deixar de fazer algo a bem daqueles interesses.⁴³ Trata-se do processo pelo qual os grupos de pressão buscam participar do processo estatal de tomada de decisões, contribuindo para a elaboração de políticas públicas de cada país e que envolve diversas atividades, como a coleta de informações; propostas políticas; estratégias para dar base às demandas; confecção de pesquisas; procura por aliados e a presença organizada pelo país. Em síntese: é um saber especializado transmitido por uma representação técnica.⁴⁴

Diante disso, percebe-se que o *lobby* é utilizado pelos grupos de pressão para alcançar os tomadores de decisões, que por sua vez são confrontados constantemente com uma complexa rede de interesses vindo desde a sociedade democrática. Esses tomadores de decisões se auxiliam dos grupos de pressão para respaldar as suas decisões, que trazem informações confiáveis e comprováveis no sentido que desejam que seja tomada a decisão. Além disso, a abrangência do *lobby* também serve como “guia” dos tomadores de decisão, para saber as reações da sociedade em face de um determinado assunto, ou mesmo as necessidades sociais não identificadas pelos partidos.

Na verdade, o processo de formação de *lobbies* é muito natural desde o momento que um grupo resolve se organizar em torno a uma causa comum (tornando-se, assim, um grupo de interesse) e que inicia estratégias para influenciar o poder político em favor próprio (tornando-se grupos de pressão). Com a instrumentalização de recursos de poder e de influência nesses grupos de pressão, há a formação do *lobby*, que pode ou não ser completada com a integração de profissionais treinados (contratados ou não) para atuar exclusivamente no papel de lobistas. Estes fornecem dados e informações sobre variados temas, no sentido de influenciar decisões que interessam ao grupo de pressão que representam.⁴⁵

Portanto, esse processo utilizado pelos grupos de interesse para alcançar objetivos finais por meio de táticas usadas para que as decisões vindas do poder estatal os beneficiem, compondo um meio de comunicação entre tais grupos e esse poder, é o que se deve considerar como *lobby*. Fazer *lobby* não é somente exercer pressão, sendo esta o último estágio de um processo multidimensional que abrange reunir informações, preparar projetos de políticas públicas, bem como uma estratégia adequada para a defesa desses projetos, por meio da procura de aliados e de outras providências.⁴⁶

42 SCHLOZMAN, Kay Lehman; TIERNEY, John T. *Organized interests and American democracy*. New York: Harper & Row, 1986. p. 39 e ss. Cabe destacar que há *lobbies* que não são de grupos (com o elemento de associação), como as empresas (corporações) que não se constituem em grupos, ou até mesmo as empresas de *lobby*, que é uma organização de assessoramento. (BERRY, Jeffrey M. *The interest group society*. Boston: Scott Foresman. 1989. p. 5).

43 FARHAT, Said. *Lobby – o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos*. São Paulo: Aberje, 2007. p. 51.

44 OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. a. 42, n° 168, out./dez., Brasília, 2005. p. 29-30.

45 GONÇALVES, Maria Cecília Nunes. Regulação do lobby no Congresso Brasileiro: O Estado comparado do modelo norte-americano. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8808/regulamentacao_lobby_goncalves.pdf?sequence=1> 2012. Acesso em: 20 ago. 2016.

46 GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 12, n° 35, fev., 1997.

Por mais que existam áreas “cinzentas” entre os conceitos, como ocorre com o financiamento de campanhas eleitorais, o *lobby* não é sinônimo de corrupção, existindo uma linha de separação muito clara entre eles. O *lobby* defende interesses de agentes identificáveis por meio de um processo que, em princípio, exclui totalmente a troca de favores. Isso se comprova facilmente pelo fato de que instituições de grande prestígio⁴⁷ e de caráter diverso do econômico recorram frequentemente ao *lobby* na busca de seus interesses. Além disso, o *lobby* exclui mutuamente a corrupção, pois fazer *lobby* é dispendioso, caro, não tendo um resultado certo, algo que é descartado com a corrupção, que costuma ser imediata e pode ser inclusive mais barata.⁴⁸

Geralmente, associa-se, equivocadamente, o *lobby* ao abuso de poder econômico em função da necessidade de grandes valores de dinheiro para o custeio de pessoal e infraestrutura dos envolvidos para o fornecimento de informações, relatórios, pesquisas, elaboração de estatísticas, promoção de debates e eventos, propaganda, etc. Esta vinculação, portanto, não é correta. A fluidez do *lobby* torna o estabelecimento de um padrão rígido de classificação uma tarefa complexa, devido ao caráter transitório de alguns interesses, alianças efêmeras entre as esferas da sociedade e de poder, bem como o inevitável surgimento de novos interesses.⁴⁹ Tal estigma que o termo *lobby* carrega está ligado ao fato de a atividade aparecer constantemente associada a escândalos de corrupção, a licitações fraudulentas, a propinas e obras superfaturadas. Como os protagonistas desses casos geralmente são empresas e autoridades públicas, ao denunciar escândalos políticos dessa natureza, a mídia identifica o *lobby* e o lobista como algo muito negativo. A utilização frequente desses termos para definir casos de corrupção ativa/passiva, tráfico de influência, fraude de concorrência, etc., colabora sobremaneira a estigmatizar o seu sentido. A figura do lobista como alguém que age de forma obscura e dissimulada para alcançar os tomadores de opinião e fazê-los tomar a decisão que lhes convém não condiz com a verdade. Tanto é assim que inclusive os próprios lobistas fazem uso de outros termos, para evitar essa marginalização, se auto-intitulando como “profissionais de relações governamentais”, “representação institucional”; “consultoria, análise e assessoria política”, “advocacia corporativa”, dentre outros.⁵⁰ No entanto, um lobista pode ser toda pessoa que é empregada em uma organização, qualquer que seja o seu título formal, responsável por fazer a representação política dessa organização, compondo inclusive um círculo profissional e uma rede de *lobby*, para trocar informações e construir coalizões, como uma verdadeira “comunidade de *lobby*”.⁵¹

Cabe sublinhar que não se ignora a relação do *lobby* com práticas ilegais. No entanto, a sua obrigatória conexão com atividades ilícitas o descaracteriza da sua real função e atuação na democracia.

Outro equívoco muito corriqueiro e que atrela o *lobby* a uma concepção pejorativa e cor-

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009> Acesso em: 20 ago. 2016.

47 Como a Universidade de Harvard, centros de pesquisa, a ONU, diversas ONGs como Médico sem Fronteiras, e tantas outras.

48 GRAZIANO, Luigi. Op. Cit.

49 ARAGÃO, Murillo de. *Grupos de pressão no Congresso Nacional – Como a sociedade pode defender liticamente seus direitos no poder legislativo*. São Paulo: Maltese, 1994. p. 46-48.

50 MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. *Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?*. *Revista Organicom*. a. 8, n° 14, 1° sem. 2011. Disponível em: <http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/viewFile/344/384>. Acesso em 20 ago. 2016.

51 GRAZIANO, Luigi. Op. Cit.

rupta é o desconhecimento sobre a maneira que ele é praticado, bem como quem são seus atores. Embora seja comum que se considere como a arena de atuação do *lobby* somente o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, o fato que é ele está presente em todos os tipos de organização política, dada a sua característica informativa, como um meio de comunicação intra-poder e extra-poder.⁵² O *lobby* pode se constituir como um verdadeiro canal de comunicação entre as diversas esferas governamentais.⁵³ Sendo assim, o *lobby* existe em todos os poderes, uma vez que no Poder Legislativo, por natureza, todos podem falar e convencer, já que são verdades relativas passíveis de convencimento;⁵⁴ no Poder Executivo, a sua atuação se dá na formulação e execução de políticas públicas; e no Poder Judiciário quando há decisões sobre temas relevantes a serem analisadas. É clara a mudança nessa dinâmica com o poder de legislar do Poder Executivo, uma vez que rouba o protagonismo do Poder Legislativo, o que desloca os *lobbies* para o real poder político do país.⁵⁵ O *lobby* alcançará o *lôcus* do poder e o seguirá se ele se deslocar. Contudo, destaca-se que, embora existam lobistas que atuam em contratos públicos, o lobista honesto não ganha concorrência, o que exclui (ou pelo menos deveria excluir) esta área de atuação do *lobby*.⁵⁶

Por meio de uma regulação do *lobby* pode-se extrair ainda mais benefícios dele. O *lobby* realizado lícitamente produz o refinamento da opinião pública, uma vez que fornece informações e fomenta o debate de questões que estão na agenda do Poder Público. Este efeito pode gerar uma visão mais profunda e abrangente sobre problemas públicos que a opinião pública não tem todo o conhecimento. Com esta integração, essas vozes podem ser chamadas a se pronunciar diretamente, por meio de consultas públicas, eleições, plebiscitos, referendos, ou até outros mecanismos de participação. O *lobby* lícito gera uma educação política dos cidadãos, uma familiarização com os processos democráticos, uma melhor aceitação das decisões finais (já que não se está excluindo ninguém desse processo) e, consequentemente, uma maior legitimação a todo o sistema político, com a integração real das demandas de interesse social que o sistema representativo não consegue abarcar.⁵⁷

52 Lembra RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 196, out/dez. de 1996. p. 83-93, que tal equívoco esteve presente na Lei de Regulamentação do Lobby norte-americana de 1946, que considerou a existência do lobby apenas no Congresso para aprovar ou rejeitar leis.

53 AA.VV. *Serie Pensando o Direito – Grupos de interesse (lobby)*, n° 8. Brasília, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/08Pensando_Direito.pdf> Acesso em: 20 jul. 2016. p. 13.

54 Enio Zampieri afirma que uma das principais funções dos grupos de pressão nos trabalhos das comissões é servir de mecanismo para a redução de incertezas dos parlamentares em relação aos temas que estão sendo discutidos no Legislativo. Com isso, alguns conflitos entre os membros das comissões podem inclusive ser diminuídos, tornando o processo de apreciação de políticas públicas melhor instruído e muito mais democrático. Diante disso, tais atividades de *lobby* passam a ser uma parte necessária nessa dinâmica de decisão no Legislativo, servindo como um instrumento de auxílio na construção de políticas públicas eficazes, adequadas, e realmente necessárias à sociedade. É no momento de certezas e incertezas que o *lobby* colabora para encontrar o ponto comum. (cf. ZAMPIERI, Enio. Ação dos grupos de pressão no processo decisório das comissões permanentes do Congresso Nacional. *E-legis*. n° 12, set./dez. 2013. p. 122-136. Disponível em: <http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/149>. Acesso em 20 ago. 2016).

55 Wootton faz um paralelo dos casos estadunidense e inglês, em que no primeiro se influencia o legislador, sendo que no Reino Unido se influencia o Parlamento. Além disso, tudo se modifica, dependendo dos atores envolvidos, se atores particulares ou o poder do Estado “alvo” da influência. (WOOTTON, Graham. *Grupos de interesse – grupos de pressão e lobbying*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972. p. 25 e ss.).

56 FARHAT, Said. Op. Cit. p. 58-59. O autor vai mais além e é enfático e afirma que *lobby* não é tráfico de influência; intercâmbio de interesse; jogadas escusas; uso de dinheiro para favores; tratamento especial; bem como nada relacionado à corrupção. Logo ele conclui que *lobby* não ganha concorrência; não trabalha para anônimos; não vende consciência; não lava dinheiro sujo; não dá presentes; e não é garantia de resultado. (Ibidem. p. 153).

57 MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. *Lobby: instrumento...*

Por outro lado, tem-se que uma regulação do *lobby*, como instrumento de combate à corrupção, auxilia a fortalecer a transparência no processo de tomada de decisões. Uma norma nesse sentido combate acordos secretos e ilícitos; incentiva a busca de melhores argumentos; facilita o trabalho da mídia e das ONGs para a informação da sociedade sobre um dado tema; desperta a atenção dos cidadãos, permitindo uma consciência crítica sobre um assunto público, o que por sua vez gera uma participação qualificada dos cidadãos na arena política, motivando inclusive a participação de segmentos sociais desmobilizados.⁵⁸

Dito isso, é importante analisar as opções de regulação de *lobby* existentes atualmente. Entende-se que a Constituição Federal de 1988 ampara a regulação do *lobby*, ainda mais tendo em vista os diversos projetos de lei⁵⁹ e normas do Poder Executivo que têm como objeto esta atividade.⁶⁰ No entanto, devido à dificuldade de conceituar o *lobby*, não há consenso sobre se a regulação deveria ser por lei ordinária, vinculando todos os poderes, ou se cada poder deveria regular a sua situação em específico, como algo *interna corporis*.⁶¹ Com isso, o que se gerou foi a fragmentação das regras em vigor, acompanhada da sua pouca efetividade.

Assume-se que a matéria deve ser objeto de Lei Ordinária, atendendo ao disposto no art. 22, XVI da Constituição Federal de 1988. Sendo uma matéria privativa da União, esta regulação dos *lobbies* seria muito benéfica no sentido de fornecer informações, análises e opinião úteis para a tomada de decisões, tornando este processo mais eficiente. Além disso, uma regulação do *lobby* colabora sobremaneira a dar um caráter oficial a eles, dando ênfase na transparência. Isso aumenta o nível de confiança da sociedade no governo, inibe práticas corruptas ou desequilíbrios de poder em favor de segmentos econômicos.⁶² Há uma notória necessidade de conferir maior visibilidade ao processo decisório, aumentando o fluxo de informações e a legitimidade tanto das decisões como dos que decide.

Assim, diante da existência do PL 1.202/07, que já tem como objeto central a atividade do *lobby*, a sua retomada pode ser um caminho. Em pesquisa realizada para este trabalho, o PL consta como pronto para apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados, e conhecem-se as dificuldades de colocá-lo na pauta, considerando o necessário *timing* para este tipo de discussão.

58 MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. *Lobby: instrumento...*

59 São diversos e alguns estão inclusive arquivados. Os principais são o PL nº 6.132/90 (o pioneiro, de autoria do Dep. Marco Maciel); PL nº 6.928/02 (que dispõe sobre o estatuto da democracia participativa); e os PL nº 5.470/05 e 1.202/07, que tratam diretamente do *lobby*. Cf. SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulamentação do lobby no Brasil – O Projeto de Lei n. 1.202, de 2007 – Constitucionalidade e adequação aos fins pretendidos. *Interesse Público*. Belo Horizonte: IP, n. 72, p. 83-122, mar/abr. 2012.

60 Houve diversas tentativas do Poder Executivo em pelo menos organizar a ação dos *lobbies*, como por meio do Código de Conduta da Alta Administração Pública Federal; a Portaria da Casa Civil nº 34 (referente a audiências públicas e cadastramento de interessados); o Decreto 4.081/02 (Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em Exercício na Presidência e Vice-presidência da República); o Decreto 4.232/02 (que dispunha sobre inscrições para audiências públicas), sendo este último subitamente revogado pelo Decreto 4.334/02, que eliminou a necessidade de inscrição. Provavelmente esta revogação também foi fruto de um *lobby*.

61 Atualmente nos regimentos internos da Câmara e do Senado há disposições sobre o *lobby*. Na Câmara, o art. 60 e o art. 254 prevêm o credenciamento de entidades que, por meio de um representante, podem fornecer subsídios em nível técnico ao Poder Legislativo sobre proposições de seu interesse. Já no Senado, há tão somente a previsão da participação de entidades da sociedade civil em audiências públicas, conforme o art. 93. Já no que tange aos projetos de resolução sobre o *lobby*, a Câmara possui 5, estando já alguns arquivados (nº 337/85; nº 83/96; nº 63/00, nº 87/00; nº 107/03). O Senado possui apenas um, já arquivado (nº 72/95).

62 GONÇALVES, Maria Cecilia Nunes. Op. Cit.

A provocação pela reanálise do PL pode ser um fator que motive a opinião pública a abraçar esta causa e a encampá-la, na direção por mais transparência. Neste sentido, o momento atual de luta contra a corrupção pode ser um ponto favorável, que tenha o condão de promover a mobilização pública nesta direção. Para tanto, os meios de comunicação podem ser de grande valia, desde que se fomente a ideia não a partir do termo estigmatizado “lobista”, mas sim sob o viés de uma maior transparência e publicidade do que acontece no processo de tomada de decisões governamentais. Este PL contém regras de credenciamento de lobistas perante o Tribunal de Contas da União, bem como sanções – ainda que preliminares – em caso de não observância das regras. Diante disso, entende-se que é um passo inicial importante para que se debata este espinhoso tema.

4. Considerações finais

Neste trabalho foram analisados alguns aspectos que se julgaram mais preponderantes no que tange à corrupção política. Optou-se por abordar a questão do financiamento de campanhas eleitorais e de partidos políticos, bem como uma eventual regulação do *lobby*, como elementos que devem ser abrangidos por uma estratégia anticorrupção de natureza política.

Dentro do tema do financiamento de campanhas e de partidos, recomendaram-se providências que alcançam o limite de gastos impostos aos candidatos; o modelo de arrecadação de recursos; bem como o sistema de fiscalização, controle e transparência. Em cada um destes tópicos, nota-se que, através de uma análise econômica das normas vigentes, não há grandes incentivos para que os agentes não cometam, ou não continuem cometendo, atos de corrupção, necessitando de ajustes para o aumento da eficiência dos resultados da legislação.

Por outro lado, e já aderindo a um perfil mais propositivo de melhora do atual panorama, sugeriu-se a regulação da atividade do *lobby*, como maneira de fomentar a transparência e o acesso às esferas de tomada de decisão, uma tarefa pendente do Congresso Nacional, mesmo que já existam diversos projetos de lei sobre a matéria e eventuais modelos a serem adotados.

Como já dito neste trabalho, uma política anticorrupção deve ser considerada sem ingenuidade e com muita seriedade, ainda mais neste momento em que a política brasileira como um todo atravessa um duro período. Esta pode ser uma oportunidade muito valiosa para realizar alguns pactos em favor do país, aprendendo com o passado e se direcionando ao futuro. Deve-se mudar a concepção do que é política no Brasil e a sua forma de fazê-la, e não simplesmente descartá-la. Aliás, esta nem é uma opção.

Referências

AA.VV. Serie Pensando o Direito – Grupos de interesse (lobby), nº 8. Brasília, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoDireito/wp-content/uploads/2012/11/08Pensando_Direito.pdf> Acesso em: 20 jul. 2016. p. 13.

ARAGÃO, Murillo de. *Grupos de pressão no Congresso Nacional – Como a sociedade pode defender liticamente seus direitos no poder legislativo*. São Paulo: Maltese, 1994.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. *The journal of political economy*. v. 76, nº 2, mar./apr., 1968. p. 169-217. Disponível em: http://www.soms.ethz.ch/sociology_course/becker1968. Acesso em 21 abr. 2016.

BERRY, Jeffrey M. *The interest group society*. Boston: Scott Foresman. 1989. BLANCO VALDÉS, Roberto L.: *La Bolsa o la Vida - ¿Deben prohibirse las donaciones anónimas a los partidos políticos?*. El País. 18 de diciembre de 2005.

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.

BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción Política: Un Análisis desde la Teoría y la Realidad Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 25, 1º semestre. UNED, Madrid, 2010. p. 69-109.

COASE, Ronald H. The problem of social costs. *The journal of Law and Economics*. v. III, oct., 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em 21 abr. 2016.

DONÁRIO, Arlindo. *Análise econômica do Direito – probabilidade umbral*. Instituto Nacional de Administração. 2010. Disponível em: <http://www.universidade-autonoma.pt/upload/galleries/probabilidade-umbral.pdf> Acesso em 21 abr. 2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. O avanço da justiça eleitoral sobre o resultado das urnas. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/ruy-samuel-espindola-avanco-justica-vontade-urnas> > Acesso em 10 Dez. 2016.

FARHAT, Said. *Lobby – o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos*. São Paulo: Aberje, 2007.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 35.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: accountability e política de publicidade. *Lua Nova*. nº 84, 2011. p. 65-94.

GELAPE, Lucas de Oliveira; VIDAL, Luísa Ferreira. Prestação de contas de campanhas eleitorais: (in)diferenças práticas entre a aprovação, aprovação com ressalvas, rejeição e não prestação de contas eleitorais. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b060700f0a542a14> > Acesso em 15 set. 2016.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic analysis of Law review*. v. 1, nº 1, p. 7-33. jan./jun., 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Maria Cecília Nunes. Regulação do lobby no Congresso Brasileiro: O Estado comparado do modelo norte-americano. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8808/regulamentacao_lobby_goncalves.pdf?sequence=1> 2012. Acesso em: 20 ago. 2016.

GRAZIANO, Luigi. O lobby e o interesse público. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 12, nº 35, fev., 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300009> Acesso em: 20 ago. 2016.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

MALEM SEÑA, Jorge F. El Fenómeno de la Corrupción. In: J. LAPORTA, Francisco; ÁLVAREZ, Silvina. (eds.). *La Corrupción Política*. Madrid: Alianza, 1997. p. 71-90.

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. *Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?*. *Revista Organicom*. a. 8, nº 14, 1º sem. 2011. Disponível em: <http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/viewFile/344/384>. Acesso em 20 ago. 2016.

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.

NEVES FILHO, Carlos. *Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade política*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. a. 42, nº 168, out./dez., Brasília, p. 29-44, 2005.

PINTO-DUSCHINSKY, Michael. Financing Politics: A Global View. In: *Journal of Democracy*. nº 4, vol. 13, oct. ed. John Hopkins University Press, Washington, p. 69-86, 2002.

POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of Law*. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf> Acesso em 21 abr. 2016.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 196, p. 83-93, out/dez. 1996.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Political Corruption and Democratic Structures. In: JAIN, A. K. (ed.). *The Political Economy of Corruption*. NY: Routledge, 2001. p. 35-62.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La Igualdad de Oportunidades en las Competiciones Electorales*. Madrid: CEPC, 2007.

SANTANO, Ana Claudia. A proibição das pessoas jurídicas em doar recursos econômicos para as campanhas eleitorais brasileiras: certo ou errado?. In: SANTANO, Ana Claudia; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito Eleitoral – debates ibero-americanos*. Memórias do V Congresso Ibero-americano de Direito Eleitoral e do IV Congresso de Ciência Política e Direito Eleitoral do Piauí. Curitiba: Íthala, 2014. p. 363-382.

_____. O ‘canto da sereia’ da proposta do financiamento público exclusivo de campanhas dentro da reforma política: expectativas ambiciosas em um contexto pouco promissor. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, v. 7, p. 43-56, 2015.

_____. Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. *Paraná Eleitoral*, v. 4, p. 123-138, 2015.

SANTANO, Ana Claudia; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; BLANCHET, Luiz Alberto. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, p. 49-72, 2016.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulamentação do lobby no Brasil – O Projeto de Lei n. 1.202, de 2007 – Constitucionalidade e adequação aos fins pretendidos. *Interesse Público*. Belo Horizonte: IP, n. 72, p. 83-122, mar./abr. 2012.

SCHLOZMAN, Kay Lehman; TIERNEY, John T. *Organized interests and American democracy*. New York: Harper & Row, 1986.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*. v. 108, n. 3. p. 599-617, aug., 1993.

SOLER SÁNCHEZ, Margarita. *Campañas Electorales y Democracia en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. Universitat Jaime, [s.l.], 2001.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La Corrupción Política*. Madrid: Síntesis, 2006.

WEBER, Max. A Política como Vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e Política, Duas Vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

WOOTTON, Graham. *Grupos de interesse – grupos de pressão e lobbying*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

ZAMPIERI, Enio. Ação dos grupos de pressão no processo decisório das comissões permanentes do Congresso Nacional. *E-legis*. n° 12, set./dez. 2013. p. 122-136. Disponível em: <http://elegisbr.com/cefor/index.php/e-legis/article/view/149>. Acesso em 20 ago. 2016.

ZOVATTO, D. “Financiamento dos Partidos e Campanhas Eleitorais na América Latina: Uma Análise Comparada”. *Opinião Pública*. v. 11. n° 2. Campinas, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0104-62762005000200002> Acesso em 16 de outubro de 2016.

TRANSPARÊNCIA NAS PARCERIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR: INOVAÇÕES DA LEI N. 13.019/14 E DEVERES DECORRENTES DA LEI N. 13.460/17

FERNANDO BORGES MÂNICA¹

FERNANDO MENEGAT²

Sumário: 1. Introdução; 2. Transparência na concepção das parcerias: o Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS; 3. Transparência na seleção da entidade parceira: o Chamamento Público; 4. Transparência na execução e prestação de contas da avença; 5. Conclusões.

1. Introdução

De tempos para cá, intensas transformações têm ocorrido na disciplina normativa das relações do Estado com as entidades do denominado terceiro setor. Inicialmente restritas à figura dos Convênios, cuja disciplina legal limitava-se a um único dispositivo da Lei n. 8.666/93, vislumbra-se hoje um cenário em que convivem seis modelos de ajuste com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Assim, além dos Convênios (Lei n. 8.666, artigo 116), o universo das parcerias com o terceiro setor é hoje formado pelos Contratos de Gestão com Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98), pelos Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs (Lei n. 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação com Organizações da Sociedade Civil – OSCs (Lei n. 13.019/14).

Trata-se, como estes autores já tiveram a oportunidade de expor, de relações jurídicas dotadas de regime jurídico próprio, não coincidente com aquele previsto na legislação dos Contratos Administrativos de Intercâmbio e dos Convênios em sentido estrito, previstos pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93.³ Cada modalidade de ajuste entre a Administração Pública e o terceiro setor hoje vigente no Brasil contém regime próprio, que não pode ser reconduzido e interpretado a partir dos ditames gerais veiculados pela Lei n. 8.666/93.

1 Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito do Terceiro Setor pela FGV-SP. Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral da Universidade Positivo (UP). Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Líder do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, responsabilidade e novos modelos econômicos da UP. Procurador do Estado.

2 Mestre e Graduado em Direito do Estado pela UFPR. Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo (UP). Advogado.

3 MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. **Revista de Contratos Públicos**, n. 3. (mar./ago. 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47-72.

Com a multiplicação e especialização dos ajustes público-privados com o terceiro setor, passou-se a reconhecer que as entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público devem respeitar – ainda que com certas derrogações – os princípios do regime jurídico administrativo. Tal incidência do regime jurídico publicístico sobre entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público foi prevista expressamente pelo art. 7º da Lei das Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98) e pelo art. 4º, I da Lei das OSCIPs (Lei n. 9.790/99). Além disso, no julgamento da ADI n. 1.923, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento, a propósito da Lei das Organizações Sociais, segundo o qual “(...) a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*)”.⁴

Nessa direção, a nova Lei n. 13.019/14 relaciona textualmente dentre seus fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia (art. 5º, *caput*). O novo texto legal consagra também o princípio da publicidade como pilar do regime jurídico das parcerias com as organizações da sociedade civil, o qual se destina a assegurar, dentre outros, “o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas” (art. 5º, IV). No mesmo bordo, a nova lei arrola dentre as diretrizes fundamentais do regime jurídico das parcerias por ela previstas, “o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade”, inclusive por meio de “recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação” (art. 6º, II e V).

Em trilha semelhante, foram instituídos no ordenamento pátrio, por meio de diversos atos legislativos, uma série de deveres de transparência a serem observados pela Administração Pública, com o objetivo de concretizar o princípio da publicidade no exercício da função administrativa. Nesse sentido, a Lei Complementar n. 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, com importantes alterações promovidas pela Lei Complementar 131/09 e pela Lei Complementar n. 156/16, prevê em seu artigo 48 e seguintes uma série de deveres voltados à transparência na gestão fiscal. No mesmo tom, a Lei n. 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação – LAI, especifica procedimentos a serem observados pela Administração Pública e por entidades privadas que recebam recursos públicos com o objetivo de garantir o acesso a informações de caráter público. Ainda, especificamente no que tange aos serviços públicos, a recente Lei n. 13.460/17 – Lei dos Usuários dos Serviços Públicos – LUSP – prevê uma série de informações a serem disponibilizadas aos usuários, tanto no local da prestação dos serviços quanto na rede mundial de computadores.

Traçada essa breve linha histórica – que demonstra a especialização no tratamento normativo das parcerias com o terceiro setor e a ampliação dos deveres de transparência na Administração Pública –, o objetivo deste artigo consiste em analisar os preceitos legais vigentes no ordenamento pátrio que impõem a observância dos deveres de transparência no regime das parcerias entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor, especificamente no que toca às inovações

4 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

trazidas pela Lei n. 13.019/14 e pela Lei n. 13.460/17. Busca-se, nessa medida, analisar as regras jurídicas que concretizam o ideal de publicidade e transparência que deve permear o processo de concepção, seleção, execução e prestação de contas nas parcerias com o terceiro setor.

Para o cumprimento do objetivo proposto, o presente estudo adota o método dedutivo, apresentando suas conclusões a partir das premissas maiores dadas pela análise da legislação do terceiro setor acima referida, especialmente a Lei n. 13.019/14 (com as alterações dadas pela Lei 13.204/15), bem como da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00, com alterações dadas pela Lei Complementar n. 131/09 e Lei Complementar n. 156/16) e da Lei dos Usuários de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/17).

O trabalho segue estruturado em cinco tópicos. Após esta introdução, analisa-se a transparência incidente no momento da concepção das parcerias, especificamente no Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS. Adiante, aborda-se a transparência na seleção da entidade parceira, com ênfase no Chamamento Público. Daí segue o estudo da transparência na execução das parcerias e na prestação de contas, em especial no que toca ao manejo dos recursos públicos transferidos às entidades privadas. Por fim, são apresentadas algumas considerações finais.

2. Transparência na concepção das parcerias: o Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS

Quando da entrada em vigência das leis que disciplinam os Contratos de Gestão e os Termos de Parceria (Leis n. 9.637/98 e n. 9.790/99, respectivamente), seguiu-se a tendência, até então predominante no Brasil, de exigir como requisito para a celebração de parcerias com o terceiro setor a detenção de um título ou certificado formalmente concedido pelo Poder Público. Nessa esquadra, as leis em questão tratam de modo minucioso os requisitos e o procedimento para a titulação de uma entidade como Organização Social e como OSCIP, dando menos ênfase ao procedimento para estruturação ou celebração das parcerias em si.

Em razão disso, a praxe da Administração Pública brasileira demonstra que a ampla maioria das parcerias com o terceiro setor implantadas no país foi concebida e gestada internamente, pelo próprio Poder Público. Assim, a estruturação de projetos de parcerias sociais costuma ser atividade interna e discricionária da Administração Pública, não disciplinada em lei.

Rompendo com essa tradição, a Lei n. 13.019/14 inovou no tema, prevendo a possibilidade de participação social, formal e transparente, no processo de concepção de parcerias com o terceiro setor. Inspirada nos Procedimentos de Manifestação de Interesse costumeiramente realizados no âmbito de projetos vinculado a contratos de concessão comum (Lei n. 8.987/95) ou de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/04), a Lei n. 13.019/14 instituiu o denominado Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, conceituando-o como “instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria” (art. 18).

Trata-se, assim, de procedimento no qual integrantes da sociedade civil interagem com o Poder Público em fase prévia à celebração da parceria, realizando estudos, projetos, levantamentos que serão posteriormente analisados pelo parceiro público e, se aprovados, constituirão o objeto de um processo de seleção a ser realizado para outorga do projeto à entidade mais apta a executá-lo.

O PMIS principia-se por provocação da sociedade civil, movimentos sociais ou cidadãos interessados (ou seja, o PMIS é sempre provocado), nos termos do art. 19 e 20 da Lei n. 13.019/14. A provocação deve dar-se por intermédio do preenchimento de um formulário, cujo modelo será disponibilizado pela Administração Pública (art. 76, *caput* do Decreto n. 8.726/16, que regulamenta a Lei n. 13.019/14 na esfera federal). O requerimento deve ser encaminhado ao órgão ou à entidade da administração pública responsável pela política pública a que se referir, e deve conter, no mínimo: (i) identificação do subscritor da proposta; (ii) indicação do interesse público envolvido; e (iii) diagnóstico da realidade a ser modificada, aprimorada ou desenvolvida e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida. Vale destacar a interessante previsão do art. 76, §2º do Decreto n. 8.726/16, que exige que a Administração Pública estabeleça um período mínimo de 60 (sessenta) dias anuais para o recebimento de requerimentos de PMIS.

Após receber o requerimento de PMIS por parte dos interessados e em estando ele de acordo com os requisitos descritos, a Administração Pública avaliará se há interesse em sua realização e, em caso positivo, deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico, de sorte a permitir a oitiva da sociedade sobre o tema (art. 20 da Lei n. 13.019/14). Inclusive, exige o Decreto n. 8.726/16, em seu art. 77, §2º, que seja constituído portal eletrônico único com esta finalidade. Isso demonstra o objetivo do PMIS de “permitir a oitiva da sociedade sobre ações de interesse público e recíproco”, conforme art. 75, §1º do Decreto, configurando importante concretização do princípio da transparência nas parcerias com o Terceiro Setor. Depois de ouvida a sociedade, a etapa final do PMIS consiste na análise, pela Administração Pública, a respeito da realização ou não do Chamamento Público proposto. Isso porque a realização do PMIS não importa obrigação para celebração da parceria, que acontecerá conforme decisão do Poder Público.

Como se pode perceber, o PMIS previsto na Lei n. 13.019/14 configura importante concretização do princípio da transparência na Administração Pública, à medida que por seu intermédio o Poder Público abre-se à comunidade para dela colher propostas e projetos de interesse público a serem, posterior e oportunamente, convertidas em parcerias. Inaugura-se assim uma nova etapa na atuação das entidades do terceiro setor, que poderão não apenas participar de certames para a celebração de parcerias, mas também propor projetos a serem posteriormente executados (pela própria entidade proponente ou por outra em melhores condições). Além disso, a regulamentação do PMIS exige abertura à discussão pública, por meio de rede mundial de computadores, acerca dos estudos e propostas formulados.

O PMIS não configura etapa necessária ao processo de modelagem de parcerias com o terceiro setor, mas consiste em importante mecanismo por meio do qual a Administração Pública abre-se ao recebimento propostas, à detecção de problemas e apresentação de possíveis soluções, por meio de técnicas inovadoras apresentadas pela própria sociedade civil organizada. Para o sucesso do procedimento, como assinala Bruno Belem, deve ser dada máxima transparência aos atos praticados, com a formalização de todas as etapas do processo, observância do cronograma de atividades e transparência na troca de informações entre o Poder Público, os interessados no PMIS e o público em geral.⁵

5 BELEM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse social. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coords.). *Parcerias com o terceiro setor: inovações da Lei n. 13.019/14*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 221.

Trata-se, portanto, de importante instrumento de interlocução, pública e transparente, entre o Poder Público e a sociedade civil, por meio do qual podem ser avaliadas e estruturadas parcerias com o terceiro setor. Ainda que o PMIS esteja previsto na Lei n. 13.019/14, entende-se não haver qualquer impedimento para a sua adoção, subsidiariamente, em consultas populares acerca de possíveis iniciativas de ajustes sob a forma de Contratos de Gestão ou Termos de Parceria, até porque o resultado do procedimento pode indicar a adequação de celebração de um ou outro modelo de ajuste.

3. Transparência na seleção da entidade parceira: o Chamamento Público

Uma vez estruturada uma parceria com o terceiro setor, a escolha da entidade parceira deve respeito aos princípios da impessoalidade, isonomia, publicidade, eficiência e moralidade, dentre outros. Historicamente, houve divergências doutrinárias e normativas acerca da necessidade de observância de um procedimento público, formal e competitivo de seleção de entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público.

A questão diz respeito à exigência de licitação, entendida como o processo administrativo prévio a uma contratação pública, que tem como objetivo definir, precificar e justificar a necessidade da contratação, bem como proporcionar uma contratação vantajosa para a Administração Pública, com garantia de publicidade, isonomia e impessoalidade no tratamento dos interessados. Recentemente, por força de inovações legislativas, a licitação assumiu também a função fomentadora de determinadas iniciativas, como as microempresas e empresas de pequeno porte, e a função promotora do desenvolvimento nacional sustentável. Como se percebe, a licitação congrega uma série de objetivos, muitos dos quais contrapostos entre si, razão pela qual a própria legislação faz a ponderação de bens e princípios, de modo a definir, em determinados casos, a preponderância de uns sobre outros.

A exigência de licitação é trazida pela própria Constituição Federal, que traz a exigência expressa de licitação no artigo 37, inciso XXI, que trata dos contratos de intercâmbio, e no artigo 175 da Constituição, que trata dos contratos de parceria público-privada em sentido amplo (concessões e permissões de serviço público). Não há menção constitucional específica à realização de licitação no caso de parcerias com o terceiro setor.

O silêncio constitucional quanto à exigência expressa de licitação nas parcerias com o terceiro setor não significa, contudo, que não ela não seja necessária. Em primeiro lugar porque o próprio artigo 22, inciso XXVII da Constituição, outorga competência para a União legislar sobre *normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas modalidades*. Tal previsão, ainda que não traga a exigência específica de realização de processo licitatório a todas as contratações públicas, oferece lastro para tanto. Em segundo lugar, deve-se rememorar que a Constituição Federal não faz referência expressa às parcerias com o terceiro setor. À exceção do parágrafo primeiro do artigo 199, que trata das parcerias na saúde, o texto constitucional não contém dispositivos próprios para as parcerias com o terceiro setor, razão pela qual sobreleva a importância do artigo 22, inciso XXVII. Em terceiro lugar e com maior importância para a questão, a exigência de realização de processo prévio à escolha de uma entidade parceira decorre diretamente de princípios constitucionais expressos, como a publicidade, isonomia e impessoalidade. Tais princípios incidem sobre todas as formas de atuação administrativa, devendo ser respeitados também, e obviamente, em processos

de escolha das entidades do terceiro setor destinatárias de recursos públicos para a realização de objetos de interesse público.

Pode-se concluir, nessa medida, que não incide sobre as parcerias com o terceiro setor a exigência veiculada no artigo 37, inciso XXI, que trata especificamente da realização de um processo licitatório prévio à contratação de bens e serviço (disciplinada pela Lei n. 8.666/93). No entanto, por força dos princípios acima relacionados, cumpre à Administração Pública seguir um processo público, transparente e objetivo de escolha da entidade parceira, o qual pode ser previsto na lei específica de cada avença.⁶

Hodiernamente, portanto, a despeito de a seleção de entidades do terceiro setor para celebração de parcerias não se submeter à lógica da Lei n. 8.666/93, em razão da incidência conjunta dos princípios acima referidos, é dever do Poder Público editar e tornar públicos editais de “Chamamento Público” (em alguns casos denominados “Concurso de Projetos”) para a seleção da entidade parceira mais apta à consecução do objeto da avença. Por intermédio de tais editais – que disciplinam o procedimento e os critérios de escolha da entidade privada –, a Administração torna pública sua intenção em firmar vínculo de parceria com entidades desprovidas de finalidade lucrativa.

É por isso que, a despeito do silêncio da Lei n. 9.637/98, foi categórico o Supremo Tribunal Federal ao afirmar, no julgamento da ADI 1923, que em decorrência da incidência dos princípios do art. 37 da CF/88 na celebração de parcerias com o terceiro setor, deveria ser realizado prévio e público procedimento de seleção da entidade parceira. Não por outro motivo, consta da decisão exigência de “que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*)”.⁷

De outra banda, ainda que a Lei das OSCIPs seja também silente quanto ao processo de seleção da entidade parceira, seu regulamento, veiculado pelo Decreto n. 3.100/99, exige que a escolha da OSCIP parceira ocorra por meio de publicação de edital de concurso de projetos pelo órgão estatal parceiro. Nesse ponto, vale consignar que a redação original do *caput* do art. 23 do Decreto n. 3.100/99 utilizava o verbo “poderá” ao invés de “deverá”, a sinalizar que a realização de um processo público de seleção pela autoridade administrativa competente era facultativa, e não obrigatória. A substituição gramatical realizada em 2011, por intermédio do Decreto n. 7.568/11, foi salutar por transfigurar a faculdade em dever.

Cenário semelhante ao das OSCIPs ocorreu no âmbito dos Convênios. Enquanto a redação original do art. 4º do Decreto n. 6.170/07, que regulamenta o tema na esfera federal, afirmava que a celebração de referidos instrumentos “poderia” ser antecedida de um processo de chamamento público, a atual redação do dispositivo, após alteração realizada também pelo Decreto n. 7.568/11, é categórica ao prever em seu artigo 4º que “a celebração de convênio ou contrato de repasse com

6 Tal percepção é recente já que, durante muito tempo, prevaleceu entendimento doutrinário segundo o qual a confluência de interesses voltados à consecução de um objetivo comum e de interesse público implicava a inviabilidade de competição própria da licitação, tida como único procedimento voltado à seleção de eventuais interessados em celebrar uma avença com o Poder Público. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 318.

7 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste”. Note-se que o parágrafo primeiro de referido dispositivo reforça ainda mais o dever de transparência nos chamamentos públicos, afirmando que “deverá ser dada publicidade ao Chamamento Público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios”.

A Lei n. 13.019/14 trouxe importantes inovações a respeito do tema, não apenas veiculando a exigência de realização de Chamamento Público, como prevendo uma disciplina legal extremamente minuciosa e detalhada para seu processamento, que contém, inclusive, hipóteses específicas de dispensa e inexigibilidade de realização do Chamamento Público (art. 30 e art. 31). Dentre as hipóteses de dispensa de Chamamento Público, constam casos de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; e caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. Já as hipóteses de inexigibilidade ocorrem nos casos em que houver inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Em qualquer caso, conforme previsão expressa do artigo 32 da lei em referência, a motivação da dispensa ou da inexigibilidade deve ser publicada no sítio oficial da Administração Pública na internet, para possível impugnação do ato por qualquer interessado. Havendo fundamento à impugnação, deve a Administração Pública revogar ou anular o ato, instaurando assim Edital de Chamamento Público. Além disso, ao fim de garantir a máxima publicidade possível, o artigo 10 do Decreto que regulamenta a Lei n. 13.019/14 na esfera federal (Decreto n. 8.726/16) exige que o Chamamento Público seja divulgado no sítio eletrônico oficial e na plataforma eletrônica do órgão ou da entidade pública processante interessada na celebração da avença.

Sustenta-se, nessa medida, que ainda que a Lei n. 13.019/14 não incida sobre as demais modalidades de parceria com o terceiro setor, o tratamento por ela dado ao Chamamento Público deve orientar, subsidiariamente, os demais processos de escolha de entidades do terceiro setor parceiras do Poder Público. Afinal, diante de omissão legislativa específica, a pertinência temática e as exigências de transparência da Lei n. 13.019/14 mostram-se muito mais afeitas à natureza da relação jurídica travada nas parcerias com o terceiro setor do que a costumeiramente invocada Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93).

4. Transparência na execução e prestação de contas da avença

Há alguns anos foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro regras específicas que impõem deveres de transparência no manejo de recursos públicos pela própria Administração Pública. Como ressalta Marçal Justen Filho, a concretização do princípio da publicidade (i) garante a todos a possibilidade de acessar informações relativas a ações e omissões praticadas por agentes

estatais e não estatais na gestão de recursos públicos, bem como (ii) desincentiva a própria prática de atos reprováveis, ante a possibilidade de sua revelação ao público.⁸

Dois diplomas normativos recentes tratam do tema, sob perspectivas diversas. A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 48, com redação dada pelas Leis Complementares n. 131/09 e n. 156/16, prevê que a transparência será assegurada, em especial, mediante (i) o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão das leis orçamentárias e (ii) a publicação em meio eletrônico de acesso ao público de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira. A LRF prevê como penalidade para o descumprimento de tais deveres a suspensão de transferências voluntárias da União e da contratação de operações de crédito, para o respectivo ente federativo. Trata-se, como se vê, de importante exigência de transparência do manejo de recursos públicos a ser cumprida pela Administração Pública, que alcança, também, os valores repassados às entidades do terceiro setor.

De outro turno, a Lei de Acesso à Informação – LAI – estabelece os procedimentos a serem observados pela Administração Pública para garantir acesso (i) a informações pessoais detidas pela Administração Pública (artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988), (ii) a registros administrativos e a informações sobre atos de governo pelos usuários dos serviços públicos (artigo 3º, inciso II da Constituição Federal) e (iii) a documentação prevista no §2º do art. 216 da Constituição de 1988).

No tocante à incidência da LAI sobre entidades do terceiro setor parceiras do Estado, consta previsão específica em seu artigo 2º de que suas disposições se aplicam, “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. Além disso, estabelece a lei que a publicidade a que estão submetidas as entidades 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.

Assim, resta evidenciado que as exigências da LAI incidem tanto sobre o Poder Público quanto sobre a entidade privada parceira, sendo que: (i) os entes da Administração Pública estão obrigados a seguir integralmente o regime da LAI no que toca aos ajustes celebrados com o terceiro setor (por exemplo, publicando em seu site as minutas dos ajustes, o cronograma dos repasses, etc.); e (ii) as entidades do terceiro setor estão obrigadas a seguir o regime da LAI ‘no que couber’, e apenas no que toca aos recursos públicos que lhes forem repassados – ou seja, sem abranger os recursos próprios que angariarem em virtude de outras fontes de receita.

O ponto problemático, como parece óbvio, reside na expressão “no que couber” destacada no *caput* do art. 2º da Lei. Sustentou-se, por exemplo, que não caberia exigir da entidade parceira que criasse e mantivesse *site* próprio para divulgar a utilização dos recursos públicos repassados, a teor do que exige o art. 8º, §2º e §3º da LAI, sendo que tal obrigação incidiria apenas aos entes públicos. Afirmou-se, também, que as entidades do terceiro setor não poderiam receber e processar requerimentos de acesso à informação formulados nos moldes do art. 10 e seguintes da LAI, à medida em que a lei é expressa em afirmar, no *caput* do art. 10, que apenas os “órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei” é que estariam submetidos a referido regramento.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 203.

Com a superveniência da Lei n. 13.019/14, entretanto, tal discussão perdeu sentido. Isso porque, de um lado, a Lei n. 13.019/14 estabeleceu a exigência de publicação, no sítio oficial da internet do parceiro público, da relação de parcerias firmadas pela Administração Pública, bem como dos meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria.⁹ Nesse ponto, a lei reafirma o conteúdo da LAI, especificamente nas parcerias com o terceiro setor disciplinadas pelas Lei n. 13.019/14. Mas além disso, a nova lei determinou de forma explícita e inquestionável que a entidade privada parceira também deverá divulgar, na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações, todas as parcerias celebradas com a Administração Pública, contendo dados relativos ao objeto, valor, repasses e prestação de contas de cada parceria celebrada com o Poder Público (art. 11). Em assim sendo, se havia alguma dúvida na interpretação da LAI acerca da incidência dos deveres de transparência à esfera das entidades do terceiro setor, a partir da Lei n. 13.019/14 o dever de *disclosure* em relação à aplicação dos recursos públicos repassados tornou-se flagrante.

Reforçando ainda mais a esfera de obrigações de transparência do parceiro público, a Lei n. 13.019/14 traz interessante disposição em seu art. 14, que prevê a divulgação nos meios públicos de comunicação por radiodifusão de sons e de sons e imagens, campanhas publicitárias e programações desenvolvidas por organizações da sociedade civil, mediante o emprego de recursos tecnológicos e de linguagem adequados à garantia de acessibilidade por pessoas com deficiência. O dispositivo foi regulamentado pelo art. 82 do Decreto n. 8.726/16 e contém a interessante – e controversa – obrigação de a Administração Pública, com seus recursos, efetuar campanhas publicitárias e divulgar programações desenvolvidas pelas entidades parceiras. O Decreto n. 8.726/16 exige ainda da entidade que registre todos os dados referentes às despesas realizadas em plataforma eletrônica (art. 37, §1º), bem como nela insira as prestações de contas da parceria (art. 59, §3º). Percebe-se, assim, que muito do que constava na LAI como exigência incidente apenas à Administração Pública passou, a partir da vigência da Lei n. 13.019/14, a ser também obrigação das entidades do terceiro setor que celebrem com a Administração Pública as parcerias nela descritas. Note-se, contudo, neste tema, por envolver imposição de deveres à entidade privada parceira, aos ditames da Lei n. 13.019/14 apenas obrigam as organizações da sociedade civil que celebrem Termos de Colaboração ou Termos de Fomento com o Poder Público. Nada impede, contudo, que nas demais avenças, conste do próprio instrumento de ajuste um conjunto de deveres de transparência a serem observados pelo parceiro privado.

Deve-se notar que, além de tais exigências de transparência na execução das parcerias com o terceiro setor, incidem outras determinações já existentes no ordenamento jurídico pátrio, tais como: (i) publicação, pelo ente público parceiro, do extrato da parceria;¹⁰ (ii) publicação de relatórios financeiros e relatórios de atividades, bem como extratos de execução física-financeira da parceria, demonstrando a aplicação dos recursos públicos e o atingimento das metas pactuadas;¹¹ (iii) a exigência de publicação, pela entidade parceira, de regulamento próprio instituindo os parâmetros e procedimentos que utilizará para a compra de bens e de serviços e para a contratação de pessoal, utilizando-se dos recursos públicos repassados.¹² Para além destes, há deveres de transparência

9 Art. 10 e 12 da Lei n. 13.019/14.

10 Art. 10, §2º, VI da Lei n. 9.790/99; art. 38 da lei n. 13.019/14.

11 Art. 2º, I “f” da Lei n. 9.637; art. 4º VII, “b” e art. 10, §2º, VI da Lei n. 9.790/99; art. 18 do Decreto n. 3.100/99.

12 Art. 17 da Lei n. 9.637/98; art. 14 da Lei n. 9.790/99. Note-se que a Lei n. 13.019/14 não veicula tal exigência,

das entidades do terceiro setor no que toca à movimentação e à prestação de contas dos recursos públicos repassados, tanto perante o parceiro público quanto perante os órgãos de controle externo da parceria (em destaque, os Tribunais de Contas). É para facilitar a transparência no momento do controle que, por exemplo, as leis exigem que os recursos públicos repassados sejam depositados em conta bancária específica e somente a partir dela movimentados.¹³

Por fim, no que concerne aos serviços públicos, a recente Lei n. 13.460/17 – Lei dos Usuários dos Serviços Públicos – LUSP – prevê dentre os direitos básicos do usuário de serviços públicos, a obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre: a) horário de funcionamento das unidades administrativas; b) serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização exata e a indicação do setor responsável pelo atendimento ao público; c) acesso ao agente público ou ao órgão encarregado de receber manifestações; d) situação da tramitação dos processos administrativos em que figure como interessado; e e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado. Além disso, a LUSP prevê em seu artigo 7º que as entidades prestadoras de serviços públicos divulguem uma Carta de Serviços ao Usuário, com objetivo de informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público. Além disso, a Carta de Serviços ao Usuário deverá trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados, apresentando, no mínimo, informações relacionadas aos serviços oferecidos; aos requisitos, documentos, formas e informações necessárias para acessar o serviço; às principais etapas para processamento do serviço; à previsão do prazo máximo para a prestação do serviço; à forma de prestação do serviço; e aos locais e formas para o usuário apresentar eventual manifestação sobre a prestação do serviço.

A LUSP prevê sua aplicação subsidiária aos serviços públicos prestados pelos particulares (artigo 1º, §3º da Lei n. 13.460/17), de modo a alcançar as entidades do terceiro setor prestadoras de serviços públicos nas áreas da educação, saúde e assistência social. Isso porque, como já consignaram estes autores em outra oportunidade, “as parcerias com o terceiro setor podem instrumentalizar, por parte do Poder Público, tanto (i) o exercício de atividade promocional (fomento) de serviços de relevância pública, sob regime privado, quanto (ii) a outorga da exploração de um serviço público social, sob regime de direito público”.¹⁴ Neste segundo caso, resta evidenciada a incidência dos deveres de transparência previstos na Lei dos Usuários dos Serviços Públicos à esfera das entidades do terceiro setor que prestem serviços públicos sociais, em especial nas áreas de educação, saúde e assistência social, que deverão atender às exigências adicionais de transparência acima descritas para com os usuários do serviço. Nesse passo, inexistindo previsão legal ou contratual específica acerca dos deveres de transparência nas parcerias com o terceiro setor que

sendo que sua regulamentação na esfera federal prevê que as compras e contratações pelas OSCs ocorrerão segundo métodos usuais de mercado, conforme previsto em plano de trabalho, com possibilidade de uso do portal de compras disponibilizado pela Administração Pública federal, sempre mediante registro das despesas em plataforma eletrônica (art. 36 e 37 do Decreto n. 8.726/16)

13 Art. 14 do Decreto n. 3.100/99; art. 7º, §1º e art. 10, §3º, I do Decreto n. 6.170/07; art. 51 da Lei n. 13.019/14.

14 MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização*: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 234.

tenham como objeto a prestação de serviços públicos sociais, incidem os deveres de transparência veiculados pela LUSP.

5. Conclusões

O presente artigo teve como finalidade demonstrar a incidência de inúmeros deveres de transparência sobre a esfera jurídica de entidades do terceiro setor que celebram parcerias com o Poder Público. Tais deveres, tímidos nas Leis das Organizações Sociais e das OSCIPs, ganharam enorme relevo na recente Lei n. 13.019/14, que carrega, como visto, obrigações de transparência tanto ao Poder público quanto, principalmente, às entidades privadas parceiras.

A publicidade, acompanhada dos demais princípios do regime jurídico administrativo, deve ser respeitada em todas as etapas de uma parceria com o terceiro setor. Desde a concepção da avença, caso haja interlocução com a sociedade civil, por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS, na fase de seleção da entidade privada parceira, por meio do Chamamento Público, e na fase de execução da avença e de prestação de contas. Se havia dúvidas a respeito do dever de transparência nas entidades do terceiro setor, sobretudo por conta da dúvida da Lei de Acesso à Informação, a vigência da Lei n. 13.019/14 trouxe clareza à questão.

Ao contrário do que se possa pensar, a riqueza normativa, prenhe de dispositivos legais que instituem deveres de transparência diversos, não é dispensável ou excessiva. Isso porque, na experiência administrativa brasileira recente, a mera previsão abstrata do princípio da publicidade, no caput do art. 37 da Constituição, não se demonstrou suficiente para o efetivo respeito ao dever de transparência na Administração Pública e nas parcerias por elas celebradas. O efetivo respeito ao dever de transparência nas parcerias com o terceiro setor, assim, mostra-se ainda dependente da instituição de regras, comandos normativos mais pormenorizados e que instituem deveres expressos e objetivos a serem respeitados.¹⁵

Nesse campo, deve-se ressaltar que a nova Lei n. 13.460/17 – LUSP – estabelece um conjunto de regras dotadas de mandamentos específicos, a serem observadas também pelas entidades do terceiro setor prestadoras de serviços públicos. Nesse passo, tanto as informações acerca do andamento dos serviços quanto a Carta de Serviços ao Usuário devem ser fornecidas ativamente pelas entidades do terceiro setor prestadoras de serviços públicos sociais nas áreas da educação, saúde e assistência social.

Referências

BELEM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse social. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). Parcerias com o terceiro setor: inovações da Lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-222.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 676-2/RJ. Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Velloso. Diário de Justiça da União, 29 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. Diário de Justiça da União, 17 dez. 2015.

¹⁵ Trata-se da distinção entre normas do tipo 'regra' e normas do tipo 'princípio'. Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. Princípios jurídicos e sistema do direito positivo. Artigo. In: *Tuiuti: Ciência e Cultura*, n. 30 / FCJ 04 – Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2002, p. 37-63.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. Princípios jurídicos e sistema do direito positivo. Artigo. In: Tuiuti: Ciência e Cultura, n. 30 / FCJ 04 – Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2002, p. 37-63.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A natureza jurídica do contrato de gestão com as Organizações Sociais e suas repercussões no sistema de controle pelos Tribunais de Contas. *Revista de Contratos Públicos*, n. 3. (mar./ago. 2013). Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 47-72.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AS MUTAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS*¹

JACQUELINE MORAND-DEVILLER²

Sumário: 1. Introdução; 2. A proliferação de fontes do Direito: o peso das fontes normativas; 3. A globalização das fontes do Direito: o peso das normas internacionais; 4. A Constitucionalização do Direito Administrativo; 5. Regulação e contrato: consensualismo e convivialismo; 6. A democracia administrativa participativa;

1. Introdução

O Direito Administrativo, que se construiu de forma lenta e prudente, desde o final do século XIX, não pode escapar das mudanças precipitadas que, ao final do século XX, afetam as relações sociais. Pretende-se aqui traçar em linhas gerais alguns aspectos significativos dessas mutações.

Uma questão preliminar a ser apresentada é saber se o modelo francês de distinção entre um Direito Público e um Direito Privado confiados a *duas ordens de jurisdições independentes* é atingido por esse movimento. A resposta nos parece ser negativa por várias razões.

A primeira é *de ordem teórica*. Assiste-se hoje, seguramente, à forte ascensão de um Direito Público Econômico, renomeado frequentemente de Direito dos Negócios Públicos, o que representa significativamente uma vontade de aproximação aos modos de gestão do Direito Privado e ao pragmatismo do Direito anglo-saxão. Mas assiste-se também, nestes últimos anos, a uma renovação da noção central de interesse público e ao desenvolvimento de grandes princípios fundamentais: a singularidade do Direito Público e sua ética particular em torno do bem comum, da utilidade pública e do interesse público, noções vizinhas, aparece então como uma evidência e uma necessidade.

A segunda razão, *de ordem prática*, é a necessidade de ordenar um Direito cada vez mais complexo, de realizar classificações e de especializar os juízes. A distinção entre duas ordens de jurisdição se encontra de fato em todos os países. Diversos modelos são possíveis: modelo francês de dualismo jurisdicional, modelo anglo-saxão com uma ordem jurisdicional única e modelo alemão misto. Mas essa distinção não pode ser superestimada. Na França, certos litígios concernentes à Administração são confiados ao juiz judiciário^{3NT}. Na Inglaterra, os *administratives courts*

1 * Artigo traduzido do francês ("*Les mutations du droit administratif français*") para o português por Daniel Wunder Hachem (Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal 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).

2 Professeur émérite à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Paris XII. Docteur en Droit Public et Science Politique (Faculté de Droit de Paris). Président de l'Association internationale du droit de l'urbanisme.

3 NT No sistema jurisdicional francês, há uma divisão entre duas ordens de jurisdição, dotadas, cada qual, de compe-

[tribunais administrativos] especializados em litígios administrativos se multiplicaram e no modelo alemão existe também uma jurisdição administrativa suprema especializada, mas que, ao lado de outras jurisdições especializadas, é coroada por uma Corte suprema única. A França possui duas Cortes supremas nacionais: a Corte de Cassação para o Direito Privado e o Conselho de Estado para o Direito Administrativo, além de um Tribunal de Conflitos misto encarregado de resolver os conflitos de competência, que são raros (cerca de trinta por ano). O sistema funciona bem há um século e meio e esse “modelo” de dualismo jurisdicional é o mais difundido na Europa.

Não se pode, portanto, conferir grande importância a algumas vozes isoladas – vindas sobretudo dos juristas do Direito Privado – que se animam a postular a fusão das duas ordens. As mutações do Direito Administrativo francês encontram-se, na realidade, em outros aspectos, e aqui serão ordenadas em torno dos seguintes pontos: a proliferação de fontes do Direito (I), sua globalização (II), a constitucionalização (III), a regulação e o contrato (IV), a democracia administrativa participativa (V).

2. A proliferação de fontes do Direito: o peso das fontes normativas

- **A jurisprudência criativa do Conselho de Estado:** Uma das características do Direito Administrativo francês foi durante muito tempo sua *origem pretoriana* e a importância da jurisprudência do Conselho de Estado – e às vezes a do Tribunal de Conflitos – no estabelecimento dos grandes princípios desse ramo jurídico. Tal como a amplamente conhecida indagação “quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha?”, não se sabe dizer se é a existência de uma jurisdição administrativa autônoma que está na origem do Direito Administrativo ou se é o inverso. E, sem evidência de falsa modéstia, há que se reconhecer que a construção paciente à qual se dedicou o Conselho de Estado francês ao longo de todo o século XX consiste em uma fonte de criatividade – ele prefere referir-se a “revelação” – notável.

É preciso recordar a peculiar constituição do Conselho de Estado, que o torna um dos entes mais *prestigiosos e importantes* no seio das instituições públicas francesas. Criação de Napoleão, ele aparecia na Constituição do ano VIII (1799) somente como *conselheiro do governo*, um papel que ele continua desempenhando e que lhe imprime sua originalidade em face dos Conselhos de Estado dos outros países. Sua função consultiva é exercida de maneira ora obrigatória (todos os projetos de leis e de *ordonnances*^{4NT} e os principais projetos de decretos), ora facultativa, de sorte que ele está associado a toda a vida política do país (2.000 a 2.500 pareceres são emitidos por ano). Pelo fato de ter sabido conservar uma independência e uma superioridade incontestáveis, ele

tências próprias: a jurisdição administrativa, competente para julgar os litígios sobre Direito Administrativo, e a jurisdição comum ou ordinária, competente para julgar as lides que envolvem o Direito Privado. Quando a autora alude a “juiz judiciário” ao longo do texto, está se referindo ao magistrado que integra a jurisdição comum ou ordinária.

4 ^{NT} A figura da *ordonnance* no Direito Constitucional francês representa um ato legislativo do Poder Executivo, por meio do qual se exerce função normativa primária a respeito de matérias situadas no domínio reservado à lei, derivando de um processo legislativo delegado. Está prevista no artigo 38 da Constituição francesa de 1958, atualmente em vigor, que assim dispõe: “O Governo pode, para a execução de seu programa, solicitar ao Parlamento autorização para, por meio de ‘*ordonnances*’, durante um prazo limitado, adotar medidas que são normalmente situadas no domínio da lei. As *ordonnances* são adotadas pelo Conselho de ministros após emissão de parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor na data da sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não for apresentado perante o Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Elas só podem ser ratificadas de maneira expressa. Após a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as *ordonnances* só podem ser modificadas pela lei, quando tratarem de matérias que pertencem ao domínio legislativo.”

é geralmente respeitado e a neutralidade dos pareceres do seu corpo de grandes conhecedores do Direito e de “sábios” reforça a sua influência. Isso explica a longevidade e a sobrevivência do Conselho de Estado. Ele sempre se reergueu das crises que não deixaram de atingi-lo nos momentos de mudanças de regime e o campo de suas atribuições consultivas não parou de crescer, notadamente no que diz respeito às normativas europeias. Desde a reforma constitucional de 2008, o Parlamento passou a poder consultar o Conselho de Estado sobre as propostas legislativas.

O Conselho de Estado é conhecido principalmente como o *juiz supremo do contencioso administrativo*, mas essa função só lhe foi atribuída após um século de sua criação, em 1872, quando ele se tornou um órgão jurisdicional autônomo (até então a justiça era “retida” pelo governo). O princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias estabelecido em 1790 manifestava uma desconfiança em relação aos juízes e uma confiança no governo para a defesa do interesse público. Na Inglaterra, a tradição é contrária: desconfiança em relação ao Poder Executivo e confiança no que diz respeito aos juízes.

Foi necessário aguardar ainda um século, com as célebres decisões do Conselho Constitucional de 1980 e 1987, para que o seu papel de órgão jurisdicional fosse *constitucionalizado*: anteriormente uma simples lei poderia ter acabado com a sua existência, enquanto que a proteção constitucional de sua missão de conselheiro já estava garantida havia dois séculos.

Desde a consagração de sua autonomia como órgão jurisdicional os primeiros “grandes julgados” foram proferidos. Trata-se da “era de ouro” do Direito Administrativo e da promoção do “serviço público à francesa”, conceito geral e também instrumento estratégico para ampliar sua esfera de competência em detrimento do domínio de atuação do juiz judiciário. O Conselho de Estado sempre buscou ultrapassar a dimensão de técnica jurídica e a especificidade dos casos particulares, construindo uma ordem jurídica fundada sobre grandes princípios norteadores: uma de suas criações mais notáveis é a de « *princípios gerais do Direito* ».

- A explosão de fontes normativas: A importância da jurisprudência do Conselho de Estado entre as fontes do Direito não é mais tão forte quanto antigamente. Como se verá mais adiante, a concorrência com outras jurisdições supremas é dura e sobretudo pelo fato de tais fontes terem se tornado cada vez mais normativas. A França, como a maior parte dos países, sofre uma *inflação legislativa e regulamentar* crescente, fenômeno recorrente que se acelerou nos últimos anos (aumento, em 30 anos, de 35% do número anual de leis e de 25% do número de decretos).

A esse crescimento de documentos normativos se adiciona a mediocridade de sua redação, marcada por excessiva extensão, complexidades e obscuridades, suscitando o problema da segurança jurídica e da igualdade de acesso ao Direito. Aos princípios da *acessibilidade e da inteligibilidade do Direito* já se reconheceu hierarquia constitucional, mas seu respeito é dificilmente assegurado. O papel de censor vigilante desempenhado pelo Conselho de Estado na elaboração de um Direito famoso por sua qualidade de redação se enfraquece. Os projetos de lei ou de decreto que suas comissões consultivas tornam claros e coerentes perdem logo em seguida toda sua legibilidade por conta de emendas parlamentares cada vez mais numerosas e desordenadas.

Em relação ao contencioso, a qualidade redacional de suas decisões sofre também os efeitos dessa explosão textual. A grande arte dos acórdãos do Conselho de Estado francês era sua *estética*: laconismo, senso de refinamento, arte da concisão, palavras cuidadosamente selecionadas (vide a importância do “notadamente”). Um “considerando” de algumas linhas onde o essencial estava escrito com firmeza, deixando aberturas às evoluções futuras. Atualmente, os

acórdãos devem levar em conta a proliferação desordenada de textos postos a serviço dos meios que os partidos têm prazer de multiplicar e as decisões se tornam prolixas, técnicas. A globalização das fontes do Direito complica ainda mais as coisas.

3. A globalização das fontes do Direito: o peso das normas internacionais

- **O peso das fontes internacionais:** Em numerosos países o fenômeno da globalização e da mundialização afeta a elaboração, o conteúdo e a aplicação das fontes do Direito.

A Constituição francesa de 1958 (art. 55) dispõe que os tratados regularmente ratificados ostentam desde a sua publicação uma autoridade superior à das leis. A *legalidade internacional* ocupa portanto um lugar crescente no âmbito do Direito Administrativo francês. Entre as fontes internacionais da legalidade, o Direito Comunitário (os 27 países membros da União Europeia) e o Direito Europeu (os 45 países do Conselho da Europa) desfrutam de uma posição predominante.

O *Direito Comunitário* é composto por dois estratos : os *tratados originários*, consistentes naqueles que ligam os Estados membros da União europeia – Tratados de Paris e Roma (1957), Ato Único (1987), Tratado de Maastricht (1992), Tratado de Amsterdã (1997); as *decisões jurisprudenciais da Corte de Justiça das Comunidades Europeias* (CJCE), situada em Luxembourg ; e o “*Direito derivado*”, composto pelos atos praticados pelas instituições comunitárias: Comissão e Conselho de Ministros, em especial. Além dos pareceres e recomendações, as principais fontes do Direito Comunitário são os *regulamentos* e as *diretivas*.

Os *regulamentos* produzem um *efeito direto* em cada Estado da União Europeia. Eles são obrigatórios “em todos os seus elementos”. Assim, na França, os requerentes podem, por meio de um recurso de anulação contra uma decisão da Administração francesa, invocar as disposições de um regulamento comunitário. Por outro lado, as *diretivas* limitam-se a fixar os *objetivos* e deixam aos Estados a escolha dos meios para atingi-los. A extensão do Direito Comunitário derivado entre as fontes do Direito tornou-se considerável, chegando a 80% das fontes normativas em algumas áreas.

- **O controle de convencionalidade :** Esse reconhecimento da submissão da lei ao tratado teve como consequência a atribuição, ao juiz administrativo, de um papel maior no *controle da convencionalidade da lei*. Doravante, por ocasião de um recurso interposto contra um ato administrativo, ele deverá controlar a compatibilidade da lei com base na qual o ato foi praticado com as normas internacionais. Ele verificará especialmente se a lei respeitou uma diretiva ou um regulamento comunitário.

Essa missão é exercida pelos juízes ordinários da ordem judiciária privada ou da ordem jurisdicional administrativa, porque o Conselho Constitucional, em uma decisão de 1975, recusou-se a desempenhá-la, considerando que a sua função restringe-se ao controle de constitucionalidade (respeito da lei à Constituição) e não se estende ao controle de convencionalidade (respeito da lei a uma convenção internacional).

A missão de assegurar o *respeito às normas internacionais* recai, pois, sobre o juiz administrativo e o juiz judiciário. O juiz administrativo não pode controlar a conformidade da lei com a Constituição, mas deve controlar a *conformidade da lei com as convenções internacionais* para daí extrair suas conclusões quanto à legalidade do ato administrativo. O controle de *convencionalidade*

da lei pelo Conselho de Estado se exerce também levando em consideração a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

O Conselho de Estado e a Corte de Cassação desempenham, portanto, um papel determinante para rememorar o governo e o Parlamento sobre suas obrigações no âmbito do Direito Internacional e Comunitário. E um dos grandes problemas atualmente é o de colocar em ordem as diferentes disposições diante de *conflitos de normas inevitáveis*, pois pode ocorrer que, em um mesmo caso, quatro textos estejam em confronto: a Constituição, um acordo internacional, uma lei e um regulamento. A questão não é saber qual deles irá prevalecer e em qual ordem, mas sim conseguir harmonizá-los, eis que vários juízes gozam de competência para fazê-lo.

4. A Constitucionalização do Direito Administrativo

- **A Constituição, norma suprema?** Em um artigo célebre dedicado às “*Bases constitucionais do Direito Administrativo*”⁵, Georges Vedel, recordando que o juiz administrativo em geral não precisa remontar até as fontes constitucionais para verificar a legalidade de um ato administrativo, porque recorrer à lei seria suficiente, sublinhava que em certas hipóteses a confrontação direta com o texto constitucional era necessária. Em um momento em que isso ainda não era evidente, ele afirmou que a Constituição possuía valor superior às convenções internacionais.

Como norma suprema, a *Constituição* se impõe de maneira imediata tanto às autoridades administrativas como ao legislador. Por conseguinte, embora se recuse a controlar a conformidade de uma lei com a Constituição, função reservada ao Conselho Constitucional, o juiz administrativo censura os atos administrativos praticados em contrariedade a uma regra constitucional cuja eficácia é por ele apreciada.

- **O lento surgimento de um juiz constitucional:** A constitucionalização do Direito foi bastante reforçada nos últimos anos por decorrência da jurisprudência do Conselho Constitucional. Criado pela Constituição de 1958, ele somente começa a exercer um papel importante em 1971, quando ele se reconhece competente para examinar a conformidade da lei com o Preâmbulo da Constituição, vale dizer, com os grandes princípios fundamentais.

O Preâmbulo contém três componentes distintos: a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 – os “*direitos de*”; o Preâmbulo da Constituição de 1946 sobre os direitos econômicos e sociais – os “*direitos a*”; e a Carta do Meio-Ambiente de 2005, “*direitos para*”. A ampliação da legitimação ativa para encaminhar leis para a apreciação do Conselho (para 60 parlamentares)^{6NT} reforçou seu papel, mas o controle se limitava a um exame *a priori*, realizado antes da aprovação definitiva da lei.

- **A questão prioritária de constitucionalidade (QPC) :** O novo artigo 61-1, decorrente da *revisão constitucional* operada em 23 de julho de 2008 (trata-se da 24ª revisão do texto de 1958), introduziu, finalmente, um controle *a posteriori* que amplia consideravelmente o papel desempe-

5 VEDEL, Georges. Les bases constitutionnelles du droit administratif. Études et Documents du Conseil d'État, n. 8, p. 21-53, 1954.

6 NT A autora refere-se aqui à alteração promovida pela revisão constitucional de 1974 na redação do artigo 60 da Constituição francesa de 1958. Enquanto a redação original do artigo previa que o encaminhamento das leis ordinárias ao controle de constitucionalidade prévio do Conselho Constitucional poderia ser realizado somente pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional ou pelo Presidente do Senado, a nova redação acrescentou, como legitimados para tanto, 60 deputados ou 60 senadores.

nhado pelo Conselho Constitucional. Não se chegou a instaurar uma exceção de ilegalidade, mas o procedimento original permite estabelecer uma colaboração entre as três jurisdições supremas.

Ela ocorre em *três etapas*. A primeira é a das *jurisdições de primeira instância*, juiz administrativo ou juiz judiciário que, se forem instados por um cidadão, devem verificar se “*a questão não é desprovida de caráter sério*”. Trata-se de um exame certamente sumário, mas que constitui um verdadeiro controle de constitucionalidade. É um primeiro “filtro”.

Essa decisão pode ser objeto de recurso interposto perante a *jurisdição suprema* da ordem jurisdicional que estiver em questão: Corte de Cassação no caso da jurisdição ordinária e Conselho de Estado no caso da jurisdição administrativa, os quais possuem, cada qual, competência exclusiva para remeter ou não o caso ao Conselho Constitucional, devendo verificar se “*a disposição contestada suscita uma questão nova ou uma dificuldade séria*”. É o segundo “filtro”.

E finalmente, na terceira etapa, o *Conselho Constitucional*, provocado pelo Conselho de Estado (ou pela Corte de Cassação), pronuncia-se sobre a constitucionalidade da disposição legislativa. Cuida-se de um controle de conformidade e não de simples compatibilidade. A lei não é somente descartada naquele caso concreto, ela desaparece do ordenamento jurídico.

Essa importante reforma foi implementada sem dificuldade. Desde o primeiro ano de sua aprovação, mais de 2000 Questões Prioritárias de Constitucionalidade foram apresentadas perante os juízes de primeira e segunda instâncias. O Conselho de Estado e a Corte de Cassação preferiram 527 decisões : 124 de envio ao Conselho Constitucional e 403 de não-envio. O Conselho Constitucional reconheceu a conformidade da lei com a Constituição em 56% dos casos, constatou a não-conformidade (total, parcial ou com reserva) em 34% deles, e negou a admissibilidade da medida em 10% dos casos.

- **Os meandros do “diálogo dos juízes”**: Durante muito tempo, a jurisprudência do Conselho do Estado não sofria qualquer “concorrência”. Já não é mais assim, constatando-se atualmente a necessidade de harmonizar as jurisprudências das jurisdições que, embora *supremas*, *não são soberanas*, resguardando cada uma delas sua liberdade de interpretação. Há a autoridade da *coisa julgada*, mas não da *coisa interpretada*.

Na França, a dualidade Conselho de Estado–Corte de Cassação é hodiernamente acompanhada de uma confrontação com outras jurisdições supremas : de um lado, o Conselho Constitucional ; de outro, as jurisdições europeias : Corte de Justiça das Comunidades Europeias (sediada em Luxemburgo) e Corte Europeia dos Direitos do Homem (situada em Strasburgo), bem como, de maneira mais excepcional, as jurisdições internacionais.

Sendo o “*ofício do juiz*” o de assegurar a equidade e a segurança jurídica, ele deve controlar os riscos de divergências entre as jurisprudências. Mas esse “coro de muitas vozes” pode tornar-se uma força criadora. As situações de divergência são estimulantes para o progresso do Direito, e com o tempo os conflitos jurídicos, entre especialistas geralmente sábios e cortesões, apaziguam-se, logrando-se uma harmonização e a unificação enriquecedora das contribuições de cada uma das jurisdições.

5. Regulação e contrato: consensualismo e convivialismo

- **O “tudo contratual”**: O fenômeno da contratualização é um dos aspectos mais significativos do pós-modernismo jurídico. Instrumento do Direito Privado, o contrato tornou-se uma figura

da qual o Direito Público se apropriou. Esse livre acordo de vontades se presume apto a regular harmoniosamente as relações econômicas, sociais e políticas : o contrato social de Rousseau, o pacto federativo de Proudhon, economias planificadas e parcerias econômicas. A *boa governança* se desviaria das decisões autoritárias para desenvolver relações consensuais, uma adesão voluntária nascida da negociação. Ela optaria, tanto quanto possível, mais pelo “fazer fazer” do que pelo “fazer”, o que favorizaria o “fazer melhor” sem recair no “deixar fazer” [*laissez faire*].

O emprego do contrato ocorre nos setores mais diversos, tanto nos mais tradicionais – aquisições públicas e delegação de serviços públicos, contratos de uso de bem público, contratos de seleção de agentes públicos – quanto nos mais novos – contratos de relações de trabalho, de ação sanitária, de ação social, no domínio econômico e fiscal, em matéria educacional e mais recentemente em matéria ambiental.

Eles intervêm mais frequentemente entre a Administração e as pessoas privadas, mas os *contratos entre pessoas públicas* são também bastante desenvolvidos: contratos entre o Estado e as coletividades territoriais^{7NT} (*contrats de ville*^{8NT}, contratos locais de segurança e de prevenção contra o crime, *contrats de pays*^{9NT}) e uma gama cada vez maior de contratos entre as coletividades territoriais, que constituem um emaranhado de convenções, por vezes difíceis de desembaraçar.

Nos dias atuais, o recurso à formula contratual está “na moda”. O “tudo contrato” é compreendido como uma maneira consensual de administrar em parceria e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as próprias pessoas públicas. As relações são mais consentidas do que prescritas. Elas estão ligadas mais em rede do que de maneira piramidal. É uma abordagem pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, pela regulação e pela negociação.

O contrato permanece ainda como uma *fonte subsidiária* do Direito Administrativo e ele é

7 NT As *collectivités territoriales* consistem em divisões administrativas do Estado francês, dotadas de personalidade jurídica própria, competências administrativas específicas e liberdade de administração. A Constituição de 1958 as define em seu artigo 72, alínea 1, da seguinte forma: “As coletividades territoriais da República são as comunas, os departamentos, as regiões, as coletividades com estatuto especial e as coletividades ultramarinas regidas pelo artigo 74”, estabelecendo, ainda, que “Qualquer outra coletividade territorial será criada pela lei”. Na alínea 3 do mesmo artigo, a Constituição prevê que “Nos termos previstos pela lei, tais coletividades se administram livremente pelos conselhos eleitos e dispõem de um poder regulamentar para o exercício de suas competências”.

8 NT Os *contrats de ville* foram definidos por uma circular de 31 de dezembro de 1998 do então Primeiro Ministro Lionel Jospin como o instrumento “pelo qual o Estado, as coletividades locais e seus parceiros se comprometem a implementar, de modo concertado, políticas regionalizadas de desenvolvimento solidário e renovação urbana, visando a lutar contra os processos de desvalorização de certas áreas das cidades”. Tal definição objetivava explicar o veículo por meio do qual, até o ano de 2006, visava-se a realização de projetos urbanos, com o escopo de intervir no meio-ambiente, na educação, dos transportes, na segurança, na cultura, nos serviços sociais, entre outras áreas. Para o período de 2007-2013, o governo francês passou a adotar a figura do contrato urbano de coesão social (*contrat urbain de cohésion sociale*).

9 NT Um *pays* é composto por comunas ou agrupamentos de comunas dotadas de coesão geográfica, econômica, cultural e social, sendo constituído por força da vontade local para a promoção do desenvolvimento regional. Essa noção foi introduzida pela Lei nº 95-115 de 4 de fevereiro de 1995, que disciplinou o ordenamento do território e o desenvolvimento regional, posteriormente modificada pela Lei nº 99-533 de 25 de junho de 1999. Para determinar a sua estratégia de desenvolvimento, o *pays*: (i) edita uma Carta (*Charte de pays*), estabelecendo suas metas, objetivos, e orientações fundamentais; (ii) constitui um Conselho de desenvolvimento (*Conseil de développement*), que reflete sobre a política de desenvolvimento do território, emite pareceres, apresenta propostas e acompanha os projetos; (iii) celebra um contrato (*contrat de pays*) com a Aglomeração, o Departamento, a Região ou com o Estado francês, a fim de cumprir os seus objetivos de desenvolvimento.

excluído do exercício de funções de soberania, em que somente os atos unilaterais são concebíveis: exercício do poder regulamentar, da polícia administrativa... São casos em que o unilateral não pode ser substituído nem completado pelo bilateral.

- **Pós-pós-modernismo – Convivialismo:** Contemporaneamente, o pós-modernismo parece ter envelhecido e é estimulante refletir sobre aquele que poderia se tornar um pós-pós-modernismo e um novo modo de organização social. O consensualismo se desabrocharia em um *convivialismo*, vale dizer, um novo contrato social no qual a participação dos cidadãos – que ao se comprometerem por todos comprometem-se também por eles mesmos – será mais efetivo.

Um novo princípio legitimaria as fontes do Direito: o da *solidariedade*. Por aqui e acolá ao redor do mundo se perguntam os economistas, os filósofos, sobre a necessidade de romper com a onipresença da ideologia de mercado a fim de promover outros valores, sociais, humanos, culturais. Eles questionam o utilitarismo e o preceito radical segundo o qual a “mão invisível do mercado” (Adam Smith) resolve tudo. Ganhadores do Prêmio Nobel, tal como Amartya Sen, buscam outros indicadores de crescimento para além do PIB e chega-se até a estudar a gratuidade como uma riqueza. Os juristas são demasiadamente alheios a esses debates que, no entanto, lhes dizem respeito diretamente, pois compete ao Direito fornecer as novas ferramentas aptas a fazer progredir esse caminho à convivialidade. Os progressos já existem e estão inseridos nos textos, mas sua implementação deve se tornar mais efetiva. Trata-se do advento de uma democracia administrativa participativa.

6. A democracia administrativa participativa

- **De “administrado” a “cidadão”:** Quais procedimentos e quais métodos devem ser adotados para responder às exigências de uma “boa administração”? As reflexões foram muito tempo focadas no *administrador* e em sua maneira de se comportar, e, no século passado, o modelo de Max Weber, fundado na racionalidade, na ordem e na hierarquia parecia apto a responder essas preocupações. A reflexão tomou nesses últimos anos outra dimensão. Não se trata mais apenas do comportamento dos administradores públicos, mas sim, sobretudo, do *comportamento dos administrados*. Também não se trata mais de cuidar da organização das “estruturas administrativas”, mas sim de responder à reivindicação da sociedade civil que reclama seu direito de participar da tomada de decisões que lhe dizem respeito. Cuida-se, ainda, de um objetivo de eficácia e de uma cultura do resultado, mas a partir de métodos e de procedimentos transfigurados por uma exigência superior: a da *democracia*.

E essa reivindicação dos administrados de não ser mais somente os *objetos* da ação administrativa, mas sim *sujeitos* plenos, *cidadãos*, teve por consequência o surgimento de uma forma original de democracia: a *democracia participativa*, conhecida também como *democracia deliberativa* – há poucas diferenças.

- **A Administração transparente :** Grandes progressos foram realizados no que concerne ao direito dos cidadãos de obter da Administração – e sem ter que solicitá-las – informações sobre decisões que lhes afetam. As leis de julho de 1978 e 1979 trouxeram os primeiros golpes nas muralhas da fortaleza administrativa e na sua tradição de sigilo: de um lado, a *comunicação dos documentos administrativos* se torna um direito que uma autoridade administrativa independente, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), se encarrega de fazer respeitar ; de

outro lado, a *motivação* da maior parte dos atos da Administração é erigida à condição de princípio, contrariamente ao antigo princípio “*pas de motivation sans texte*”^{10NT}.

O *direito à transparência e à informação* dos cidadãos é reconhecido, e não cessará de expandir suas fronteiras (ver artigos 1º e 10 do Tratado da União Europeia – consagração suprema). Desde 2005, tal direito foi constitucionalizado no artigo 7 da *Carta do Meio-Ambiente*: “*Toda pessoa tem o direito, nas condições e nos limites definidos pela lei, de ter acesso às informações relativas ao meio-ambiente detidas pelas autoridades públicas (...)*”.

As consequências da recusa ou da insuficiência da informação ensejam a *responsabilidade por ato ilícito da Administração* com repercussões financeiras geralmente graves, notadamente nos grandes processos sobre a segurança ambiental e sanitária. Os numerosos processos em curso sobre as consequências dramáticas da utilização do *amianto*, material amplamente empregado nas construções públicas e privadas, fundam-se na ausência de informação sobre os riscos graves para a saúde que relatórios científicos vieram a revelar anos depois. O desconhecimento dos princípios da prevenção e da precaução, aqui difíceis de distinguir, é sancionado.

- **A Administração dialógica:** O segundo grau da democracia participativa é o do diálogo, isto é, a organização facultativa ou obrigatória de um *debate aberto aos cidadãos*, antes da tomada de decisão. O que deve vir primeiro é, evidentemente, a informação : como debater proveitosamente sem ser anteriormente informado sobre todos os aspectos de um projeto? O diálogo se abre amplamente à sociedade civil e dispõe de uma grande liberdade em sua organização. Ele se distingue da *consulta*, que é limitada a um grupo restrito de especialistas, de profissionais ou de grupos de interesses, e que é institucionalizada.

As práticas das instituições da União Europeia são um ótimo espaço para o diálogo: assim é que Comissão Europeia encontra-se obrigada a submeter suas proposições a um amplo debate de ideias que são registradas em um “Livro verde” e a apresentar diversas opções possíveis que são reunidas em um “Livro branco”.

Na França, certos procedimentos facilitam o espaço para o diálogo : *pesquisa pública chamada “democratizada”* quando um projeto é suscetível de prejudicar o meio ambiente, *Comissão nacional do debate público*, qualificada como autoridade administrativa independente, diálogo obrigatório no âmbito das comunas antes de qualquer operação de planejamento.

Um procedimento de diálogo frequentemente citada como modelo é o do vasto debate destinado à adoção de uma *Carta do Meio-Ambiente* e de grandes leis ambientais, as quais foram introduzidas em 3 de agosto de 2009 (Lei Grenelle I) e em 12 de julho de 2010 (Lei Grenelle II). O debate se desenrolou entre julho e dezembro de 2007 e consagrou a ideia de uma “*governança a cinco*”: Estado, coletividades territoriais, empresas, associações e organizações não governamentais. Os cinco setores dialogaram no âmbito de 6 grupos de trabalho temáticos, em fóruns, discussões e negociações ao longo de todo o território e 34 comitês foram enfim encarregados de formalizar as proposições que foram submetidas ao Parlamento.

Deve-se também fazer referência aos novos procedimentos de consulta chamados “*de consenso*”: as “*conferências de cidadãos*”, que reúnem uma amostra representativa da população e de especialistas para debater sobre temas sensíveis. Foi o que ocorreu, em 1998, em relação aos

10 NT O princípio “*pas de motivation sans texte*” significava que não precisaria haver motivação dos atos administrativos sem que houvesse uma exigência normativa explícita que a determinasse. De tal modo, a regra geral seria a da desnecessidade de motivação, salvo nos casos expressamente previstos textualmente em uma disposição normativa.

organismos geneticamente modificados, em 2006 em matéria de nanotecnologias e em 2009 para a revisão das leis sobre a bioética. Ainda mais inovadoras são as “*conferências abertas*”, envolvendo novas tecnologias e sua retroatividade: a lei de 17 de maio de 2011, trazendo a simplificação e o melhoramento do Direito, previu que as conferências organizadas na Internet podem ser substituídas, se a Administração assim decidir, por consultas obrigatórias.

O problema suscitado pelos procedimentos de diálogo é o de saber como fazer para que as observações e as conclusões desses debates sejam levadas em consideração pela decisão que será tomada. Passa-se então ao grau superior da democracia participativa: o procedimento de participação.

- **A Administração participativa** : Trata-se, como já se disse, do grau superior da Administração deliberativa, porque estabelece procedimentos que permitem a *consideração efetiva*, pelas autoridades públicas, das críticas e proposições feitas no curso do diálogo. Sua progressão é lenta, mas os avanços, ainda modestos, são promissores.

O princípio da participação foi recentemente constitucionalizado no artigo 7 da *Carta do Meio-Ambiente*. Sem dúvida a fórmula continua muito genérica e limitada ao meio-ambiente, mas é inequívoca quanto ao direito de cada cidadão: “*Toda pessoa tem o direito (...) de participar da elaboração das decisões públicas que possuam uma incidência sobre o meio-ambiente*”.

Além disso, um texto importante que diz respeito também ao direito ao meio-ambiente, seguramente veiculador de muitas inovações, a *Convenção de Aarhus*, firmada em 25 de junho de 1998 na Dinamarca e que versa sobre “o acesso à informação, a participação do público no processo decisório e o acesso à justiça em matéria de meio-ambiente”, impõe em seu artigo 7 a participação do público no que concerne aos planos, programas e políticas relativos ao meio-ambiente, e em seu artigo 8 prevê a promoção da “*participação efetiva do público em uma etapa apropriada – e enquanto as opções estejam ainda em aberto – durante o período de elaboração das disposições regulamentares e outras regras juridicamente vinculativas*”. Os detalhamentos são fornecidos pela lei de 12 de julho de 2010.

Os progressos da democracia participativa na França poderiam se inspirar em certos *modelos estrangeiros*: agências especializadas, *notices and comments*, *facilitators* nos Estados Unidos; estudos de impacto com obrigação de levar em consideração as críticas e de explicar as escolhas no Canadá, Conselhos de sábios na Suécia...

Todas as Administrações do mundo se encontram hoje confrontadas com a necessidade de conciliar dois movimentos contrários : a globalização e a mundialização dos problemas de um lado, e a multiplicidade e a dispersão dos centros de poder e de informação de outro lado. Os velhos princípios de verticalidade e de hierarquia na organização dos Poderes são complementados pelos de horizontalidade e de rede. A pirâmide de Kelsen ainda continua de pé, mas, tal como o gigante Gulliver, ela é inserida em uma infinidade de conexões complexas.

O Direito Administrativo francês se encontra em uma fase de profunda mutação. Uma das mais interessantes é a nova abordagem do engajamento cívico que coloca em pé de igualdade os direitos e os deveres. O administrado, promovido a cidadão, ao lado de seus novos direitos tem também novos deveres : o de se informar, o de discutir, o de questionar e o de participar. A “boa administração” exige certamente bons administradores, mas também – e sobretudo – bons cidadãos.

REGIMEN JURÍDICO DE LAS NULIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO Y SUS EFECTOS

JAIME A. VILLACRESES VALLE¹

Sumário: 1. Introducción; 2. Nulidad en actos administrativos; 2.1 Causas de nulidad del acto administrativo; 2.2 Declaración de nulidad del acto administrativo; 2.3 Efectos de la declaratoria de nulidad; 2.4 ¿Los ciudadanos deben cumplir con un acto administrativo nulo? ¿Qué deben hacer los servidores públicos que reciban un acto administrativo nulo?; 2.5 ¿Los actos administrativos nulos afectan a los actos posteriores realizados como consecuencia del acto nulo?; 3. La anulación; 4. Conclusiones.

1. Introdução

El Derecho Administrativo ecuatoriano está pasando cambios importantes en su normativa principal; así pues, hasta hace unos pocos años, la única norma que regulaba la actividad administrativa de manera general, como las instituciones clásicas del Derecho Administrativo, el desarrollo del procedimiento, el régimen jurídico de las nulidades, el ejercicio de la potestad sancionadora, la responsabilidad patrimonial del Estado, entre otras, era el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) que es un reglamento autónomo que se publicó mediante Decreto Ejecutivo No. 2428, incluido en el Registro Oficial No. 536 18 de marzo de 2002. Dicha norma era muy criticada por no tener el rango de ley, lo cual ocasionaba que no sea tomada en cuenta por las instituciones públicas.

Posteriormente mediante Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010, se publicó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), norma que regula la actividad administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados locales, pero también sirvió para actualizar a las instituciones del Derecho Administrativo y su procedimiento pero únicamente para los órganos administrativos de los gobiernos locales.

A pesar de aquello, los procedimientos administrativos en el Ecuador, y me refiero a la forma de sustanciación, no están definidos de manera uniforme, ya que cada ley de cada materia, y con

1 Profesor de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo en la Universidad de las Américas (UDLA). Candidato Doctoral en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España. Especialista Superior y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Experto en Derecho Administrativo, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Abogado por la Universidad de las Américas (UDLA). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Miembro del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Directorio del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS). Asesor de uno de los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

la gran cantidad de reglamentos existentes, hacen que cada institución pública tenga su propio procedimiento y régimen jurídico administrativo, lo cual es un caos y trae muchos problemas a los ciudadanos que acuden con sus trámites.

Para solucionar esto, en la actualidad se discute en la Asamblea Nacional un proyecto de Código Orgánico Administrativo (COA), mismo que se encuentra listo para segundo debate y que tiene como fin establecer un procedimiento administrativo común y regular la actividad administrativa de los órganos del sector público.

Este proyecto de ley -que seguramente será aprobado en los siguientes meses, nos servirá para realizar el estudio de la teoría de las nulidades administrativas en actos y contratos, y sus efectos en el Ecuador.

Es importante señalar que la teoría de las nulidades administrativas se aparta de los criterios aplicables al Derecho Civil en razón de que, la actividad de la Administración Pública es regulada por el Derecho Público, con consecuencias evidentemente distintas a las señaladas en el Derecho Privado, al no ser gobernadas las relaciones administrativas por el principio de autonomía de la voluntad.² La nulidad que tiene como consecuencia también en la invalidez de las actuaciones administrativas, deviene por el incumplimiento o desviación del ordenamiento jurídico.

Como sustento de lo dicho, basta comparar y reflexionar sobre mandatos constitucionales; por una parte, dentro de los derechos de libertad encontramos el artículo 66, numeral 29, literal d) que dispone lo siguiente:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

29. Los derechos de libertad también incluyen: (...)

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”

La otra, que contiene al principio de legalidad (juridicidad), pilar fundamental del Derecho Administrativo, en el artículo 226 constitucional que dispone que:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

De las normas referidas, vemos como en el Derecho Privado se puede hacer todo lo que la ley no prohíba y en el Derecho Público, los órganos administrativos solo pueden hacer lo que la Constitución y la ley lo permita.

El artículo 11 numerales 3 y 9 de la Constitución de la República disponen que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. En este sentido, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier

2 Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 219.

servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

La juridicidad y el respeto a los derechos de las personas constituyen entonces el punto de partida para el estudio de la teoría de las nulidades y sus efectos.

A continuación, se analizarán las causas de nulidad de actos y contratos administrativos, sus efectos y la institución de la anulabilidad.

2. Nulidad en actos administrativos

Al hablar de la teoría de la nulidad, nos referimos a los vicios que afectan la validez del acto administrativo. La doctrina señala que esos vicios se agrupan en dos categorías: La nulidad y la anulabilidad³. En este primer punto me referiré a la categoría de la nulidad de pleno derecho y posteriormente analizaré a la anulabilidad.

Autorizada doctrina sostiene que un acto o negocio jurídico es nulo, con *nulidad absoluta o de pleno derecho*, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez e ineficacia comporta una serie de consecuencias características: ineficacia inmediata, *ipso iure*, del acto, carácter general o *erga omnes* de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por conformación o prescripción.⁴

En este punto es importante considerar el criterio establecido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia cuando señaló que:

“Al respecto bien vale señalar que todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, pues conforme al principio elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las instituciones del Estado, sus organismo y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, **por lo que en consecuencia cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y en consecuencia de nulidad absoluta**. Siendo la ley el único origen de los actos administrativos, los autores están de acuerdo en que por más que existieran elementos discrecionales en cualquier acto, siempre en él se ha de encontrar por lo menos cuatro elementos reglados, los cuales son: ‘(...) la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya lo sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y -dentro de éste- aun órgano determinado y no a cualquiera, y, por último el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso, tendrá que ser necesariamente una finalidad pública’. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, ‘Curso de Derecho Administrativo’, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 446). Además de estos cuatro elementos reglados que constarán en todo acto administrativo, en cada caso puede

3 Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p.523.

4 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Décimo Sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 660.

haber muchos otros según sea mayor o menor el nivel de legislación que para cada caso establezca el derecho positivo.”⁵.

De lo citado podemos advertir que un acto administrativo que ha sido emitido sin fundamento en el ordenamiento jurídico, será considerado nulo de pleno derecho, ya que para ser válido deberá ser fruto del ejercicio de una potestad y competencia debidamente establecidas y limitadas (competencia en razón de la materia, territorio, grado y tiempo) y debe ser emitido para cumplir el fin público legalmente establecido. **El acto administrativo entonces, deberá sujetarse a la juridicidad. De ahí la frase de VEDEL que no hay Derecho menos formalista que el Derecho Administrativo**⁶.

El proyecto de COA establece en su artículo 96 que es válido todo acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente.

En el artículo 91 se establecen los requisitos de validez del acto administrativo que son la competencia, el objeto, la voluntad, forma y motivación.

1.1 - Causas de nulidad del acto administrativo

En principio, imaginamos que las principales causas de nulidad serían la falta de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo.

La doctrina señala que la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos queda re-ferida a los supuestos más graves de infracción del ordenamiento jurídico⁷, por eso es que tienen que ser taxativamente mencionadas dichas causas en la ley.

A continuación, analizaremos las causas de nulidad de los actos administrativos que ha incluido el proyecto de Código Orgánico Administrativo:

Conforme el artículo 97 del COA, es nulo el acto administrativo que:

- Sea contrario a la Constitución y a la ley

Por ejemplo, el requisito de la motivación establecido en el artículo 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República⁸ que obliga a los funcionarios públicos al momento de dictar un acto administrativo deben enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Es decir, se debe explicar al ciudadano por qué, cuáles son las razones y cómo tomó esa decisión la autoridad pública, y no escogió otra.

En este punto también cabe incluir, aunque no se hayan apartado del resto, a los actos

5 Ex CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de julio de 2002, 11h00. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII N° 10 p. 3346,

6 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Décimo Sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 692.

7 Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 525.

8 El Art. 76 numeral 7 literal I) de la Constitución dispone que. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. **No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.** Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”. (Lo resaltado me pertenece).

dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de la administración, sean colegiados o no. Aquí se incluyen por ejemplo los siguientes casos:

- A los trámites fundamentales en el procedimiento administrativo como por ejemplo el trámite de dar audiencia al ciudadano en un procedimiento administrativo sancionador, la apertura de la etapa de prueba o cualquier otro que le deje en indefensión a lo acusado por la Administración;
- o la obligación de acompañar los informes técnico y económico a un acto administrativo de terminación unilateral del contrato⁹.
- Si es un órgano colegiado debe cumplirse con la convocatoria, orden del día, quórum de asistencia y votación, acta y constancia de reunión¹⁰, entre otros.
- Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.

Conforme en el principio de legalidad (juridicidad), los fines que les corresponde a los órganos administrativos, que son fines públicos, están señalados en la ley. En esta causal, en la cual se analiza el “para qué” fue dictado el acto administrativo, se incluye a la desviación de poder.

Se impone la sanción de la multa por una conducta ilegítima, para evitar que se obstaculice el tráfico, que se haga mal uso de las vías públicas.

Podemos observar que la actividad de la Administración Pública persigue fines que van ligados a sus objetivos, como en este caso el orden en el tránsito.

- Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.

Consiste en que una autoridad toma una decisión y dicta un acto administrativo sin tener la competencia legalmente atribuida para ello. La incompetencia ha de ser ostensible, evidente, palmaria, y debe comportar una gravedad relevante para el interés público¹¹.

Como se puede apreciar quedó excluido la incompetencia en razón del grado o la jerarquía a lo cual me referiré más adelante.

Ej. Un órgano administrativo con competencia en materia urbanística dicta un acto en materia educativa, o que dicte en una ciudad o territorio para el cual no es competente.

- Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.

Este apartado, que ya está incluido en la causal anterior, se refiere a la institución de la caducidad, es decir la pérdida de la competencia en razón del tiempo por parte de la autoridad pública.

Por ejemplo, en los procedimientos administrativos disciplinarios a los funcionarios públicos, la Ley Orgánica de Servicio Público dispone en su artículo 92 que se producirá la caducidad en el término de noventa días de las acciones de la autoridad administrativa para imponer las sanciones

9 Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

10 Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 527 y 528.

11 Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 526.

disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en cada caso, término que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se impuso la sanción.

- Determine actuaciones imposibles

Este vicio en las normas como el ERJAFE o el COTAAD siempre se le conoció como actos administrativos **cuyo contenido sea imposible de cumplir, es decir, una imposibilidad física o lógica y no jurídica.**

Esta imposibilidad física o lógica se manifiesta cuando el acto carece del sustrato objetivo adecuado.

Ej: Se otorga una licencia a quien nunca la solicitó; o se nombra funcionario a una persona ya fallecida; o se realiza doble notificación con dos actos administrativos de diferentes órganos, con contenidos distintos; un alcalde dicta en su municipio un acto administrativo que prohíba a los perros ladrar en esa ciudad; una orden de demolición de un edificio todavía no construido.

El contenido es imposible porque no se puede realizar.

- Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo

En este punto, hay que recordar que, en el proyecto de COA, artículo 198, se establece que los reclamos, solicitudes o pedido dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva se entenderá sin más, que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo la petición, no debe ser dirigida a autoridad incompetente en razón de la materia, el tiempo, el territorio, y los grados.

Con respecto al acto administrativo que se dicte en fecha posterior a que se haya producido los efectos del acto administrativo, el artículo 201 establece que dicho acto solo puede ser confirmatorio al silencio administrativo positivo, ya que, a través de la figura del silencio administrativo, se sustituye la voluntad de la Administración por el transcurso del tiempo y por efectos están dados de manera automática por la ley.

- Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.

Como se puede apreciar la nulidad de pleno derecho no se refiere al delito ya que pronunciarse sobre el mismo les corresponde a los jueces penales

Se trata de dos variantes: el acto en sí mismo es constitutivo de infracción penal

- Se origina de modo principal en un acto de simple administración.

No está claro a qué se refiere esa norma, considero que su sentido direcciona a los casos en que al interesado le notifiquen con un acto de simple administración, es decir con una declaración interna del órgano administrativo, pero que sus efectos son indirectos. Informes, dictámenes, sumillas, órdenes administrativas. Si se refiere a eso, claro que tendría vicios de nulidad porque en la mayoría de casos la declaración de voluntad que le llega al interesado, no sería la del órgano

competente, pero este caso ya está incluido en los vicios de nulidad por incompetencia por lo cual esto sería reiterativo.

Finalmente se establece que el acto administrativo nulo no es convalidable lo cual es correcto por los vicios son groseros y hasta por respeto a la razonabilidad, no podrían surtir efecto.

2.2 - Declaración de nulidad del acto administrativo

En el artículo 98 del COA se establece que las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.

Además de aquello, se deja la posibilidad también de que “la persona interesada” pueda solicitar a través de la interposición de una reclamación o recurso administrativo.

A los interesados que se crean lesionados en un derecho subjetivo protegido en el ordenamiento jurídico, se les da la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no hayan comparecido al procedimiento administrativo previamente.

Volviendo a la revisión de oficio, ésta está incluida en el artículo 123 del COA que señala que, con independencia de los recursos previstos en este código, el acto administrativo nulo, puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada.

En el inciso tercero de este artículo se establece un plazo de caducidad de dos meses para el procedimiento de la revisión de oficio, mismo que se contará desde el día siguiente al inicio del procedimiento, lo cual a mi criterio es desacertado incluir esto, primero porque es una herramienta que puede permitir abuso por parte de las autoridades administrativas cuando la nulidad haya sido insinuada por un ciudadano, por otro lado, un acto administrativo con vicios graves de nulidad no puede obtener la legalidad por el transcurso del tiempo, por eso mismo se ha señalado en este artículo que la revisión de oficio se puede iniciar en cualquier momento pero este último inciso parecería ser una trampa a ello en contra de los ciudadanos.

2.3 Efectos de la declaratoria de nulidad

Se debe tomar en cuenta que el efecto inmediato de la nulidad supone que el acto es ineficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, a quien en todo caso puede pedirse una declaración de nulidad en el supuesto de que sea necesario para destruir la apariencia creada o para vencer la eventual resistencia de un tercero.¹²

Para FERNANDEZ FARRERES según la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo, la nulidad del acto o del negocio jurídico no puede convalidarse, ni sanarse; permanece en el tiempo y por eso puede declararse de oficio en todo momento, haciendo ineficaz el acto desde el momento mismo en que se dictó. De ahí que se diga que los efectos de la declaración de nulidad son efectos *ex tunc*¹³.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido que

“CUARTO: (...) el acto nulo se lo reputa inexistente. (...) cuando el acto es nulo el considerar, en derecho, que éste no existió, trae como consecuencia la necesidad de otorgar

12 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Décimo Sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 660.

13 Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 523.

al afectado por aquel acto nulo todos los valores que, por remuneraciones, debía recibir durante el lapso en que permaneció extrañado de sus funciones como consecuencia de un acto inexistente; (...).¹⁴.

El artículo 99 del COA señala que la declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables.

Además, se señala la declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición.

2.4 ¿Los ciudadanos deben cumplir con un acto administrativo nulo? ¿Qué deben hacer los servidores públicos que reciban un acto administrativo nulo?

En el artículo 100 del COA se establece que las personas no están obligadas a cumplir con lo dispuesto en un acto administrativo declarado nulo, con lo cual estoy de acuerdo ya que entiende que ese acto administrativo al contener un vicio grosero de nulidad, se entiende que el mismo nunca existió.

Conforme la misma norma, los funcionarios públicos deben oponerse a la ejecución del acto administrativo nulo, motivando su negativa, ya que si no lo hacen y siguen actuando en base al acto administrativo nulo, su actuar también se seguirá contaminando y eso les puede ocasionar que en el momento en que se declare la nulidad de ese acto administrativo, a esos otros funcionarios públicos que ejecutaron el acto nulo, también se les imponga sanciones o incluso se les incluya en las acciones de repetición que tuviere que pagar el Estado.

2.5 ¿Los actos administrativos nulos afectan a los actos posteriores realizados como consecuencia del acto nulo?

El artículo 101 del COA dispone que la nulidad en parte del acto administrativo o de alguno que integre un mismo instrumento, no afecta a las otras partes que resulten independientes de aquella nula, salvo que sea su consecuencia o la parte viciada sea de tal importancia que sin ella no se hubiera dictado el resto.

La nulidad del acto administrativo no impide la producción de efectos para los cuales el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

Los actos que contengan los elementos constitutivos de otros distinto producen los efectos de este, en cuyo caso la conversión se efectúa mediante acto administrativo con efectos desde su notificación.

3. La anulabilidad

La doctrina enseña que la anulabilidad o también conocida como nulidad relativa tiene, por el contrario, unos efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos **el o los afectados por un acto anulable, y solo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo**, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto se subsana y el vicio de

14 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia: Quito, de 9 abril de 2010, las 11h50. Juicio: 302-2009

nulidad queda purgado. La falta de ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien pueda ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, **el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento, sin más que subsanar la infracción legal cometida**¹⁵.

Un ejemplo de acto anulable, mismo que, como se pudo apreciar antes, fue eliminado de los actos nulos de pleno derecho, es el acto que contenga un **vicio de incompetencia en razón del grado o jerarquía**, ya que éste puede ser convalidado por el órgano competente, siempre y cuando sea superior jerárquico¹⁶.

El proyecto de Código Orgánico Administrativo ha eliminado la figura de la anulabilidad, éste simplemente se refiere a la convalidación del acto administrativo y establece las reglas para realizarla, siempre y cuando tenga vicios subsanables (errores menores).

2.1 - Nulidad en contratos administrativos

El COA establece en su artículo 116 que los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en su materia. Dicha norma se refiere a las normas que regulan la contratación pública y al Código Civil de manera subsidiaria por ser la norma que regula las obligaciones.

El Código Civil en su artículo 1697 establece que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

El artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) dispone que los contratos regidos por dicha ley **serán nulos en los siguientes casos:**

- Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
- Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

La declaratoria de nulidad de los contratos administrativos no se la realizará en sede administrativa como en el caso de los actos, sino que la ley dispone que el Procurador General del Estado, tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará ante los jueces de las salas de lo contencioso administrativo¹⁷, la nulidad del contrato.

Conforme el mismo artículo 65 de la LOSNC, los funcionarios públicos que con sus actos u omisiones ocasionaron la nulidad del contrato administrativo, estarán sujetos a las responsabilidades administrativa, civil o penal que hubiere lugar.

Los efectos de la declaratoria de nulidad de los contratos administrativos los podemos encontrar en el artículo 1704 del Código Civil, que en sus términos dispone que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

¹⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Décimo Sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 661.

¹⁶ Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 526.

¹⁷ Art. 326 numeral 4 literal d) del Código Orgánico General de Procesos.

4. Conclusiones

El proyecto de COA recoge los criterios de actualidad establecidos en la jurisprudencia ecuatoriana y la doctrina sobre la teoría de las nulidades administrativas y sus efectos. Las normas revisadas contribuyen a garantizar los derechos de los ciudadanos y evitar el abuso del poder público, con lo cual se contribuye a cumplir un fin del Derecho Administrativo que es limitar el ejercicio del poder público.

Es importante considerar la responsabilidad de los servidores públicos en la declaratorias de nulidad de los actos administrativos puesto que además de la responsabilidad, se puede imponer sanciones e incluso, dependiendo de los efectos de los mismos, el Estado podría iniciar la acción de repetición para recuperar indemnizaciones.

La doctrina concluye que la división entre nulidad y anulabilidad no se presenta con tanta nitidez en el Derecho Administrativo por las dos circunstancias siguientes: De una parte, porque la presunción de validez de los actos obliga a que los mismos tengan que ser impugnados en todo caso, de modo que si no se impugnan en los plazos previstos pueden devenir en firmes e inatacables. Se trata, por tanto, de una consecuencia que casa mal con la caracterización del vicio de nulidad, lo que explica y justifica que se habilite una vía específica al margen de los recursos (el procedimiento llamado de revisión de oficio de actos nulos) a fin de poder declarar su nulidad y privarlos de toda eficacia. De otra parte, porque el principio de conservación de los actos administrativos termina por matizar la eficacia ex tunc de la declaración de nulidad¹⁸.

Al igual que lo sostienen la doctrina ecuatoriana¹⁹, y con lo cual concuerdo, es que en la práctica, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de oficio no es usada por la Administración Pública y que para obtener dicha declaración, se requiere inexorablemente de la impugnación, vía recursos administrativos y acciones contencioso administrativas, para así demoler a la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de la que gozan los actos administrativos²⁰.

La teoría de las nulidades administrativas contribuye a unos pilares fundamentales del Estado de Derecho como son la juridicidad y la seguridad jurídica.

Bibliografía

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Proyecto de Código Orgánico Administrativo: <http://ppless.asamblea-nacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7992a35e-2051-420c-a7d1-813c9d6fe303/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20270784.pdf>

CODIGO CIVIL ECUATORIANO, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia: Quito, de 9 abril de 2010, las 11h50. Juicio: 302-2009.

ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA (ERJAFE), expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 18 de marzo de 2002.

18 Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 524.

19 Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 227.

20 Art. 329 del Código Orgánico General de Procesos.

EX CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de julio de 2002, 11h00. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII N° 10, p. 3346.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2da edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014,

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Décimo Sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

MORALES TOBAR, Marco, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

ÉTICA E EFICIÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO TERRITÓRIO DA CIDADE

LÍGIA MARIA SILVA MELO DE CASIMIRO¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O papel da urbanização e a ética para o desenvolvimento humano; 3. Considerações a partir da Nova Agenda Urbana.

1. Introdução

O desafio em promover o desenvolvimento humano está associado, contemporaneamente, aos investimentos em políticas públicas e planejamento urbano, assentando-se na análise dos dados científicos pela Organização das Nações Unidas – ONU, os quais informam que mais de 50% da população mundial vive, hoje, em áreas urbanas.² A previsão para qualquer possibilidade de melhora das condições de vida humana está centrada nas mudanças necessárias a serem feitas na gestão do território das cidades, envolvendo eficiência e ética nas ações públicas e privadas, tendo em vista a projeção de que 2,5 mil milhões de pessoas estejam vivendo em áreas urbanas até 2050.³

A questão social e econômica é uma questão urbana, em que as cidades são locais para habitação, trabalho, circulação e lazer, sendo centros de negócios, produção e reprodução do capital, caracterizadas por condições de vida precárias que comprimem recursos naturais e econômicos de toda ordem, exaurindo e poluindo a água, o ar, o solo, promovendo um modelo de urbanização custoso, que precisa ser modificado para que se promova desenvolvimento humano inclusivo.⁴

1 Professora de Direito Administrativo da Unichristus/CE, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Doutora em Direito pela PUC/PR, Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico – IBDU, Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo – ICDA.

2 “Na atualidade, metade da população mundial vive em áreas urbanas e até a metade deste século todas as regiões serão predominantemente urbanas, com o ponto de inflexão antecipado para um pouco depois de 2050 na África Oriental. Segundo as previsões atuais, praticamente todo o crescimento populacional do mundo durante os próximos 30 anos estará concentrado nas áreas urbanas.” IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estado das Cidades do Mundo. 2010-2011. Unindo o urbano dividido. Resumo e Principais Constatações**. Brasília: IPEA, UN Habitat, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1063>. Acesso em: jun. 2017.

3 **Relatório da ONU mostra população mundial cada vez mais urbanizada, mais de metade vive em zonas urbanizadas ao que se podem juntar 2,5 mil milhões em 2050**. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: jun. 2017.

4 HILÁRIO, Alessandra Danielle Carneiro dos Santos; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direito ao Desenvolvimento e Direito à Cidade: Uma Proposta de Categorias de Direitos Humanos Universais como Pressupostos de Cidadania. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 226-254, maio 2016. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/51>>. Acesso em: jun. 2017, p. 228-229.

2. O papel da urbanização e a ética para o desenvolvimento humano

Figurando como centros de concentração de pessoas, as cidades, a depender de sua localização e vocação, são também núcleos de inovação econômica e produtiva, provocando uma discussão sobre o chamado urbanismo empreendedor. Tal designação elevou-se a um nível expansionista global no qual a mercantilização da cidade passa a ser uma condição,⁵ marcando-a significativamente como um produto do capital e não como uma obra humana, como era defendida por Lefebvre.⁶

Os processos de urbanização, portanto, que já se expandiam direcionados pela busca da realização das necessidades sociais e econômicas, passam a outro grau, o da dimensão econômica global dos centros urbanos.⁷ Tal dimensão carrega consigo uma tentativa de homogeneizar o grau de desenvolvimento em urbanizações díspares, desconsiderando que parte dos avanços, em algumas regiões do mundo, se dá porque outras regiões não progridem efetivamente.⁸

Os apontamentos publicados pela ONU Habitat, em especial, indicam os padrões de crescimento das cidades, com seus problemas a partir da urbanização. A desigualdade tem sido sua marcante característica, e segundo relatório do Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento – PNUD, as privações humanas são dinâmicas, o que demonstra a necessidade de respostas rápidas, diante de uma urbanização tão acelerada.⁹ Assinalada pela segmentação dos diferentes acessos e usos dados aos espaços urbanos, as disparidades entre os níveis de prosperidade, acesso a bens, serviços e boas condições ofertadas a determinadas regiões da cidade, enquanto os pobres estão confinados em assentamentos informais e sem estrutura, tem alcançado níveis desumanos.¹⁰

Ao lado de tais informações se destacam aquelas que apontam o crescimento econômico vinculado à urbanização em que o avanço representa, diante de determinadas condições presentes em cada região ou cidade, uma possibilidade real e motora de progresso social, econômico e político: a possibilidade de acesso ao desenvolvimento humano.¹¹

Apontar o desenvolvimento humano ao invés do desenvolvimento social e econômico não significa contrapô-los, mas destacar o ser humano como destinatário dos investimentos urbanos feitos pelo poder político e econômico, em que cabe identificar as necessidades fundamentais da

5 As cidades são definidas pelas suas potencialidades de investimento, atreladas estrategicamente a índices de qualidade de vida. Recentemente a revista Exame divulgou notícia sobre o ranking das cidades com melhor mobilidade no Brasil, avaliadas pelo Ranking Connected Smart Cities. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/as-50-cidades-com-a-melhor-mobilidade-do-pais/>>. Acesso em: jul. 2017.

6 LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001, p. 51-53.

7 Para Milton Santos “a urbanização é simultaneamente um resultado e uma condição do processo de difusão do capital”. SANTOS, Milton. **Economia Espacial: críticas e alternativas**. São Paulo: Edusp, 2014, p. 23.

8 Milton Santos aponta os efeitos de dominação impostos à América Latina e seu reflexo no fenômeno urbano. SANTOS, Milton. **Ensaio sobre a urbanização Latino-americana**. São Paulo: Edusp, 2010, p.10-11.

9 PNUD. **Informe sobre Desarrollo Humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas**. Nueva York: PNUD, 2016, p. 5. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>>. Acesso em: maio 2017.

10 Segundo a agência ONU-Habitat, “Cem milhões de habitantes representam os 10% da atual população em assentamentos precários. Caso se não se trabalhe para melhorar a situação, o número pode triplicar e chegar a três bilhões em 2050.” Entre os objetivos de desenvolvimento sustentável está de número 11: Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>> Acesso em: jun. 2017.

11 SOTTO, Debora. **Mais-valia Urbanística e Desenvolvimento Urbano Sustentável: Uma análise jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 7-8.

coletividade e suas possibilidades de progresso, de tal forma que aquilo que se opõe à dignidade humana pode ser identificado e controlado.

Em verdade, para promover, manter e aumentar o bem estar de uma determinada população é necessário um processo de crescimento econômico, que implica aumento da produção e da produtividade do sistema, ampliando as ofertas e assegurando chances de empregos produtivos e adequadamente recompensados, bem como “o incremento da quantidade de bens e serviços, por unidade de tempo, à disposição de determinada coletividade”. Para Celso Furtado, garantias de desenvolvimento econômico.¹²

Se as cidades passaram a representar o elemento chave para a realização do desenvolvimento, como um espaço de força propositiva para transformações positivas, é preciso refletir se o tipo de desenvolvimento buscado é possível diante do quadro de desigualdades apresentadas.¹³

O prognóstico envolve o crescimento da população mundial associada à urbanização; a mudança de perfil das cidades; a aceleração da urbanização, em algumas regiões do mundo, bem como os avanços tecnológicos e os reflexos da globalização, diante de tantas variáveis. A tendência da urbanização leva a crer que em 2050 mais de 60% da população mundial viva em cidades, que por sua vez estão dobrando de tamanho em extensão territorial.¹⁴

A ocupação humana nos grandes centros urbanos apresenta-se em formas cada vez mais espalhadas, com grandes escalas dimensionais, em que termos como megacidades, mega-regiões, cidades-região e corredores urbanos são representativos da dinâmica urbanística econômica globalizada, expondo ainda territórios fragmentados, segregacionistas e hierarquizados.¹⁵

A questão econômica, sempre em análise, apresenta-se por um indicativo de que 60% do produto interno bruto – PIB global é gerado por apenas 600 cidades, as mesmas que sediam 1/5 da população mundial. As grandes densidades populacionais, segundo relatório sobre o estado das cidades no mundo, têm contribuído para o incremento da atividade econômica mundial, tendo em vista a redução dos custos de transação e de investimentos públicos em serviços e infraestruturas em determinados territórios.¹⁶ Cabe dar destaque aos questionamentos sobre o aumento dos dese-

12 FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 86-88, p. 105.

13 “Em 2010, ONU-HABITAT lançou a Campanha Urbana Mundial, que busca informar e conscientizar a população mundial sobre a necessidade de ter cidades sustentáveis, com pouca desigualdade e com serviços básicos de qualidade.” **ONUBR**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>>. Acesso em: jun. 2017.

14 UNRIC, Centro Regional de Informação das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: jun. 2017.

15 Debora Sotto apresenta em seu livro o conceito utilizado pelo relatório sobre o estado das cidades no mundo, em que megacidades são aquelas que sediam uma aglomeração urbana com mais de dez milhões de habitantes, com um rápido processo de urbanização; mega-regiões são identificados como aglomerados urbanos policêntricos cercados por áreas rurais de baixa densidade; cidades-região como aglomerados formados por integrações físicas e administrativas de dicades dinâmicas e estratégicas e corredores urbanos, como “espaços urbanos conectados por redes de transportes” vinculados a questões econômicas estratégicas e às mega-regiões. SOTTO, Debora. **Mais-valia Urbanística e Desenvolvimento Urbano Sustentável: Uma análise jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 8.

16 Ainda que o relatório aponte para o lado positivo da alta densidade populacional e a possibilidade de redução de custos em investimentos, não perde por completo seu foco que é a análise sobre unir o urbano dividido. “O urbano dividido é a face da injustiça e o sintoma de uma disfunção sistêmica. Uma sociedade não pode reivindicar ser harmoniosa ou unida quando grande parte dos seus habitantes não consegue ter suas necessidades básicas atendidas enquanto outros vivem na opulência. Uma cidade não pode ser harmoniosa quando alguns grupos concentram seus recursos e oportunidades enquanto outros continuam sendo pobres e carentes.” IPEA; ONU-HABITAT. **Estado das cidades do mundo: unindo o urbano dividido – resumo e principais constatações**. Brasília: IPEA, 2011, p. 6. Disponível em:

quilíbrios regionais e locais quando há ausência de políticas públicas direcionadas especificamente para redução do padrão de desigualdade urbana, pois, de forma gravosa, geram um efeito inverso: a centralização local de pobres ao invés de promover diminuição da pobreza.¹⁷

A aglomeração de pessoas se apresenta em territórios urbanos por meio de padrões diversos, que por sua vez desempenham papéis distintos nos sistemas globais e nacionais. As cidades têm sido definidas por suas funcionalidades e, também, por sua capacidade de estabelecer conectividade apropriada a impulsionar e influenciar o desenvolvimento atual.¹⁸ Ao tempo que se defende cidades para pessoas, o acesso à terra urbanizada fica mais difícil para determinados segmentos sociais, mesmo com os governos recebendo consideráveis apoios financeiros para intervenções urbanas.¹⁹ É que o objetivo, que está atrelado à promoção de uma cidade competitiva e tecnologicamente conectada tem se encaixado em uma perspectiva homogênea típica do mercado, a investir em seus produtos, desconsiderando a desigualdade e a diversidade elementar ao território urbano.²⁰

Tal concepção de organização urbanística estaria menos fadada às críticas se não fosse o fato de se continuar a atestar cidades urbanisticamente desorganizadas ou impossibilitadas de dar vazão à toda demanda que o adensamento populacional impõe, na sua busca por melhores condições de vida. A urbanização está tão ligada ao crescimento econômico quanto à desigualdade socioeconômica, carecendo sempre de políticas públicas (re) distributivas para atingir o nível de desenvolvimento humano adequado.²¹

A comunidade europeia tem investido no desenvolvimento urbano sustentável, apontando a planificação, a governança e a regeneração urbana como elementares a um projeto de cidades sustentáveis.²²

<http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

17 SOTTO, Debora. **Mais-valia urbanística e desenvolvimento urbano sustentável**: uma análise jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.12-15.

18 Os estudos sobre sistemas urbanos abordam o conjunto das megacidades, cidades primárias e secundárias, definindo-as sob a perspectiva da função que desempenham na chamada Nova Geografia Econômica de desenvolvimento. ROBERTS, Brian H. **Gestionando Sistemas de Ciudades Secundarias**. Traducción Santiago Restrepo. Brussels: Cities Alliance: Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, p. 22-23.

19 O volume de recursos tem aumentado significativamente, de acordo com estudo citado, direcionado ao desenvolvimento urbano. Segundo dados fornecidos pelo Sistema de Informações da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Sispro/Seain/MPOG) ao IPEA, até dezembro de 2012, “mais de uma dúzia de agências multilaterais (principais BMDs que atuam no Brasil são: Grupo do Banco Mundial (BIRD, CFI e Miga), Grupo BID (BID, CII e Fumin), CAF, Fida, GEF, BEI, NIB, Fonplata) atuavam em conjunto com outras instituições, financiando uma carteira de projetos públicos no Brasil, na ordem de US\$ 35 bilhões”. COSTA, Carlos Eduardo Lampert; GONZÁLEZ, Manuel José Forero; ALMEIDA, Nathália Filgueiras. As relações econômicas do Brasil com os principais bancos multilaterais de desenvolvimento (1990-2012). **Texto para discussão n. 2004**. Brasília : Rio de Janeiro: IPEA, 2014, p. 12-14.

20 IVO, Any Britto Leal. Ciudades sitiadas: La seguridad para la Copa de 2014 y las jornadas de Junio en Brasil. In: CARRIÓN, Fernando; ERAZO, Jaime (Orgs.). **El derecho a la ciudad em América Latina: Visiones desde la política**. México: UNAM, 2016, p. 176-178.

21 ONU-HABITAT. **Estado das cidades do mundo: unindo o urbano dividido – resumo e principais constatações**. Brasília: IPEA, 2011, p. 5-6. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

22 LANDA, José Allende. Economía urbana sostenible, desarrollo urbano sostenible y crisis. In: BLANCO, Federico A. Castillo (Dir.); LÓPEZ, Fátima Ramallo (Coord.). **Claves para la sostenibilidad de diudades y territorios**. Aranzadi: Thomson Reuters, 2014, p. 51.

O debate sobre o direito à cidade, que surge na França com um tipo de urbanização típica de países industrializados apresentou-se, à época, como uma reivindicação interventiva na elaboração dos planos urbanísticos e da planificação territorial, por meio das classes sociais operárias, típica do momento vivido.²³ Embora não seja representativo de toda comunidade, sua referência se faz fundamental para compreender que o direito à cidade reivindicada pelos europeus, o qual compõe o acesso ao desenvolvimento humano, não é o mesmo pelo qual se luta na latinoamérica.

A cidade é procurada, de modo geral, por ofertar aos cidadãos condições e meios necessários à sua subsistência.²⁴ A implicação com o trabalho é instantânea, embora se assente na busca pelo local de moradia, na liberdade de circular, de maneira que tudo está relacionado e dependente. O direito à cidade, aqui tratado como corolário do desenvolvimento humano, dado a definição urbana que o mundo vem recebendo, está associado à reinvidicação por espaços que ofertem condições justas e equânimes de completo desenvolvimento das capacidades humanas, para todos e todas que dela queiram usufruir.²⁵

Em se tratando de América Latina, destaca-se que o processo de desenvolvimento humano a ser promovido carece de um olhar apropriado às características e condicionantes da urbanização brasileira, diversa dos países europeus. Um dos mecanismos de exclusão urbana mais direta, em países latino-americanos, ainda é a violência para a consolidação do poder político e proteção do bem-estar das elites por meio do controle da distribuição de terras, bens, recursos e manutenção das ideologias que favorecem determinado conjunto de valores particulares.²⁶

Alguns obstáculos ao desenvolvimento humano, para todos e todas, estão profundamente enraizados nas relações sociais, econômicas e políticas presentes nos conflitos urbanos pelo uso da terra para fins de moradia, por meio da violência ostensiva e discriminatória embasada em leis do mesmo matiz. Os desequilíbrios na participação política e na distribuição desigual de oportunidades ainda não foram superados, exigindo dos governantes o compromisso social com a justiça, equidade e sustentabilidade, fundamentais para as tomadas de decisões individuais e coletivas.²⁷

A estrutura socio-territorial pode aprofundar o fosso da desigualdade, o que impõe a definição concreta de limites ao planejamento e planificação urbana. De tal forma que não é possível tratar do tema da promoção do desenvolvimento, sem insistir no papel a ser desempenhado pelo Estado: garantidor do direito à cidade. O tratamento igualitário a ser dado pelo poder público refletirá socioeconomicamente, rompendo com a base para o acesso desigual a recursos valiosos e

23 GARNIER, Jean-Pierre. Devolverle el sentido revolucionario al derecho a la ciudad. In: MATHIVET, Charlotte. (Coord. y Edit.) **Develando el derecho a la ciudad: representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad**. Paris: Ritmo, 2016, p. 19.

24 CHERSO, Francesco Patrizi da. **A cidade feliz**. Tradução Helvio Moraes. Campinas: Unicamp, 2011, p. 75.

25 LINK, Felipe. El derecho a la ciudad. Um programa de acción política? In: MATHIVET, Charlotte (Coord. y Edit.). **Develando el derecho a la ciudad: representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad**. Paris: Ritmo, 2016, p. 36-37.

26 PÍREZ, Pedro. La urbanización, mercancía o derecho? Una discusión para la política urbana. In: CARRIÓN, Fernando; ERAZO, Jaime (Orgs.). **El derecho a la ciudad em América Latina: Visiones desde la política**. México: UNAM, 2016, p. 221-223.

27 COBOS, Emilio Pradilla. Las transformaciones de los conflictos y los movimientos sociales em las ciudades latinoamericanas. In: CARRIÓN, Fernando; ERAZO, Jaime (Orgs.). **El derecho a la ciudad em América Latina: Visiones desde la política**. México: UNAM, 2016, p. 158-160.

escassos que promovem desenvolvimento, garantindo dignidade por meio do acesso ao direito à cidade.²⁸

Sendo o desenvolvimento humano um processo promotor da expansão das possibilidades de progresso e bem-estar, tê-lo como objetivo pode fornecer uma maneira mais sistemática para articular ideias e ações que o promovam. É preciso garantir, no âmbito das cidades, que sua funcionalidade seja motivada pela realização de ações que melhorem as condições de vida de todas as pessoas, gerando liberdade de escolhas pessoais e coletivas, e não pelas intervenções em si,²⁹ tal como obras de infraestrutura urbana pelo impacto político e econômico, e não pelo seu alcance social.

Particularmente, no caso do Brasil, o desenvolvimento humano no território das cidades carece de planejamento e de planificação para ações que intentem a promoção do direito à cidade, lançando luz sobre a influência mútua que um exerce no outro, em um contexto de relações socioeconômicas, historicamente desequilibradas.³⁰ Marcado por imposições do poder econômico diante do poder político, as quais interferem fortemente nas tomadas de decisões, a ausência de políticas públicas equacionadoras da desigualdade, acumulação imobiliária para fins de especulação, intervenções urbanas mercadológicas, despejos forçados sem direcionamento da população expurgada são características da relação sociedade-mercado-território que refletem fortemente na expansão urbana brasileira, cercada de assentamentos que guardam os motivos pelos quais é preciso repensar a urbanização em todo o mundo.

Para a Nova Agenda Urbana, apresentada ao mundo na III Conferência das Nações Unidas, a ONU Hábitat III, o planejamento aparece com uma ferramenta de gestão, de vital importância ao funcionamento da cidade. Da maneira como foi descrita, entende-se que só tem poder com a integração de todos os níveis de governo, agremiação da sociedade e da iniciativa privada, mirando em mudanças de paradigmas que devem observar, especialmente:

*“normas y principios para la planificación, construcción, desarrollo, gestión y mejora de las zonas urbanas en sus cinco pilares de aplicación principales: políticas urbanas nacionales, legislación y normativas urbanas, planificación y diseño urbano, economía local y finanzas municipales e implementación local.”*³¹

A urbanização é vista como um resultado de um processo de desenvolvimento, mas também como a possibilidade de desenvolvimento que se espera. Sob tal perspectiva, a cidade é a “chave” para que se alcance um patamar de bem-estar humano, desde que adequadamente planejada, reestruturada e administrada de maneira que possa equilibrar as necessidades humanas de acordo com os recursos existentes.

Essa visão, abordada no conteúdo da Nova Agenda Urbana, apresentada ao mundo, se en-

28 Idem, p. 168.

29 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 94-95.

30 GORELIK, Adrián. A produção da “cidade latino-americana”. Tradução de Fernanda Arêas Peixoto. **Tempo Social**, v. 17, n. 1, p. 111-133, 2005, p. 116-121. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v17n1/v17n1a04.pdf>>. Acesso em: jun. 2017.

31 HÁBITAT III. **Nueva Agenda Urbana**. Quito: Gobierno del Ecuador, 2016.

contra com outros tantos documentos de adesão global³² que prospectam o futuro da humanidade, tendo por compreensão que “a batalha pelo desenvolvimento sustentável será vencida ou perdida nas cidades”.³³

A promoção de tal processo exige o enfrentamento de desafios técnicos, políticos, sociais, culturais e econômicos, que precisam de certa mediação para a fixação de metas públicas e investimentos que lhe são necessários. Ainda, é preciso estar alerta para compreender que alguns instrumentos de gestão, bem como instituições e também as políticas públicas de planejamento urbano podem ser usadas, mesmo de forma equivocada, para perpetuar a desigualdade ao invés de reduzi-la.³⁴

É preciso considerar, em um processo de planejamento com vistas ao desenvolvimento, que uma mesma demanda urbana pode ser tratada de diferentes formas, por pessoas com diferentes visões sobre o assunto, sendo necessária a observância dos fundamentos para o qual o processo foi iniciado. Reforça-se, é preciso ponderar sobre a estrutura da cidade a partir das relações sociais e econômicas existentes, bem como que sua composição determina certos traços do uso e ocupação territorial,³⁵ precisando ser revista a partir dos comportamentos e procedimentos até ali executados, e não somente pelos problemas de maneira isolada.³⁶

3. Considerações a partir da Nova Agenda Urbana

A cidade, composta de espaços construídos e pessoas que lhes definem os usos, depende do solo para se constituir e a crescente pressão pela procura de novos espaços, para novos e velhos usos, torna indispensável uma atuação socialmente planejada.³⁷ De tal forma que o objetivo que se quer atingir não se perca, ainda que a realidade social e econômica seja dinâmica, a qual impõe aos planejadores urbanos o dever de empreender um equacionamento das decisões a serem tomadas, sem perder de vista um somatório de questões que envolvem também as culturais, ideológicas e as de estrutura institucional.³⁸

Ainda, é fundamental sistematizá-las no momento da seleção das atividades necessárias ao alcance do objetivo, de tal forma que possam gerar condições possíveis para um processo de desenvolvimento humano inclusivo nas cidades, dado a complexidade da vida urbana.

É preciso enfrentar o desafio das políticas de inclusão, que modificando a estrutura da

32 Os documentos mais recentes são a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável e o acordo de Paris, que foi aprovado pelos 195 países reunidos em Paris, França, que fazem parte da UNFCCC, “para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável. O compromisso ocorre no sentido de manter o aumento da temperatura média global em bem menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais e de enviar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais”. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: jun. 2017.

33 HÁBITAT III. **Minuta zero da nova agenda urbana**. Disponível em: <http://citiscscope.org/sites/default/files/h3/Minuta_Zero_Habitat_III.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

34 CORREIA, Paulo V. D. **Políticas de solos no planejamento municipal**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 28-32.

35 VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP: Lincoln Institute, 2001, p. 311.

36 BAPTISTA, Myrian Veras. **Planejamento Social: intencionalidade e instrumentalização**. São Paulo: Veras, 2013, p. 20.

37 CORREIA, Paulo V. D. **Políticas de solos no planejamento municipal**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 13-15.

38 BAPTISTA, Myrian Veras. **Planejamento Social: intencionalidade e instrumentalização**. São Paulo: Veras, 2013, p. 15-19.

ocupação urbana acarretam alterações que podem produzir soluções eficazes e exequíveis para os conflitos e problemas urbanos, na proporção de um desenvolvimento inclusivo que possa unificar estruturalmente a cidade dividida.³⁹

O desenvolvimento humano no território citadino se alcança, especialmente, com a planificação urbana construída no âmbito das competências públicas - vinculadas e discricionárias -, seguindo procedimentos que não podem ignorar princípios constitucionais e infraconstitucionais. Assim, eficiência, eficácia, distribuição e redução de custos, promoção da igualdade e equidade social passam a ser elementos fundamentais na elaboração de políticas públicas urbanas para o desenvolvimento humano, ao lado de ações que promovam cidades mais competitivas com ambiência para negócios e investimentos.

De fato, a Nova Agenda Urbana demarca o objetivo de equilibrar o crescimento econômico à melhoria das condições de vida da população urbana, reforçando a importância do debate público sobre que desenvolvimento se está a buscar. Sendo a cidade o local do desenvolvimento, há uma reafirmação de princípios de solidariedade, democracia e igualdade de condições, a serem incorporados e promovidos com a participação de todos e todas. A definição da agenda incluiu, ainda, em sua pauta um amplo debate sobre as questões de gênero, permeando as propostas de reorganização e reestruturação das cidades em uma perspectiva sustentável, que demonstra significativa preocupação com a diversidade.⁴⁰

O direito ao desenvolvimento ao lado do direito à cidade sustentável deve ser considerado em face de determinadas situações que podem prejudicar ou promover uma existência digna. Há um estabelecimento do vínculo sobre o dever concreto de permitir que aqueles que escolheram a cidade para viver, possam construir e usufruir do seu território, sem negá-la a outrem e às futuras gerações.⁴¹ E mais, que não tenham sua vida limitada pela negação de condições adequadas, perpetradas ou não pelo poder público, a quem compete estruturar, administrar, mobiliar e regular os espaços, urbanos e rurais, visando o favorecimento do desenvolvimento humano.

Por fim, ainda que o documento não vincule formalmente os governos participantes e não tenha conseguido avançar sobre todos os temas que compõe a complexidade das relações sócio urbanas, incluiu um reforço ao tema da eficiência das políticas públicas sociais e econômicas, bem como a importância do debate público, coletivo e global sobre investimentos para a redução da exclusão social, pobreza e a desigualdade, como uma responsabilidade de todos e todas.

Ao fixar a importância do direito à cidade para a América Latina, ao lado da concepção europeia sobre as cidades, a Nova Agenda assumiu a diversidade territorial de pensamentos, de necessidades, confirmando que a convergência é possível, mesmo dentro da divergência, e que o futuro de um é responsabilidade de todos.

Referências

ACORDO DE PARIS. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: jun. 2017.

BAPTISTA, Myrian Veras. **Planejamento Social: intencionalidade e instrumentalização**. São Paulo: Veras, 2013.

39 VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP: Lincoln Institute, 2001.

40 HÁBITAT III. **Nueva Agenda Urbana**. Quito: Gobierno del Ecuador, 2016.

41 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 203-206.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CHERSO, Francesco Patrizi da. **A cidade feliz**. Tradução Helvio Moraes. Campinas: Unicamp, 2011.

COBOS, Emilio Pradilla. Las transformaciones de los conflictos y los movimientos sociales em las ciudades latinoamericanas. In: CARRIÓN, Fernando; ERAZO, Jaime (Orgs.). **El derecho a la ciudad em América Latina: Visiones desde la política**. México: UNAM, 2016, p. 158-160.

CORREIA, Paulo V. D. **Políticas de solos no planeamento municipal**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSTA, Carlos Eduardo Lampert; GONZÁLEZ, Manuel José Forero; ALMEIDA, Nathália Filgueiras. As relações econômicas do Brasil com os principais bancos multilaterais de desenvolvimento (1990-2012). **Texto para discussão n. 2004**. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2014.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

GARNIER, Jean-Pierre. Devolverle el sentido revolucionário al derecho a la ciudad. In: MATHIVET, Charlotte. (Coord. y Edit.) **Develando el derecho a la ciudad: representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad**. Paris: Ritimo, 2016.

GORELIK, Adrián. A produção da “cidade latino-americana”. Tradução de Fernanda Arêas Peixoto. **Tempo Social**, v. 17, n. 1, p. 111-133, 2005, p.116-121. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v17n1/v17n1a04.pdf>>. Acesso em: jun. 2017.

HÁBITAT III. **Minuta zero da nova agenda urbana**. Disponível em: <http://citiscopes.org/sites/default/files/h3/Minuta_Zero_Habitat_III.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

HÁBITAT III. **Nueva Agenda Urbana**. Quito: Gobierno del Ecuador, 2016.

HILÁRIO, Alessandra Danielle Carneiro dos Santos; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direito ao Desenvolvimento e Direito à Cidade: Uma Proposta de Categorias de Direitos Humanos Universais como Pressupostos de Cidadania. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 226-254, maio 2016. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/51>>. Acesso em: jun. 2017, p. 228-229.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estado das Cidades do Mundo. 2010-2011. Unindo o urbano dividido. Resumo e Principais Constatações**. Brasília: IPEA, UN Habitat, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1063>. Acesso em: jun. 2017.

IPEA; ONU-HABITAT. **Estado das cidades do mundo: unindo o urbano dividido – resumo e principais constatações**. Brasília: IPEA, 2011, p. 6. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

IVO, Any Britto Leal. Ciudades sitiadas: La seguridad para la Copa de 2014 y las jornadas de Junio en Brasil. In: CARRIÓN, Fernando; ERAZO, Jaime (Orgs.). **El derecho a la ciudad em América Latina: Visiones desde la política**. México: UNAM, 2016.

LANDA, José Allende. Economía urbana sostenible, desarrollo urbano sostenible y crisis. In: BLANCO, Federico A. Castillo (Dir.); LÓPEZ, Fátima Ramallo (Coord.). **Claves para la sostenibilidad de diudades y territorios**. Aranzadi: Thomson Reuters, 2014.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

LINK, Felipe. El derecho a la ciudad. Um programa de acción política? In: MATHIVET, Charlotte (Coord. y Edit.). **Develando el derecho a la ciudad: representaciones, usos e instrumentalización del derecho a la ciudad**. Paris: Ritimo, 2016.

ONU-BR. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>>. Acesso em: jun. 2017.

ONU-HÁBITAT III. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>> Acesso em: jun. 2017.

ONU-HABITAT. Estado das cidades do mundo: unindo o urbano dividido – resumo e principais constatações. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100408_cidadesdo-mundo_portugues.pdf>. Acesso em: jun. 2017.

PÍREZ, Pedro. La urbanización, mercancía o derecho? Uma discusión para la política urbana. In: CARRIÓN, Fernando; ERAZO, Jaime (Orgs.). **El derecho a la ciudad em América Latina: Visiones desde la política**. México: UNAM, 2016, p. 221-223.

PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2016: Desarrollo humano para todas las personas. Nueva York: PNUD, 2016, p. 5. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>>. Acesso em: maio 2017.

Ranking Connected Smart Cities. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/as-50-cidades-com-a-melhor-mobilidade-do-pais/>>. Acesso em: jul. 2017.

Relatório da ONU mostra população mundial cada vez mais urbanizada, mais de metade vive em zonas urbanizadas ao que se podem juntar 2,5 mil milhões em 2050. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: jun. 2017.

ROBERTS, Brian H. **Gestionando Sistemas de Ciudades Secundarias**. Traducción Santiago Restrepo. Brussels: Cities Alliance: Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.

SANTOS, Milton. **Economia Espacial: críticas e alternativas**. São Paulo: Edusp, 2014.

SANTOS, Milton. **Ensaio sobre a urbanização Latino-americana**. São Paulo: Edusp, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOTTO, Debora. **Mais-valia Urbanística e Desenvolvimento Urbano Sustentável: Uma análise jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

UNRIC, Centro Regional de Informação das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: jun. 2017.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP: Lincoln Institute, 2001.

EFICIÊNCIA E RESERVA DO POSSÍVEL: ATRIVIALIZAÇÃO DO DESPREZO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A PERPETUAÇÃO DA INEFICIÊNCIA ESTATAL

LUIZ ALBERTO BLANCHET¹

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Reserva do possível; 3. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

As breves linhas² do presente estudo têm a pretensão de destacar os riscos para a solução de um dos problemas mais graves da população brasileira e desencobrir a inidoneidade jurídica dos meios e instrumentos que vêm sendo utilizados, não para concretizar o direito à saúde, mas para reprimi-lo ou simplesmente eliminá-lo.

A proposta neste momento é a de proceder a breves considerações sobre a realidade atual da concretização do direito fundamental à saúde e avaliar se esta realidade, tal como é, seria juridicamente defensável, e se vem sendo levada a efeito tal como, por força da Constituição, deveria ser. Aprofundamentos da análise do princípio da eficiência e da reserva do possível serão poupados, eis que não é esse o objeto ora perseguido e grandes estudiosos já o fizeram. O objetivo é executar uma análise crítica do problema mediante o método da pesquisa-ação, ou seja, isolar o problema, avaliar os dados juridicamente relevantes, avaliar a juridicidade das soluções, em especial a sua eficácia, e a antijuridicidade dos subterfúgios que, infelizmente são muito mais frequentes do que as soluções.

O Estado brasileiro, democrático e de direito que é, tem entre seus cinco fundamentos, a dignidade da pessoa humana, todavia não tem observado as normas pertinentes ao direito à saúde. Diariamente recorrentes nos jornais, são as notícias que denunciam a existência de doentes deitados em macas, e mesmo diretamente no chão, de corredores de hospitais, além de grávidas que acabam tendo seus filhos à porta de maternidades superlotadas. Também frequente é a falta de medicamentos, materiais e equipamentos. Não raro, a população é surpreendida por notícias que denunciam a existência de equipamentos tecnologicamente sofisticados e caros em hospitais vazios ou sem profissionais que os operem.

1 Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR.

2 Em épocas como a de hoje, na qual a comunicação (independentemente da distância) e a obtenção de informações são imediatas, os textos devem ser precisos, claros e concisos. Há poucas décadas, pesquisas não poderiam ser feitas sem inúmeras e demoradas visitas a bibliotecas. Quem tivesse pouco tempo para dedicar à pesquisa, pouco conhecimento colhia. Hoje, até mesmo por meio de aparelhos celulares, obtém-se informação em poucos segundos. Ninguém mais tem tempo disponível para ler textos infundáveis.

A saúde é *direito de todos e dever do Estado*, nos termos do art. 196 da Constituição, dispositivo este, que não faz qualquer ressalva quanto à possibilidade de se negar à saúde o caráter de *direito* e tampouco de se tolerar a inobservância desse *dever* por parte do Estado. E se a norma não relativizou o direito à saúde, não cabe ao intérprete procurar “*entender*” e praticar o que não existe na norma.

Como dever fundamental³ que efetivamente é, a concretização do direito fundamental à saúde jamais poderia ser relativizada como tem sido.

O Direito, não como fenômeno histórico-social, mas como Ciência, tem decepcionado ao dedicar-se a construções que subestimam o não atendimento ao direito fundamental à saúde, ao submeter-se a pretensos princípios sem respaldo inequívoco na Constituição, além de elevá-los à categoria de fatores limitadores e até frustradores da concretização dos anseios mais nobres da sociedade.

Deixa assim, o Direito, de ser uma Ciência do *dever ser* ao valorizar as coisas *como estão sendo* e não como deveriam ser. O Direito desaponta quando utiliza a ineficiência pretérita do Estado, que não soube planejar suas gastanças, como fundamento para justificar que ele continue não fazendo o que deveria fazer, perpetuando assim, o desprezo à eficiência. Deixa, enfim, de valorizar o *dever ser* para se render a imposições das coisas tais como *vêm sendo* em razão da ineficiência recente e histórica do Estado.

Na época em que a reserva do possível passou a ser invocada no Brasil para afastar o dever do Estado, muitas práticas terapêuticas eram menos refinadas e eficazes do que aquelas empregadas atualmente. Muitos problemas de saúde poderiam levar a pessoa a óbito, porém a Medicina evoluiu e hoje as mortes provocadas por esses problemas diminuíram ou simplesmente não se verificam mais.

Quando alguém teve a ideia de substituir o atendimento ao direito fundamental à saúde por uma postura evasiva e cruel, buscando em jurisprudências alheias respaldo, sem qualquer rigor lógico, para justificar o injustificável, muitas das comodidades tecnológicas disponíveis hoje ainda não existiam, algumas ainda eram pura ficção.

Nesse período, outras áreas do conhecimento humano se desenvolveram, foram proativas,

3 “Para além da condição de direito fundamental, a tutela jusfundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental, conforme positiva o texto do artigo 196 da CF: “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. Trata-se, portanto, de típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental¹⁴. Por esta mesma razão, e já antecipando o que será exposto com maior detalhe mais adiante, o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado, podendo-se desde logo identificar – sem prejuízo de outras possíveis concretizações – uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de diversos tipos de insumos e produtos até o controle sanitário de fronteiras; e uma dimensão prestacional lato sensu, no dever de promoção à saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública.” SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_cole-tanea_TAnia_10_04_09.pdf

empreendedoras, melhoraram as condições de vida das pessoas, contribuíram, e muito, direta ou indiretamente, para a gradativa concretização da dignidade da pessoa humana.

Enquanto, enfim, outras Ciências têm evoluído e aprimorado o tratamento da saúde, a Ciência jurídica continua dando respaldo a uma administração ineficiente que abandona doentes às contingências de doenças que poderiam ser curadas, levando-os ao sofrimento, quando não à morte.

Continuar alimentando a espúria reserva do possível e não combater as causas da ineficiência de recursos para cumprir comandos normativos fundamentais, é perpetuar a ineficiência estatal, é reprimir direitos fundamentais sociais, é sepultar a Constituição e impor sofrimento àqueles que dela mais precisam.

Segundo o ditado corrente, de nada adianta chorar diante do leite derramado e, paralelamente, não adiantaria chorar diante das ganstanças pretéritas que levaram o Estado à inutilidade para o povo, pois esse pranto não mudará a perda provocada, não fará milagres. Esta, porém, é uma simples frase de efeito que leva à indolência administrativa e jurídica, que leva à inação do Estado e à negação da Constituição. Chorar pelo leite já derramado é inútil, mas avaliar os motivos pelos quais o leite sempre tem sido derramado e procurar evitá-los para o futuro é o mínimo que se deve fazer. Mas o Estado não o faz e operadores do Direito inexplicavelmente optam por respaldar a ineficiência estatal e voltar as costas para a Constituição e para as necessidades do povo.

A eficiência não é uma dádiva divina ou um resultado mágico espontâneo sem motivo anterior. A eficiência é resultado de uma administração séria, planejada.

Eficiência não se ganha, eficiência se constrói.

A utilização indiscriminada (e equivocada) da reserva do possível é o alimento sem o qual a ineficiência da administração morreria.

Se, em dado momento, a concretização do direito fundamental à saúde mostra-se impossível porque o Estado foi mal administrado e não se precaveu, cabe ao Estado precaver-se a partir de então para evitar que sua ineficiência se trone perene. Não pode ele esperar para cumprir seus fins somente depois que multidões enfurecidas invadam e depredem prédios públicos, inclusive porque essas manifestações não levam a nada, senão à vergonha e ao constrangimento pelas perdas patrimoniais para a população. Cabe ao Direito estudar os meios jurídicos para evitar os indesejáveis efeitos da ineficiência e, acima de tudo, suas causas. O emprego da reserva do possível, tal como é feito no Brasil, faz absolutamente o oposto.

Ou o Estado passa a ser administrado mediante estrita observância das imposições inerentes ao princípio da eficiência, ou daqui a séculos, ou mesmo milênios, o Estado, especialmente na efetivação do direito fundamental à saúde, continuará sendo estéril, inoperante, inerte, e as normas pertinentes continuarão mantendo-se como expressões meramente literais e infecundas na Constituição.

2. Reserva do possível

Importada, ou subtraída tropeadamente, da jurisprudência alemã e distorcida no Brasil, onde recebeu o advérbio *financeiramente* como novo sobrenome, a reserva do possível transmutou-se em *reserva do financeiramente possível* e passou a usurpar a supremacia da Constituição ao se auto atribuir o equivocado título de *teoria*, *cláusula* ou *princípio*. Advérbio de meio e de instrumento, o termo *financeiramente* parece transmutar-se em substantivo e passa a servir de pretexto para

dar a impressão de que a falta de recursos financeiros e de previsão orçamentária seriam (embora absolutamente não sejam!) contingências involuntárias não decorrentes de dolo, imprudência, negligência ou imperícia que eventualmente pudessem ter eivado a função administração pública⁴. Ora, bem se sabe que a eficiência do Estado não se confunde com a eficiência empresarial e, entre outras peculiaridades, não pode ter caráter financeiro. A empresa ineficiente não está obrigada a distribuir resultados se no exercício não ocorreram. A eficiência do Estado, porém, aponta para o cumprimento dos fins para os quais o povo o criou, definidos expressa ou implicitamente na Constituição. Absolutamente desprovida de qualquer lógica é, portanto, uma pretensa “teoria” que busca fatores financeiros como fundamento para isentar o Estado de efetivamente assumir-se como Estado de Direito e cumprir a Constituição, para liberá-lo do dever de ser eficiente.

Oportuno e imprescindível lembrar que em sua origem, a *reserva do possível* não adotou por parâmetro a insuficiência ou inexistência de recursos financeiros, mas sim os limites razoáveis delineadores (de maneira vinculante) dos contornos da pretensão formulada pelo titular o direito fundamental cuja concretização se encontre em litígio.

O homem é um primata imitador, seja simpática ou antipática esta afirmação, é isto que todo homem é. Não se trata de problema ou defeito na evolução. Ao contrário, esse ímpeto pela imitação está na raiz da evolução das culturas humanas. Sucede, contudo, que o homem às vezes imita mal ou busca procedimentos que teriam sido eficazes para outros fins, adapta-os aos seus fins e, assim agindo, simplesmente erra.

Desejável é que os importadores da reserva do possível tivessem trazido, como modelos a serem aqui imitados sem distorções, o atendimento invejavelmente eficiente do Estado alemão aos anseios de seu povo, como o atendimento à saúde sem enfermos amontoados em corredores, o acolhimento humano, inclusive a cidadãos estrangeiros, e outras condutas de um Estado realmente eficiente.

A inexistência de recursos, ainda que comprovada, não pode servir de alimento para subterfúgios que, apelidados ou disfarçados de *teoria*, *cláusula* ou *princípio*, se auto suponham superiores à Constituição.

Dizer-se que o atendimento a direitos fundamentais devem respeitar os limites do razoável subestima a inteligência mínima que deve orientar a Ciência Jurídica. O que invade os limites do razoável e se apropria dos meios necessários para preservação dos direitos fundamentais, é a destinação do dinheiro público a fins vãos, infrutíferos, e mesmo ilícitos, conflitantes com os interesses da coletividade, como a extravasão de recursos públicos sem planejamento sério, a sua sucção por atividades corruptas, a sua sangradura para remuneração a beneficiados por cargos distribuídos a título de prêmio de consolação a parceiros políticos não eleitos, ou eleitos para cargos que não propiciam o manuseio direto de dinheiro do povo. Quem administra irresponsavelmente recursos que não são seus, está fatalmente subtraindo o fruto do trabalho do real titular que, quando precisar, descobrirá que “nomeara o lobo para pastorear seu rebanho”.

Pretender-se alegar que em países nos quais, como no Brasil, a amplitude da situação de extrema penúria e a sua disseminação generalizada, exigiria e justificaria a adoção de mecanismos para conter a efetivação de direitos fundamentais, corresponde a afirmar-se que a Constituição

4 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 286.

tem caráter decorativo e que os processos destinados à concretização desses direitos não passariam de representações coreográficas.

Obviamente não se pode pretender que o Judiciário simplesmente decida favoravelmente ao atendimento de pretensões que o Estado não terá condições de cumprir. Afinal seria inútil pensar que o Estado recebeu alguma graça divina de operar milagres para fazer algo a partir do nada. Nenhum efeito prático teria a decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fazer o impossível. Porém esse impasse não legitima a utilização de palavras ou frases de mero efeito para, a rigor, não se fazer nada. Esse *não fazer nada*, esse eufemismo, tem um significado preocupante: palavras mágicas e frases de impacto são utilizadas para se descumprir os mais nobres comandos constitucionais: aqueles relativos a direitos fundamentais. Essa impossibilidade não serve de fundamento para se descumprir a Constituição.

Essa impossibilidade é um fato, como também é um fato a impossibilidade de alguém pagar os tributos que deve se por qualquer motivo estiver com sua capacidade financeira totalmente comprometida, por exemplo, mas não lhe é reconhecido o direito de simplesmente não adimplir sua obrigação tributária mediante mera alegação de *reserva do possível* e prosseguir sem qualquer providência para normalizar sua vida financeira. O contribuinte em tal situação deverá buscar sozinho a solução, pois deixou de ser previdente e quem assim se comporta é imprudente. Mas e o Estado que deixou de se precaver, que foi imprudente a ponto de inviabilizar os próprios fins para os quais foi criado?

Não foi precavido o Estado que não poupou recursos ao erigir prédios suntuosos, que não por acaso são chamados de *palácios*, para abrigar alguns, não poucos, de seus órgãos.

Não foi precavido o Estado que jamais licitou a locação de imóveis privados e sempre optou pelos melhores dentre os disponíveis, ou ainda, por aqueles pertencentes (direta ou indiretamente) a pessoas ou famílias “influentes”.

Não foi precavido o Estado que não soube evitar, e sequer amenizar, a corrupção em seu âmago. Não foi precavido o Estado que não soube planejar, que gastou antes de receber, que foi pródigo na distribuição de cargos por interesses alheios aos do povo e, não raro, com eles conflitantes.

Imprudente, e portanto ineficiente, é o Estado que recebe antes de fazer o que deveria fazer para aqueles que o criaram e sustentam, porém não faz. Não faz e jamais fará, pois se comporta como a criatura que afronta e abandona à indigência o criador e com descaso e impudência alega que agir de outra forma “é impossível”.

Oportuno lembrar que o princípio constitucional implícito da reciprocidade⁵ não compro-

5 “A reciprocidade aponta para o fato de que ninguém obtém um direito patrimonial sem o esforço correspondente. Há, sem dúvida, direitos cuja obtenção não se condiciona à reciprocidade. É o que ocorre com os direitos resultantes de sucessão hereditária ou de aposta em jogos lícitos, por exemplo. Todavia, mesmo na hipótese da herança, se confirma o princípio da reciprocidade, pois a pessoa é incentivada a inovar, produzir utilidades ou comodidades, ainda que não haja expectativa de vida longa, porque a seus sucessores estará assegurado o direito ao produto de seu esforço. O tratamento normativo em muito contribui para o desenvolvimento, pois estimula a produção das mentes mais experientes que já passaram por longos anos de aprimoramento e, inexistisse esse incentivo, simplesmente cairiam em sua derradeira improdutividade esperando o fim chegar.

Por força da reciprocidade, consoante se afirmou linhas acima, ninguém obtém um direito patrimonial sem o esforço correspondente. O trabalho gerador e legitimador do direito deve resultar em algo útil para o seu autor, para a sociedade ou para ambos. A referência que ora se faz não se limita apenas ao trabalho físico. No inciso XXXII do art. 6º, a Constituição proíbe distinções entre trabalho manual, técnico e intelectual. Aliás, os maiores avanços em matéria de saúde,

mete o que ora se busca pesquisar. A reciprocidade aponta para a necessária proporcionalidade que o patrimônio pessoal de cada um deve guardar em relação aos esforços lícitos que o titular fez para obter os bens que integram esse patrimônio.

O princípio da reciprocidade se impõe apenas em relação a bens patrimoniais. Direitos cujos conteúdos não são patrimoniais como o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao voto e outros. A obtenção desses direitos independe de esforço individual prévio, pois a fonte é inesgotável: ninguém obtém tais direitos adquirindo-os ou subtraindo-os de outrem. Não é por acaso, portanto, que direitos fundamentais são indisponíveis, não apenas jurídica, mas também logicamente. E, se próprio titular do *direito* fundamental não pode dele dispor, quem tem o *dever* fundamental correspondente não pode eximir-se de concretizá-lo.

3. Considerações finais

Nas primeiras linhas deste texto, ficou definido que o objeto de estudo seria a realidade atual do atendimento ao direito fundamental à saúde tal como ele é. Seria avaliada a juridicidade das soluções que o Estado vem adotando, notadamente quanto ao princípio constitucional da eficiência. Seriam, ainda, essas soluções, objeto de observação e avaliação tomando por parâmetros os comandos normativos constitucionais, a fim de se determinar se seu caráter é de efetiva solução ou de subterfúgio. Pois bem, a utilização da reserva do possível, principalmente em sua versão caseira de *reserva do financeiramente possível* é um desavergonhado subterfúgio sem qualquer respaldo na Constituição.

Alguém está sobrepondo interesses secundários do Estado ineficiente ao direito fundamental à saúde.

O problema exige estudo sério e, para ser sério, deve ser feito com objetividade. Apelos à emoção, às preferências ou antipatias pessoais, ao imponderável, etc., não são abrigados pelo princípio da objetividade. Quando deveriam buscar fundamentos jurídicos, alguns, por exemplo, limitam-se a questionar se seria justo que um pequeno e pobre município pagasse por caríssimo tratamento de saúde de um doente e deixasse de prover tratamentos menos custosos de outros municípios? Esta é uma pergunta que recorrentemente é feita com a equivocada impressão de que seus verdadeiros motivos e objetivos permaneceriam providencialmente ocultos, porém são óbvios. Além de óbvios os motivos, a funesta realidade é que seguidamente os noticiários testemunham que nem tratamentos simples e baratos são feitos pelo Estado. Retornando-se à pergunta que inicia este parágrafo, a resposta é uma só: não, não é justo que o poder público, considerando-se

tecnologia e bem estar resultaram originariamente de atividade intelectual. Para o princípio da reciprocidade interessa o resultado útil e não a natureza do trabalho. Quem define o esforço individual que ensejará a obtenção do direito é, obviamente, a norma jurídica.

É inquestionável que somente esforços lícitos geram direitos. O autor de um furto, de uma apropriação indébita ou de um esbulho também desenvolve um trabalho, físico e mental, entretanto ele creta o princípio da reciprocidade, pois seu objetivo não é inovar, criar algo novo e útil, mas apenas aproveitar-se do produto do esforço alheio. Na atividade ilícita, um ganha porque outro perde. Na reciprocidade, todos devem ganhar, porque ela pressupõe a criação de algo novo a ser dado em troca.

O Direito assegura o resultado desejável pelo particular (obtenção do direito) somente se a atuação por ele levada a efeito é eficaz para atingir o resultado colimado pela sociedade (inovação idônea a contribuir para o desenvolvimento). Inovação não se restringe somente ao resultado inédito, mas também à produção de algo usual, mas útil, ou mesmo, à nova utilidade dada a algo já existente." BLANCHET, Luiz Alberto. O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2010, n. 3, Ago-Dez. p. 32

sua situação naquele momento, esvazie, ou quase, seus cofres e se torne ainda mais inútil para cumprir os fins dos quais a Constituição lhe incumbiu. Mas também não é justo que esse mesmo doente, uma vez abandonado à sua sorte, veja outro doente em situações idênticas às suas sendo atendido porque mora em município mais rico. O dever fundamental da saúde não compete somente aos municípios! Cabe, ademais, aos agentes públicos, de todas as esferas da Federação, e de todos os respectivos órgãos e entidades por elas criadas, reagirem em mobilização coletiva de apoio mútuo (e gratuito, pois todos já são remunerados), colaborando uns com os outros sem preferências ou antipatias de cunho subjetivo ou corporativo, a fim de tornar essa máquina toda um conjunto harmônico e autenticamente eficiente que, no mínimo, cumpra os mandamentos fundamentais da Constituição.

Por enquanto, a mobilização coletiva que desafortunadamente se vê é aquela em que agentes públicos não evitam gastanças, levando o Estado à insolvência, decisões fundam-se em subterfúgios que legitimam a situação deplorável do Estado e negam direitos fundamentais sob o pretexto de que “não há nada a fazer”, e todos se afastam de quem está sofrendo ou morrendo, com a falsa sensação de que “fez o que pôde”, de consciência leve.

Hoje, o Judiciário deve decidir e decide; porém muitas vezes soluciona o problema do prestador ineficiente e não o do titular do direito fundamental. Constituído por aqueles a quem não reconhece direitos assegurados pela Constituição, o Estado segue em frente com a ilusão de dever cumprido. Só isto já é funesta e suficientemente desconcertante, todavia o inconveniente pretexto utilizado é estudado (e raramente criticado) como se fosse “construção jurisprudencial” e, pois, fonte subsidiária do Direito!

Os estudos mais frequentes evitam tecer avaliações críticas da postura estatal, preferem focar suas preocupações na judicialização de competências não jurisdicionais. Embora ambas, postura estatal ineficiente e judicialização, sejam indesejáveis, ainda é melhor ver o Judiciário exercendo eficazmente competências sobre cuja titularidade há alguma dúvida do que esperar que alguém faça algo, pois ninguém fará nada. É melhor ver o Judiciário, por meio de agentes que para exercício de sua função tiveram que comprovar conhecimento e aptidão, do que ver agentes de outras áreas, que foram eleitos ou indicados independentemente de prévia comprovação de capacidade e aptidão, invadindo a jurisdição.

Reserva do possível é uma prótese inconveniente, uma ferramenta ineficaz (e absurda, pois não serve para fazer algo, e sim para não fazê-lo), um artifício inoportuno que desdenha e inutiliza a Constituição, fortalece o Estado ineficiente, e abandona à penúria, à decadência, ao perecimento, o titular de direitos fundamentais.

O povo precisa de teorias, cláusulas, princípios ou que nome se lhe atribua, que viabilizem o cumprimento da Constituição e não que isentem um Estado inoperante, imprudente, ineficiente. O Direito não abrange esse método, nem foi criado para isso. O Direito como Ciência deve impedir o voo rasante, e frequente ataque, de aves de rapina sobre a Constituição, e especialmente sobre direitos fundamentais.

Obviamente não se busca, com toda argumentação ora utilizada, constranger e tampouco esperar que alguém faça algo impossível, pois com toda certeza o impossível obviamente jamais será feito. Sucede, contudo, que essa impossibilidade sempre existiu até hoje, mas não é perpétua, e tampouco sempiterna. Trata-se de uma impossibilidade que tem motivo conhecido: a ineficiência do Estado.

Já tarda o momento em que se deve admitir que reserva do possível é mero escudo da ineficiência. A absoluta necessidade de seu abandono, de sua extinção, aponta para a urgência de uma única terapia: resgatar a idoneidade do Estado, para ser o que deve ser nos termos constitucionais, e provê-lo de eficiência.

Poder-se-á dizer que o Estado brasileiro será eficiente somente quando a reserva do possível não precisar mais ser utilizada como impiedoso instrumento para afastar a concretização de direitos fundamentais.

“Reserva do possível” ou reserva da ineficiência estatal? Que “possível” é esse se o Estado não fez até hoje o *possível* para finalmente conseguir ser eficiente? E estudiosos do Direito ainda lhe dão respaldo.

Somente a tendência para a inoperância que tem mantido o direito fundamental à saúde no deplorável estado em que se encontra, inspiraria uma pergunta: a quem caberia compelir todos os órgãos do Estado a trabalharem em *mutirão* para a busca constante da eficiência, assegurando a harmonia e evitando as suscetibilidades pessoais? A resposta é muito simples: não cabe a ninguém compelir, cabe a todos por em prática. Cabe a todos observarem o Direito, cumprirem a Constituição.

Se os estudiosos do Direito, em lugar de legitimar muletas para dar sobrevida à ineficiência estatal, incentivarem esse *mutirão pela eficiência* como necessário, terão dado o primeiro grande passo. Enquanto isto não for feito, a eficiência do Estado e a concretização de direitos fundamentais continuará sendo mera utopia.

Referências

BLANCHET, Luiz Alberto. O princípio constitucional da reciprocidade como ‘ressuposto do desenvolvimento sustentável. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2010, n. 3, Ago-Dez.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coleta_nea_Tania_10_04_09.pdf

JUÍZOS IDEOLÓGICOS E O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA PURA DO DIREITO

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE¹

Sumário: 1. Positivismo, norma e interpretação. 2. A decisão judicial no positivismo kelseniano; 3. Conhecimento e vontade no ato de decidir; 4. Ideologia como componente essencial da decisão; 5. Conclusão.

1. Positivismo, Norma e Interpretação

O jurista austríaco Hans Kelsen figura, mesmo nos dias de hoje, como um dos mais influentes autores da teoria jurídica do século XX. Muitas vezes o autor foi alvo de críticas descompassadas da real proposta de sua obra (como é comum àqueles que alcançam certo nível de profusão). De todo modo, é inexorável a sua importância no cenário da ciência do Direito.

Para um efetivo entendimento da obra de Kelsen, despojado das mencionadas críticas descarilhadas da integridade de sua obra, é necessário entender, primeiramente, que o autor é um representante da corrente científica denominada como positivismo jurídico. Contudo, o mero enquadramento do autor em dada corrente epistemológica é insuficiente para que se lhe atribua o verdadeiro sentido, uma vez que sequer o positivismo jurídico pode ser visto como uma proposta científica única em termos metodológicos e epistêmicos. Clèmerson Merlin Clève observa que o positivismo é um processo que pode ser decomposto em três momentos distintos: (i) o momento da recepção do Direito romano; (ii) o momento da soberania nacional; e (iii) o momento da jurisdição e ciência”.² A obra kelseniana pode ser enquadrada no último deles.

Nesse contexto, é importante frisar que o positivismo jurídico como ciência exsurge no contexto da modernidade racional, com um intuito que Kelsen utiliza para descrever a sua mais celebrada obra, Teoria Pura do Direito, mas que pode ser atribuído a todo o positivismo jurídico: “elevant a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito”.³

Depura-se dessa ideia central, uma distinção essencial ao positivismo entre a ciência e seu objeto de estudo, vale dizer, no caso, entre a ciência do Direito e o Direito (norma), conhecido como objeto dotado de exterioridade.⁴ A principal consequência em se isolar a norma como objeto de estudo acarreta a dissociação de qualquer outra sorte de elementos – notadamente a moral, o

1 Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná, Advogado.

2 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 98.

3 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. VII.

4 TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008, p. 26.

valor, a justiça – como preocupações da elaboração científica que dessa concepção irá decorrer.⁵ Partindo das lições de Norberto Bobbio, Michel Troper esclarece que, ainda assim, o positivismo jurídico como ciência é um signo que se traduz em três diferentes concepções: o normativismo, o realismo e o positivismo enquanto ideologia.⁶ O realismo “pretende reduzir o Direito a um conjunto determinado de fatos – os comportamentos dos juízes – e fazer da ciência do Direito uma ciência empírica”,⁷ o positivismo como ideologia “prescreve a obediência ao Direito enunciado e estabelecido, ou porque se acredita, como a escola da exegese na França, que ele seja justo, ou, independentemente de seu caráter justo ou injusto, porque é o Direito”.⁸ O normativismo, contudo, não se debruça nem sobre o dado empírico da aplicação do Direito na prática pelos juízes, nem tampouco prescreve que o Direito deva ser obedecido, ou que é justo (até mesmo porque esse juízo de valor retiraria a neutralidade da análise do objeto), mas debruça-se hileticamente sobre a norma, analisando-a de modo dissociado da moral, a fim de elaborar conclusões científicas a seu respeito. A maior marca do normativismo, é, portanto, a avaloratividade.⁹ E é nesta corrente que se pode enquadrar o positivismo kelseniano.

É importante observar que a exclusão de elementos como a moral ou a justiça da ciência do Direito não significa que Kelsen os desconsiderasse. O autor objetivava “evitar um sincretismo metodológico” que levasse a ciência do Direito a discussões estéreis e para além do seu objeto: a norma jurídica.¹⁰ Apesar de serem comuns interpretações superficiais, fato é que “o normativismo kelseniano não pode ser reduzido a um mero legalismo em que impera a literalidade indiscutível da lei”.¹¹

Consecutário dessa concepção normativista (dissociada do realismo, portanto) o positivismo procura singularizar a “Jurisprudência” (esta aqui e doravante entendida como sinônimo de “ciência do Direito” e não, como comumente entendido, o conjunto de decisões reiteradas pelos Tribunais) separando-a das demais ciências justamente. Isso deve ocorrer justamente porque o seu objeto não é ontológico, mas deontológico.¹² Vale dizer, as demais ciências buscarão descrever objetos que efetivamente se dão, buscando esclarecer as regras e causalidades relacionais entre eles – comumente sintetizadas na relação “se A é, B é”. Ou seja, a configuração de determinadas condições específicas implica um resultado preciso com nexo causal inexorável, tal como: “a água, dentro das condições normais de temperatura e pressão, ferverá (ebulirá) ao atingir a temperatura de 100°C”. Esse é um fato da natureza, e tal enunciado apenas traduz verbalmente algo que, enunciado ou não, inexoravelmente ocorre independente tanto da enunciação quanto da vontade humana.

5 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 133.

6 TROPER, Michel. A filosofia do direito..., p. 26-27.

7 TROPER, Michel. A filosofia do direito..., p. 26.

8 TROPER, Michel. A filosofia do direito..., p. 28.

9 HACHEM, Daniel Wunder; NAGAO, Luís Ossamu Gelati. Justiça e felicidade entre o direito e a moral nas vertentes do positivismo. in: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.) **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 77.

10 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis: Editora da UFSC, nº 57, dez. 2008, p. 99.

11 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Revista Sequência**, Florianópolis: Editora da UFSC, nº 67, dez. 2013, p. 124.

12 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito... p. 4.

Na ciência do Direito, contudo, “se A é, B deve ser”, ou seja, há uma relação de causalidade deontológica, prescrita do que deve acontecer, mas não do que necessariamente acontece. Ou seja, pode-se dizer que, segundo dado ordenamento jurídico válido, “o furto deve ser punido” e que, submetido àquele ordenamento, “Fulano furtou”, donde, por norma, “Fulano deve ser punido”. Contudo, não é possível concluir que “se furta, Fulano é punido”, pois pode ser que tal norma (Fulano deve ser punido) jamais seja pronunciada por um juiz,¹³ ou pode ser ainda, que nunca alguém que furtar seja punido, o que não compromete de modo algum, cientificamente, a validade da norma deontológica, uma vez que o fundamento de validade não é o mundo do ser, mas sim o próprio ordenamento.¹⁴

Diante disso, é importante observar que o isolamento do objeto de estudo (norma) da realidade ontológica busca garantir a pureza da análise, que vai observar justamente o seu conteúdo jurídico, não prático, e que, para realização, precisa ser intermediado pela interpretação de alguém, pois, diferente das normas das ciências ontológicas, a relação de causalidade não ocorre sem um processo interpretativo que atribua ao fato A a consequência B, que “deve ser”. Isso porque a norma jurídica “se apresenta como esquema de interpretação”.¹⁵

Cumprе ressaltar, por conseguinte, que a interpretação das prescrições normativas possui um papel fundamental, segundo a teoria kelseniana, para a concretização das normas (objeto da ciência do Direito) uma vez que, por serem fruto da vontade humana e expressadas pela linguagem, as normas jurídicas apenas se dão através de um ato interpretativo. É a interpretação que oferece o sentido do dever-ser.¹⁶ Nas palavras de Kelsen, “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”, ou seja, é o ato de vontade que constitui o sentido da norma.¹⁷

2. A decisão judicial no positivismo kelseniano

No esteio do que se escorçou até o momento, é possível ressaltar a importância, e ao mesmo tempo recortar o objeto de estudo, a respeito da decisão judicial no positivismo kelseniano. Isso porque, como visto, a norma, que é, por sua vez, o objeto da Teoria Pura do Direito, passa inexoravelmente por um processo volitivo de interpretação. Nesse aporte, tem-se que a prescrição deontológica da Lei “é materialmente vazia”,¹⁸ e, assim, só surtirá consequências após ser aplicada.

Ocorre, é claro, que é dado a qualquer pessoa a capacidade interpretativa de atribuir significado à Lei e, nem por isso, Kelsen admitirá que a norma jurídica válida poderá ter qualquer fonte. Isso porque é um ponto fulcral na Teoria Pura do Direito a diferença entre norma jurídica/proposição jurídica e, paralelamente, interpretação autêntica/interpretação não-autêntica.¹⁹

13 TROPER, Michel. A filosofia do Direito... p. 52.

14 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito... p. 9.

15 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen..., p. 100.

16 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen..., p. 100.

17 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito..., p. 5.

18 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen..., p. 101.

19 “No que tange o primeiro binômio, pontue-se sucintamente que: Proposições jurídicas são juízos hipotéticos, formulados pela ciência do Direito, sem interferências valorativas, que enunciam que, de acordo com o sentido de uma ordem jurídica dada ao conhecimentos sob determinadas condições fixadas por este ordenamento, devem intervir certas consequências positivadas neste mesmo ordenamento. De outro lado, normas jurídicas são mandamentos, comandos, imperativos. Enquanto a ciência do direito tem por função conhecer o direito e descrevê-lo, os órgãos jurídicos têm por missão produzir o direito para que ele possa ser conhecido e descrito pela ciência do Direito. Assim, norma

Assim, nota-se que enquanto as prescrições estarão no plano da veracidade (vale dizer, são verdadeiras ou falsas) as normas estão no plano da validade – ou seja, são válidas ou inválidas.²⁰ No exemplo dado anteriormente, caso um físico, na qualidade de cientista, enuncie que “a água ferve a 50°C”, tal proposição é verdadeira ou falsa, na medida em que corresponderá ou não ao plano ontológico. Mesmo no plano deontológico, contudo, é possível tecer proposições. Caso um jurista, na qualidade de cientista do Direito, enuncie que “se Fulano rouba, deve ser punido”, não está a imputar pena alguma ao sujeito, nem aplicando a norma.²¹

Note-se que, nessa matiz, a “autoridade jurídica” é o que ganha relevância para a essencialidade da distinção entre a norma e a proposição. Isso porque, segundo Kelsen, o Direito, em si, não “ensina” nada, apenas “prescreve, permite, confere poder ou competência”.²² E, nesse âmbito, observa-se que muitas vezes não haverá diferenças entre o enunciado prescritivo e o enunciado normativo. Ao dizer que “Fulano deve ser punido”, pode-se tanto estar emitindo uma prescrição científica a respeito de uma norma quanto de fato condenando o sujeito à sanção, ou seja, aplicando uma norma punitiva. Aí reside a diferença entre a interpretação feita pelo cientista do Direito e da autoridade jurídica. Kelsen não olvida que a produção teórico-científica pode, inclusive, captar a lógica e ordenar (transformar o “caos” em “cosmos”) o ordenamento jurídico, “esta ‘produção’, porém, tem um puro caráter teorético ou gnosiológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica”.²³

Por conseguinte, fica evidenciada a importância do segundo binômio (interpretação autêntica/interpretação não-autêntica). Kelsen entende que apenas as autoridades jurídicas (que, entende, são o legislador e o julgador)²⁴ conferem a interpretação autêntica ao Direito, seja formulando normas gerais, no caso do legislador, em conformidade com o restante do ordenamento, ou individuais, no caso do julgador.

Kelsen não olvida que a autenticidade da própria interpretação é auto-referente ao ordenamento jurídico. Vale dizer: determinados sujeitos são os intérpretes autênticos, podendo dar verdadeiro sentido à norma, porque há fundamento de validade que garante essa competência dentro do próprio ordenamento. Assim, “o juiz só pode dizer o que é Direito porque antes foi classificado por esse mesmo Direito como juiz; ou seja, para existir, o decisionismo judicial precisa de uma norma

jurídica e proposição jurídica têm caráter logicamente diverso. A distinção revela-se no fato das proposições jurídicas formuladas pela ciência do direito serem verídicas ou inverídicas (i.é., conforme a vinculatividade da descrição a uma norma jurídica válida), enquanto as normas jurídicas podem ser válidas ou inválidas (conforme provenham ou não de uma outra norma jurídica válida).” CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen..., p. 101.

20 TROPER, Michel. **A filosofia do Direito**..., p. 35-39.

21 Nas palavras de Kelsen: “Nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei, entre o código penal e um tratado de Direito penal. A distinção releva-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descreve o Direito e que não atribuem ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas; tal como os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**..., p. 85.

22 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**..., p. 83.

23 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**..., p. 84.

24 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**..., p. 83.

válida anterior que o constitua como tal.”²⁵ Só os sujeitos competentes podem agir na criação e na aplicação do Direito – nos limites de sua jurisdição.²⁶

Assim, no positivismo kelseniano, a decisão judicial configura-se como uma das verdadeiras formas de aplicação/interpretação autêntica da norma, voltada ao plano individual, e se difere da proposição jurídica, que é enunciada pela ciência do Direito. Isso porque não só a norma judicial possui fundamento de validade no próprio ordenamento, mas também, consecutivamente, ao, dizer que “se A é, B deve ser”, tem a força para fazer, legitimamente, que B, efetivamente, seja.

Como dito, contudo, a norma jurídica, diferente das leis naturais, precisa ser enunciada (por um intérprete autêntico) para possuir validade e produzir efeitos práticos, o que envolve um processo interpretativo, decorrente da própria natureza imprecisa da linguagem – o que, obviamente, produz um grau de incerteza. Mas tal volatilidade não se confunde com o subjetivismo, pelo contrário. A questão da discricionariedade judicial e a vontade do juiz não passarão de modo contingente na Teoria Pura do Direito.

3. Conhecimento e vontade no ato de decidir

Trata o último capítulo (desconsiderados os apêndices posteriores) do Teoria Pura do Direito a respeito da problemática da interpretação, tanto autêntica quanto não-autêntica. Nele, Kelsen se debruça sobre o caráter indeterminado do Direito, e observa que tal indeterminação pode ser tanto intencional quanto não intencional. Uma indeterminação intencional seria, por exemplo, o caso em que a moldura da norma oferece como sanção para determinada conduta tanto multa quanto prisão, a depender da gravidade. O cabimento de uma ou outra consequência jurídica àquela conduta descrita ficará conforme o juízo discricionário do juiz.²⁷ Já a indeterminação não intencional decorre do fato de que “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis”,²⁸ “dada a natureza linguística das normas jurídicas, a equivocidade é ineliminável”.²⁹ Ou seja, mesmo a atribuição de sentidos a determinadas palavras poderá, na maioria dos casos, levar a plúrimas possibilidades de significação – cabendo à discricionariedade do juiz aplicador/intérprete escolher por este ou aquele significado.

Tanto na indeterminação intencional quanto na não-intencional (mas, sobretudo, nesta) reside um ponto fulcral da teoria kelseniana: a lei, então, é apenas uma moldura (ora mais, ora menos restrita) que, uma vez contemplada, fornece um rol de respostas jurídicas possíveis que são igualmente válidas. Isso porque, se todas as decisões mencionadas se enquadram na norma mais

25 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 130.

26 Ou seja: “A vontade do aplicador/criador do direito sofre uma regulação formal. Em outras palavras, há certos requisitos para que uma decisão seja expressão de uma interpretação jurídica autêntica. Um deles, por óbvio, é a constituição formal, feita pelo ordenamento jurídico, da autoridade judicial. Nesse sentido, a Teoria Pura do Direito busca identificar as autoridades existentes no ordenamento, tentando inclusive indicar a primeira autoridade histórica, assim como explicar a maneira pela qual se confere a autoridade aos demais escalões da pirâmide normativa. Trata-se, portanto, de uma análise formal da validade das normas, quer dizer, uma derivação normativa dinâmica que despreza o conteúdo e se resolve no problema da norma fundamental (*Grundnorm*)(...)” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 130.

27 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** p. 380-381.

28 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...**, p. 381.

29 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da interpretação jurídica de Kelsen...**, p. 103.

geral (lei), possuem o fundamento de validade resguardado. Assim, Kelsen nega a tratativa de uma decisão mais correta do que a outra, ou, ainda, de uma única decisão correta: a “melhor” decisão. O autor traça, ainda, um paralelo, entre a tarefa de decidir e a de criar leis conforme a hierarquia das normas.³⁰

Logo, Kelsen em momento algum exclui a vontade, o ímpeto, do intérprete oficial, com mais ou menos restrição, no papel de criar a norma, mesmo individual. Por conseguinte, “a escolha entre as interpretações compreendidas dentro da moldura está baseada pura e simplesmente na vontade particular do juiz, não sendo orientada por nenhuma norma interpretativa ou padrão de justiça externo ao Direito, a exemplo de princípios vinculativos (Dworkin) ou da consideração de um juiz-tipo (Schmitt)”.³¹ Outrossim, destaque-se que “o poder discricionário do juiz é intensificado na teoria da interpretação kelseniana, pois a escolha que embasa a decisão está pautada em valores particulares do aplicador do Direito, não havendo uma ‘moral institucionalizada’ ou pertencendo ao Direito que possa limitá-lo, ao contrário do que propõem pós-positivistas como Alexy”.³²

Nota-se, contudo, que, em relação à validade da norma por estar, ou não, “dentro da ‘moldura’”, houve um deslocamento do pensamento kelseniano entre a primeira e a segunda edições do Teoria Pura do Direito. Na primeira edição do livro, em 1934, Kelsen definia o ato de interpretação como conhecimento e vontade, vale dizer, sua vontade influía apenas depois que a apreensão dos limites da lei (a “moldura”) estava perfeitamente delimitada.³³

Contudo, “mesmo essa frágil barreira cai por terra em 1960, na segunda e definitiva edição da Teoria Pura do Direito, na qual Kelsen reconhece que o juiz pode, mediante um autêntico ato interpretativo, decidir fora da moldura proposta pela ciência do Direito”,³⁴ donde verifica-se que “no

30 “A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter a partir da lei a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se propõe, nos quadros da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos; mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material e uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz: aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito...**, p. 384.

31 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 126.

32 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 126.

33 “O primeiro momento – cognitivo – é o que se liga diretamente ao normativismo. A norma a ser aplicada configura-se assim como uma moldura que delimitará a vontade do juiz, tornando o ato discricionário e não arbitrário. Nesse primeiro momento é necessário conhecer todas as possibilidades de interpretação permitidas pela indeterminação da norma (...). O segundo momento – volitivo – liga-se diretamente à discricionariedade. O aplicador do direito deve escolher, a partir de sua vontade, uma dentre as várias interpretações possíveis identificadas no momento cognitivo, ou seja, dentre aquelas possibilidades compreendidas pela moldura normativa.” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 126.

34 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 127.

final da vida, Kelsen abandonou a concepção hilética das normas e se aproximou das concepção expressiva dos realistas”.³⁵

Nesse âmbito, “a radicalização de Kelsen de 1960 não significa que a moldura deixou de existir, mas sim que ela pode ser continuamente ampliada por atos de vontade daqueles a quem a ordem jurídica confiou o poder de decidir. Em sentido prático, isso equivale a uma autorização para que qualquer decisão tomada pelo órgão competente seja válida”.³⁶ Assim, “Kelsen, portanto, admite que o juiz possa, pela via da interpretação, criar Direito novo, situado fora da moldura da norma”,³⁷ o que lhe rendeu diversas críticas.³⁸ Todavia, “é exatamente a teoria da interpretação de Kelsen que irá deixar clara sua opção metodológica, colocando-se contra a ideologia iluminista da subsunção que vê no juiz um mero operador lógico, personificado, nos termos de Montesquieu e Schmitt, com o a ‘boca da lei’”.³⁹

De toda sorte, cumpre observar que, tanto na primeira quanto na segunda concepções, Kelsen admite que a vontade é essencial na decisão judicial, seja para escolher dentre as diversas opções interpretativas, seja livremente. A questão é que, ainda que a norma individual proferida pelo juiz pudesse estar em desconformidade com o preceito jurídico que se tem de uma norma de hierarquia superior e mais genérica, ela ainda poderia ser estudada, mesmo como a não-realização do objetivo deontológico. Assim, “a discricionariedade atribuída ao aplicador do Direito possibilitou a Kelsen que questões metajurídicas – como fatores morais, éticos, políticos e sociais – influenciassem a decisão, sem que restasse comprometida a pureza metodológica de sua teoria”.⁴⁰

Não se compromete a Teoria Pura de Kelsen porque em momento algum da obra, como visto no primeiro tópico, o autor pretendeu afirmar que o seu objeto de estudo (a norma) era puro, divorciado de juízos morais, éticos, políticos, sociais, ideológicos etc., mas se pretendia pura a teoria que esquadrihava tal objeto. Ademais, mesmo a norma individual (como uma decisão judicial) era norma como uma mais geral (tal qual uma Lei). Assim, admitir que, por meio da interpretação autêntica, fatores além da depuração eminentemente jurídica do enunciado normativo influenciem o processo de aplicação do Direito não altera o objeto de análise. Como pontuado, Kelsen em momento algum resume o julgador a um mero operador lógico, *bouche de la loi*, donde a existência de

35 TROPER, Michel. **A filosofia do Direito...**, p. 53. “Kelsen alerta para a possibilidade de, pela via da interpretação autêntica, poder-se produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Na hipótese de uma norma oferecer, através do emprego de um termo genérico, e.g., cinco diferentes interpretações, o juiz pode escolher uma sexta significação que se coloque completamente fora da moldura normativa. Como afirma Kelsen, uma decisão judicial “ilegal” pode, por força do seu trânsito em julgado, tornar-se definitiva, e isto não a torna “antijurídica”. Com efeito, embora tal decisão possa contrariar algum preceito material ou processual previsto em norma geral, encontra respaldo em outra disposição da própria lei geral, isto é, o instituto do trânsito em julgado (...). É possível, pois, a criação de direito novo para além do disposto na moldura normativa.” CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da interpretação jurídica de Kelsen...**, p. 105.

36 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 128.

37 VIDAL, Marcelo Furtado. **Ideologia e interpretação na teoria pura do Direito de Hans Kelsen.** in: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte: TRT, nº 62, jul./dez. 2000, p. 137.

38 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 128.

39 MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; Milão, Diego Antonio Perini. **Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito...**, p. 124.

40 CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da interpretação jurídica de Kelsen...**, p. 105.

vários fatores extrajurídicos que influenciam a decisão é apenas mais um dado contatado pela ciência do Direito, que se esgota em observar isso, uma vez que não lhe interessa estudar tais fatores.

4. Ideologia como componente essencial da decisão

Kelsen admite que fatores da “política do Direito” e não da “ciência do Direito”, tais como os morais, políticos etc. irão influenciar a norma também quando ela consiste na decisão judicial, passando a forma através do processo volitivo inevitável da interpretação. Evidentemente, mantendo a coerência com a sua Teoria Pura, a que não interessa o estudo de tais fatores, não é possível encontrar na obra kelseniana maiores elaborações a respeito. Contudo, no ensejo das constatações de Hans Kelsen é possível tecer algumas breves considerações a respeito do papel que a ideologia desempenha como fator determinante na decisão judicial, uma vez que, no entendimento kelseniano, sem dúvida ela influencia o processo decisional e, por conseguinte, a significação da norma.

Não raro, contudo, a concepção acoplada ao Poder Judiciário é a da desafetação desse Poder à arena política, aos juízos políticos, situado num local privilegiado, protegido sob o véu da neutralidade, como se o juiz, na judicatura, não se utilizasse do poder que tem, através da legitimação de ser um intérprete autêntico da norma, a fim de interpretar o mundo e normatizá-lo conforme a sua própria ideologia. Clémerson Merlin Clève demonstra bem esse paradoxo.⁴¹

Rui Portanova pondera que “o juiz é um agente político do Estado e do Poder. Foi investido nessa função por critérios estabelecidos na Constituição e mediante forma legal. O juiz deve ser a expressão da democracia”.⁴² Observe-se que tais concepções são complementares, e não contraditórias, e vão ao encontro da concepção kelseniana de que o fundamento de validade da norma prolatada pelo juiz, não isenta da ideologia, é justamente o fato de o próprio ordenamento atribuir-lhe o poder de fazer a interpretação autêntica. Admitir-se a não-neutralidade política do juiz, além de permitir a apreciação séria da carga de suas decisões, também o coloca como agente na construção de um projeto democrático, como normalmente se espera dos agentes do Poder Legislativo e Executivo, tal como fez Kelsen, que os entende, todos, em suas competências específicas, como intérpretes autênticos.

É muito arraigada a concepção de que a consecução desse projeto seria tarefa dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que o Poder Judiciário classicamente não possui a incumbência de um “projeto”, pois é tido como uma função dispositiva do Estado para resolver os problemas alheios a si. Entendido, dentro de um prisma kelseniano, que a Constituição seria, no ordenamento jurídico brasileiro atual a norma de mais alto patamar hierárquico, certamente ensaja, habilita e autoriza o juiz a efetivar o projeto democrático constitucional, colocando-o no epicentro da realidade

41 “Os operadores jurídicos e, em especial, os juízes devem assumir a dimensão ideológica do direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de ideologia fazem repousa a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante de solução do caso decidido. Somente assim se conseguirá alcançar a transparência no universo jurisdicional, transparência esta exigida pelo Estado Democrático de Direito. A negação da ideologia muitas vezes não passa de mecanismo de ocultação da carga ideológica da decisão. Ocultação que impede ou dificulta o exercício do direito de impugnação pelo judiciário (duplo grau de jurisdição).” CLÈVE, Clémerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. in: CLÈVE, Clémerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais - direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 667.

42 PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 122/123.

política e da construção democrática.⁴³ Para Dalmo de Abreu Dallari, que vê o magistrado com o delegado do Povo, a coercibilidade do poder do juiz, a garantia de executabilidade e cumprimento das decisões, advém não da mera delegação dos particulares da jurisdição para que o Estado, enquanto terceiro, arbitre suas contendas individuais, mas, muito mais, justamente porque a atuação do judiciário está estritamente comprometida com a efetivação desses “objetivos sociais. Daí vem sua força”.⁴⁴

Nas palavras de Eneida Desiree Salgado, “as tarefas impostas constitucionalmente devem ser cumpridas. A adequada compreensão dos fundamentos e dos objetivos do Estado brasileiro permite a realização máxima dos seus dispositivos”.⁴⁵ Onde, no cerne da resposta institucional do Judiciário a esta atuação, reside precisamente que sejam esclarecidas as posições tomadas, as ideologias adotadas, o desvelo político de demandas que são eminentemente políticas, mas às quais ainda se busca impingir um tratamento apolítico.⁴⁶

5. Conclusão

Sob a égide kelseniana, o ato de decisão judicial configura-se em uma forma de interpretação autêntica das normas jurídicas gerais e, diferentemente das meras prescrições, surtirão consequências práticas e deontológicas, com fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico, que autorizou o Judiciário ao ser um intérprete autêntico.

Igualmente, a aplicação dessas normas, através das decisões judiciais, passa por um inextricável processo de interpretação, que é, sempre, um ato de vontade, ou, ao menos, conhecimento e vontade. Em razão disso, a aplicação das normas não será um exercício puramente jurídico, mas também será informada por diversos outros fatores estranhos à ciência do Direito, tal como a ideologia do intérprete.

Nesse panorama, o magistrado existe como agente político no cenário democrático atual, isento de neutralidade, independentemente de assumir esse papel, seja explicitamente, seja para si próprio. Por conseguinte, atua politicamente a todo momento, tornando concretas as suas concepções de mundo que são intermediadas pela ideologia. Ademais, também tem a função de efetivar o projeto democrático encetado na Constituição, e está comprometido com tais objetivos de modo não apartado, nem neutro. Assim, como intérprete autêntico das normas, e do texto constitucional, o magistrado também está inserto nas celeumas políticas da realidade que o cerca, e, independentemente de como aplique o Direito, está sempre voltado à concretização de alguma recorte ideológico.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis: Editora da UFSC, nº 57, dez. 2008, p. 95-114.

43 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

44 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes...** *op. cit.*, p. 92.

45 SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia** – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 259.

46 SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 102/103.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. in: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais - direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder; NAGAO, Luís Ossamu Gelati. *Justiça e felicidade entre o direito e a moral nas vertentes do positivismo*. in: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Perini. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Revista Sequência**, Florianópolis: Editora da UFSC, nº 67, dez. 2013, p. 111-137.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução de.. São Paulo: Martins, 2008.

VIDAL, Marcelo Furtado. Ideologia e interpretação na teoria pura do Direito de Hans Kelsen. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte: TRT, nº 62, jul./dez. 2000, p. 129-144.

MECANISMOS DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO: AS LEIS ANTICORRUPÇÃO E OS CÓDIGOS DE ÉTICA NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Ética e moral. 3. Mecanismos de prevenção e combate à corrupção. 4. O controle da ética e da moralidade no seio da entidade municipal brasileira.

1. Introdução

É no universo do exercício do poder no Estado que se concentra o núcleo desta análise, uma vez que desde os primórdios da humanidade as relações entre indivíduos se deram visando o Poder, isto é, a uma relação de dependência, quando alguém quer algo que depende da vontade de outro.

Hannah Arendet publicou, em 1951, *Origins of Totalitarianism*, quando abordou que o Poder implica, necessariamente, na existência de duas ou mais pessoas e que a política pressupõe a legitimação do Poder.

Como ponderou Michel Foucault, o Poder deve ser analisado como algo que circula e que se exerce em rede, na qual os indivíduos, ao mesmo tempo em que a exercem, sofrem sua ação. O homem cede seu direito em troca de proteção e, por sua vontade, dá origem ao Estado como uma sociedade organizada para realizar seus fins, o bem comum de seus membros, o que significa que cada um de nós é, também, titular de certo Poder.²

Criado o Estado, passa a deter um Poder soberano na qualidade de autoridade suprema no grupo, que não é algo natural, mas é uma prática social que se estabelece com a arte de governar, limitando a liberdade do indivíduo e controlando suas ações.

O tema proposto se encontra embasado em conceitos jurídicos, políticos, ideológicos e filosóficos, porém considerando que a entidade estatal nada mais é do que uma comunidade organizada pela ordem jurídica nacional é nela que vamos fixar e limitar nossas considerações.

O Estado aparece como uma sociedade politicamente organizada é, como ponderou Kelsen “Toda organização é uma ordem e esta ordem é o direito”.³

A sociedade estatal é um produto cultural, é uma criação do homem, e caracteriza, como disse Luis Legaz Lacambra, uma realidade complexa da existência humana, que não se define

1 Doutora em Direito do Estado pela UFPR, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Coordenadora Geral do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

2 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 22.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006. p.12 e segs.

3 KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. México: Imprenta Universitaria, 1950. p.191.

pelos valores religiosos, éticos que possa realizar, mas pelo Direito, e isto não porque se confunda ou identifique com ele, mas por ser uma comunidade jurídica, pois não há Estado sem Direito.⁴

Como pessoa jurídica nada mais é do que um mero conceito, uma abstração, que, em decorrência de sua personalidade criada pelo Direito, atua quando faz leis, dita atos administrativos ou emite uma sentença.

É o poder do Estado que o diferencia de todas as outras pessoas jurídicas, individuais ou coletivas, públicas ou privadas. Este poder de mandar, obrigar a um comportamento, lhe é concedido pelo povo, através de sua Constituição

Necessário entender o que se tem por Constituição, para compreender o poder do Estado, na medida em que é ela que fundamenta o sistema jurídico normativo, estruturado hierarquicamente e representa o seu mais alto nível, sua norma fundamental.

A Constituição organiza o Estado, determina suas funções e as competências de seus órgãos, bem como a relação entre eles, as formas, os limites e as competências de seus órgãos, os direitos fundamentais, a garantia de tais direitos, isto é, é a Lei Magna da organização do Estado e da vida nacional.⁵

Corresponde a um padrão valorativo ideal, que, como direito positivado, não é só norma, mas, também, é realidade, o que leva o interprete ao aplicá-la ter em mente que encontra sentido em certos valores, em certos fatos que representam seu objetivo real, na medida em que existem os que proporcionaram sua produção.

Pinto Ferreira já disse que “os textos legislativos constitucionais são uma fotografia em miniatura da paisagem social”, refletem um sistema de valores, estribado em princípios filosóficos, jurídicos e políticos, que limitam e determinam o modo de ser concebido o poder no Estado, e que contém as aspirações da sociedade.⁶

O Estado Democrático de Direito surge quando a Constituição passa a impor, a todos, àqueles que governam e aos governados, o respeito integral à ela e às leis, na condição de representantes da vontade do povo e não do governante. Diante de tal cenário é preciso que sejam superadas adversidades quando praticadas por seus agentes, políticos, delegados, servidores, etc.

Com tais características deve promover a justiça social e influir na realidade, tendo como objetivo um comportamento ético e moral por parte de todos, principalmente daqueles que servem e atuam em nome do Estado.

2. Ética e Moral

A palavra ética é derivada do grego “ethos” e significa “modo de ser”, “caráter”, e está relacionada às atitudes dos indivíduos, a forma como interagem uns com os outros, representando o conjunto de valores que norteiam a conduta humana na sociedade.

Segundo De Plácido e Silva, a ética pode ser definida como a “ciência da moral”, que, por sua vez, diz respeito aos costumes, regras, tabus, convenções, estabelecidas em uma sociedade, para assinalar “o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios da

4 LACAMBRA, Luis Legaz. **Filosofia del Derecho**. Barcelona: Casa Editorial, p.648.

5 MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p.45.

6 FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5.ed. São Paulo: RT, 1971. T.1. p. 65.

humanidade”, ou seja, representa o conjunto de princípios morais que devem ser respeitados na vida em sociedade e no exercício de uma profissão.⁷

Ética e moral são conceitos relacionados entre si, em que pese tenham sentido distintos. A ética está fundamentada em valores morais que devem orientar o comportamento humano em sociedade.

No dizer de Kant está centrada na noção de dever e o conceito de moralidade, como princípio, é geral e se sobrepõe aos princípios morais particulares.

O seu ponto de partida é o conceito de boa vontade, que significa a vontade moralmente boa. Dizer o que é bom, não depende de qualquer condição subjetiva, na medida em que o sujeito seja capaz de julgar o que é, e fazer distinção entre o moralmente bom, útil e agradável, pois o moralmente bom é considerado como um dever.⁸

A moral é resultado dos valores socialmente aceitos e passíveis de serem questionados pela ética, em busca do justo. É possível uma ação moral ou imoral sem qualquer reflexão ética, como existir uma reflexão ética de uma ação moral ou imoral. Por exemplo: uma pessoa roubar um remédio para salvar uma vida é um comportamento imoral, que pode ser justificado eticamente.

Conforme José Afonso da Silva, “A lei pode ser cumprida moral ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por ex, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”.⁹

Assim, quando se fala em Código de Ética, se quer dizer as regras morais que buscam uma conduta ética. As normas morais, por sua vez, são cumpridas a partir da convicção íntima da pessoa, que age de acordo com os costumes e valores de certa sociedade, já a ética é a parte da filosofia que estuda a moral, que questiona as regras morais.

A conduta ética é a realização de um comportamento conforme valores e princípios morais, os quais são fruto do padrão cultural vigente.

3. Mecanismos de prevenção e combate à corrupção

Antes de qualquer coisa, ao tratar de mecanismos de prevenção e combate à corrupção, é preciso registrar a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello ao dizer que “o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando a sanção é prevista e depois aplicada, o que se pretende com isto é, tanto despertar em quem sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade”.¹⁰

Considerando a superioridade hierárquica da Constituição, toda interpretação jurídica deve ser constitucional, isto porque todas as suas normas são dotadas de imperatividade, o que leva o

7 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 1982. v.1-2, p. 223 e v.3, p.210.

8 ALMEIDA, Guido Antônio. Introdução. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p.20-36.

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo:Malheiros, 2006. p.464.

10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.866-867.

interprete, antes de aplicar uma norma, verificar se é com ela compatível, porque, se não for, não deverá incidir.

Na seara do neo-constitucionalismo e da constitucionalização do Direito Administrativo, existe, no texto constitucional, vasta disciplina voltada para a Administração Pública, inclusive com a determinação de princípios que devem ser por ela respeitados, o que significa dizer que a lei deixa de ser o fundamento maior da atuação administrativa, para se tornar apenas um daqueles princípios instituídos pela Constituição.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece a importância da moral como valor ético-social e da família, que se impõe, por exemplo, aos meios de comunicação social (art. 221, IV da CF) e a torna um bem indenizável (art. 5º, V e X CF), quando determina que “A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação”.¹¹

Do mesmo modo, a Lei Fundamental brasileira, previu, no caput de seu artigo 37, os princípios que devem nortear o atuar da Administração Pública e, dentre eles, relacionou o princípio da moralidade que impõe, aos seus agentes, a conformidade com os princípios éticos.

A moralidade da Administração Pública não está restrita a distinguir o bem e o mal, na medida em que deve, também, atingir o seu fim, isto é, sempre atender ao bem comum.

Além disso, ainda, está protegida, pelo art. 5º, LXXIII, pois prevê a possibilidade de propositura de ação popular para anular “ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente”, etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello cita Jesus Gonzales Peres para ressaltar que o princípio da moralidade compreende, em seu âmbito, os chamados da lealdade e da boa fé, e registra o pensamento do professor espanhol ao anotar que a “Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe inderdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício por parte dos cidadãos”.¹²

O artigo 85, V da CF aceita, como hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República, atentar contra a probidade na administração e, depois de relacionar a moralidade como um dos princípios impostos a atuação da Administração Pública, no parágrafo 4º, do art. 37, reconhece que os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos, levarão “a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em leis, sem prejuízo da ação penal cabível”.

É necessário registrar que a «improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto», aquele que é incorreto por transgredir as regras da lei e da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos.¹³

O Código Penal brasileiro que data de 1940, em vigor até os dias de hoje com as correções necessárias, em seu Capítulo XI, nos artigos 312 a 327, criminaliza diversas condutas prejudiciais à Administração Pública, praticadas tanto por agentes públicos como por particulares, são atos que,

11 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo:Malheiros, 2006. p.201.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.102.

13 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 1982. v.1. p. 431/432.

por sua vez, violam a ética e a moralidade, e, nos termos do conceito acima registrado, caracterizam uma improbidade

A corrupção como ato de oferecer algo para obter alguma vantagem, com o efeito de favorecer a um e prejudicar outro, é tida pelo Código Penal como crime, e prevê que tal ação comporta dois lados: o da corrupção passiva e ativa. No art. 317 define como ativa: “solicitar ou receber para si ou para outros, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou, antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Já no, art. 333, considera como corrupção ativa: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Por sua vez, a Lei 8.429/1992 e suas alterações, dispõem sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, de cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional e dá outras providências.

No art. 4º prevê que os “agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos” e, no artigo 6, dispõe que “No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiado os bens e valores acrescidos em seu patrimônio”.

O art. 10 define como atos de improbidade administrativa aqueles que importam em enriquecimento ilícito e os que causam prejuízo ao erário, e, o art. 11, considera os que atentam contra os princípios da Administração Pública, quando praticados por pessoa natural, agente público, mesmo quando pessoas jurídicas sejam as beneficiárias do “ato improprio” e estejam, ainda, sujeitas a sanções pela atuação de dita improbidade praticada pelo agente público.

É importante anotar que a Lei 8.429/92 trata de matéria de natureza civil e nacional, e, ao prever sanções de natureza civil, não exclui a possibilidade de aplicação das penais e administrativas.

Como se disse, nem todo ato antiético caracteriza um ato de improbidade ou um crime contra a Administração, mas, toda improbidade, todo crime de corrupção, ativa ou passiva, é antiético e imoral, e tanto isto é verdade que ao lado dos instrumentos legais já relacionados, existem códigos de ética não só voltados para o comportamento de agentes públicos, como, também, para os empregados das empresas, públicas e privadas, e, ainda, para determinar o comportamento ético de profissionais, como por exemplo: dos advogados, médicos, psicólogos, enfermeiros, etc.

O Decreto 1.171/94, do Presidente da República, editou o Código de Ética do Servidor Público Civil do Executivo Federal e, no Capítulo I, Seção I, II, determinou: “O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético em sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas, principalmente, entre o honesto e o desonesto consoante as regras contidas no art. 37, caput e parágrafo 4.o, da CF”. Porém, não é fácil conceituar o que seja “moral administrativa”, na medida em que comporta valores sujeitos a limitação, o que dependerá da análise do caso concreto.

Em 1 de agosto de 2013 surge outra lei, a de número 12.846, a qual “Dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos e dentre elas, no inciso VIII, de seu art 6, prevê a necessidade da “existência de mecanis-

mos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Tais mecanismos e procedimentos internos de integridade, como a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, dizem respeito à função de “compliance”, termo anglo-saxão, cujo sentido é agir de acordo com uma regra, com um comando e representa o dever de cumprir e fazer cumprir os regulamentos internos e externos a ela impostos.

Segundo a exposição de motivos desta lei, conhecida como a “Lei Anticorrupção”, “tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”.

Mas o que se tem aqui por corrupção? Segundo Ubirajara Custódio Filho, “corromper é influenciar a conduta de alguém por meio de vantagem ou recompensa, com vistas a obter, desse sujeito, dada prestação indevida, de interesse do próprio corruptor ou de terceiros”.¹⁴

A corrupção, atualmente, é um problema mundial e envolve desde os governos, até empresas públicas e privadas e, infelizmente, o cidadão comum, isto sem falar que apresenta, também, um caráter multifacetado. Entre nós, remonta, conforme relata Ubirajara Custódio Filho, aos tempos coloniais, e seu combate ainda é insuficiente e ineficiente.¹⁵

Isto, entre nós, acontece em todos os níveis da Federação, o que, em razão da extensão do território brasileiro e da sua repartição de competências constitucionalmente prevista, apresenta caráter quase endêmico.

Porém, em que pese estas diversas leis terem como objeto a proteção da Administração Pública, é preciso ressaltar que são distintos os conceitos de improbidade, corrupção e de crimes contra a Administração Pública, o que pode levar uma pessoa, ao cometer uma fraude à licitação, ser punida na esfera administrativa, pelo órgão a que pertence, na esfera criminal por crime contra administração e, também, na cível, por improbidade administrativa.

O Decreto Lei 201, de 27 de janeiro de 1967, define os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos a julgamento pelo Poder Judiciário e define, no art. 4º, as infrações político-administrativas, sujeitas a apreciação da Câmara dos Vereadores.

Como se vê, a relação de legislações até aqui analisada, destinadas a direcionar a atuação da Administração Pública e de todos os que ocupam cargos ou empregos públicos, é apenas exemplificativa, pois, neste momento, não cabe uma sua análise exaustiva e só para não ser completamente omissa, cabe citar, ainda, a lei que disciplina a ação popular, a qual, conforme constitucionalmente prevista no inciso LXXIII, do artigo 5, da Constituição Federal, admite: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A moralidade administrativa, aqui referida, não é meramente subjetiva, pois tem conteúdo jurídico a partir das regras e princípios da Administração. Assim, quando se fala em uma atuação imoral da Administração, ela está associada à violação da validade do ato administrativo.

14 COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: RT, 2014. p.11.

15 COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: RT, 2014. p.14.

4. O controle da ética e da moralidade no seio da entidade municipal brasileira

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 proclamou que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e seu artigo 18 reza que: “A organização político administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Ao declarar que as nossas entidades federativas são dotadas de autonomia, quis dizer que, dentro de suas competências, constitucionalmente previstas, possuem a capacidade de gerir os seus próprios negócios, observando, também, os princípios previstos na Constituição Federal.

Tal repartição consiste na atribuição, para cada ente federativo parcial,¹⁶ de competências que lhes sejam próprias, de modo que a interferência de um na esfera de outro, caracteriza uma violação da Lei Fundamental. Assim, o Estado Federal exige a existência de uma Suprema Corte com jurisdição nacional e de um mecanismo de intervenção federal, “como procedimento assecutorário da unidade física e da identidade jurídica da Federação”.¹⁶

Nos termos da atual Lei Fundamental do Estado Brasileiro o Município, na qualidade de entidade territorial político administrativa, é dotado de autonomia política, administrativa e financeira, com capacidade de auto-organização por meio de Cartas próprias, conforme previsto nos artigos 18, 29, 30, 34, VII, “c”.

Sua autonomia se realiza mediante quatro capacidades: 1- capacidade de auto-organização, pela elaboração de sua Lei Orgânica, verdadeira Constituição Municipal que determina a vida do Município, observado os limites constitucionalmente previstos na Constituição Federal e Estadual; 2- capacidade de autogoverno, pela eletividade do Chefe do Executivo e dos membros do Legislativo Municipal; 3- capacidade normativa própria, pela elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva ou concorrente; 4- capacidade de auto-administração para manter e prestar serviços públicos de interesse local.

Conforme Hely Lopes Meirelles, “No que concerne às atribuições mínimas do Município, erigidas em princípios constitucionais garantidores de sua autonomia [...] constituem um verdadeiro direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado (União), sendo inconstitucionais as leis que, de qualquer modo, o atingirem em sua essência”.¹⁷

É importante registrar a lição de Cretella Junior, quando ponderou, já em 1975: «bem pouco poderia fazer o Município que tivesse autonomia política e administrativa e, por outro lado, não dispusesse da respectiva autonomia financeira, que lhe possibilitasse a realização de obras, trabalhos públicos, bem como a organização, execução, funcionamento e manutenção dos serviços locais».¹⁸

A Constituição Federal de 1988, em um primeiro momento, elevou a receita municipal, não só pela arrecadação de tributos de sua competência, mas, especialmente, por transferências intergovernamentais. Entretanto, no período entre 1995 a 2002, surgiu uma nova etapa, onde se viu a União aumentar sua parcela financeira na partilha federativa, com a criação de tributos não partilháveis com os outros entes da Federação.

Entre 2003 e 2010 se vive a etapa definida como de “coordenação federativa”, na qual o

16 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.832.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, v.1. p.49.

18 CRETELLA JUNIOR, José. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Universitária de Direito, p.93-94.

governo federal passa a ter mais controle sobre a instituição de políticas públicas, muito embora respeite as autonomias municipais e estaduais, na medida em que reconheceu que não estariam obrigadas a aderir às políticas por ela formuladas, o que, no fim, foi especialmente esvaziado, pois sua adesão seria a forma de receber parcela dos fundos, previstos para sua formulação.

A cooperação, entre as diversas esferas federativas no campo das competências administrativas, necessita estar embasada no princípio da subsidiariedade e solidariedade, isto é, a atuação do governo federal e dos governos estaduais, deve prevalecer sobre os municipais, só na hipótese de não puderem executar, com eficiência, políticas públicas. Porém, nosso Legislador Constituinte não se ateve a heterogeneidade existente entre nossas entidades municipais ao prever que, ao lado de competências privativas, existem outras, compartilhadas entre todos, União, Estados- Membros e Municípios, o que propiciou que poucas se beneficiassem e, a cooperação pretendida, passou a ser entendida como competição.¹⁹

Dos 5.565 Municípios brasileiros só, mais ou menos, 5% deles conta com uma população superior a 100 mil habitantes, o que permite dizer que poucos têm condições de desfrutar, significativamente, de sua autonomia financeira, quando existe a condição de aumento de suas receitas em decorrência do maior volume de arrecadação de tributos.

É forçoso reconhecer que, em nosso país, existem formas distintas de exercício da autonomia municipal. Nas Regiões Sul e Sudeste «ela se manifesta por meio do protagonismo dos atores locais, interessados em comandar o processo de formulação de políticas em face das demandas territoriais locais». Nas demais regiões, a «municipalização» faz parte da estratégia de distribuir serviços que se tornam direitos sociais, como forma de alcançar um padrão mínimo dos direitos de cidadania, tais como: saúde, educação e moradia.²⁰

Cabe ressaltar ainda que, frente a tal situação, nosso Município não deixa de ser ente federativo dotado de autonomia, pois continua com competências próprias previstas na Constituição Federal, mas, expõem o problema da concretização da norma constitucional, analisado por Friedrich Müller, ao afirmar que sua normatividade é obtida no decurso de sua consolidação, e que significa que a propriedade dinâmica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) a qual, por sua vez, é influenciada e estruturada pela realidade (*normatividade materialmente determinada*).²¹

Tratando do respeito à ética e a moralidade administrativa no seio do Município, sem considerar o universo de aplicação do Código Penal, cabe perguntar: A lei que prevê sanções para o ato ímprobo cometido por agentes públicos, tem aplicação no seio dos municipais? A lei anticorrupção obriga aos Estados, Distrito Federal e Municípios? Qual o universo de aplicação dos Códigos de Ética, no que tange aos servidores municipais?

Aqui é preciso ressaltar que a União pode atuar no interesse geral da Federação, bem como em seu interesse próprio, como os outros demais entes parciais, ou seja, como os Estados têm competência para agir no interesse regional, compete aos Municípios só operar no interesse local.

19 SANTOS, Angela Penalva dos. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, n.120, p.214, jan./jun. 2011.

20 SANTOS, Angela Penalva dos. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, n.120, p.228, jan./jun. 2011.

21 MÜLLER, Friedrich (1984) p. 253-258 apud NEVES, Marcelo. **Concretização constitucional “versus” controle dos atos municipais**: estudos em homenagem a José Afonso da Silva. Coordenação de Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003. p.568.

Quando a União legisla, pela atuação do Congresso Nacional, pode criar uma lei nacional, isto é, reger as ações da Federação como um todo, quando, então, as ordens federativas parciais se acham subordinadas a ordem jurídica total, ou seja, tal lei se impõe à observância de todos, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em outros momentos, o mesmo Congresso Nacional, pode criar uma lei federal, que se circunscreve a certas matérias e estabelece uma conduta a ser observada só pela própria União, na qualidade de ente jurídico parcial, como, por exemplo, a Lei 8112/91 só dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias, e das fundações públicas federais.

Portanto, nem toda lei criada pela União é nacional, no sentido de estar em vigor e de obrigar a todos e aos demais entes federados. É como pondera Geraldo Ataliba, o órgão encarregado de criar a lei é o mesmo, o fruto de sua ação é formalmente idêntico, embora substancialmente diverso. São leis que o “Congresso edita enquanto órgão do Brasil – Estado Federal” e leis da pessoa jurídica União.²²

O artigo 22, da Constituição Federal de 1988, prevê as matérias sobre as quais compete a União legislar privativamente, quando o Parlamento Nacional edita as leis nacionais. O parágrafo I, do citado artigo 22, relaciona, dentre elas, aquelas que tratam sobre “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Portanto, sobre estas, e as demais descritas no artigo 22, o Congresso Nacional cria leis nacionais, o que leva a identificar como, desta espécie, a Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92 e a Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013.

A Lei 8.429/92 foi regulamentada, no nível federal, pelo Decreto 8420 para vigorar no nível federal e não nacional e é oportuno registrar que Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o “regulamento”, como fonte secundária do direito, o “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”²³

O Município, conforme a atual Constituição Federal brasileira, se encontra no mesmo nível dos demais entes federativos parciais, daí “seu direito administrativo ter a mesma força e qualidade que o federal e o estadual”, o que significa dizer, que ao legislar sobre as matérias para ele reservadas constitucionalmente, o faz como fruto de sua autonomia, e não existe hierarquia entre sua legislação e as leis federais, as estaduais e as distritais.²⁴

Considerando o conceito de regulamento apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, acima registrado, sendo a Lei 12.846/2013, lei nacional, pode ser regulamentada, em todos os níveis da federação, desde que se atenham ao rol de competências que lhe foram asseguradas pela Constituição Federal de 1988.

Ubirajara Custódio Filho pondera que a Lei Anticorrupção, a Lei 12.846/2013, não tem um enquadramento único, na medida em que contém regras que tratam sobre matérias diversas, e responde a seguinte pergunta: como classificar a Lei 12.846/2013 em face da repartição de

22 ATALIBA, Geraldo. **Leis nacionais e leis federais no regime constitucional brasileiro**: estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. p.132/133.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.305.

24 ATALIBA, Geraldo. **Leis nacionais e leis federais no regime constitucional brasileiro**: estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. p.156.

competências estabelecida na Constituição Federal de 1988? “A resposta mais correta parece ser a de considerar a lei anticorrupção uma lei nacional”, considerando “as diversas competências para legislar sobre responsabilidade civil (art. 22, I) para cuidar de assuntos internacionais (arts. 49, I e 84) e para legislar sobre assuntos de interesse predominantemente nacional, nos casos de omissão do texto constitucional”.²⁵

Cabe observar que, em nosso país, é comum encontrarmos leis e até Emendas à Constituição que tratam, em seu bojo, de diversas matérias, o que não quer dizer que isto comprometa a sua identificação, como lei nacional ou federal.

Dita lei não pode invadir as competências reservadas aos Estados e aos Municípios, inclusive naquelas que dizem que compete, aos Municípios, legislar sobre matérias de interesse local, mesmo levando em conta, que o combate à corrupção, é matéria de interesse nacional.

Assim, o que impõem considerar a legislação de combate à corrupção como uma lei nacional, é a predominância do interesse a ser protegido, conforme foi aceito pelo STF nas ADInS 2606/SC e 3112/DF.

Ubirajara Custódio Filho também considera que se trata de uma lei nacional, de vigência automática no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, pois reconhece que: 1. O combate à corrupção é assunto de interesse nacional; 2. Que é privativa da União da competência para legislar sobre responsabilidade da União (art. 22, I, da CF); 3. Compete privativamente à União legislar sobre licitações e contratos administrativos, (art. 22, XXVII da CF); 4. Que a ela compete legislar sobre assuntos relacionados à compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro; 5. Que é vedado aos outros entes federativos parciais, inovar a respeito.²⁶

A Federação brasileira é composta de diversos entes parciais, os quais possuem como núcleo de sua autonomia, o poder jurídico para exercer as funções legislativa, executiva e judiciária, em que pese seus Municípios não terem competência jurisdicional, entretanto, sobre Direito Administrativo, nossa Lei Fundamental não estabeleceu nenhuma regra genérica de competência.

Romeu Felipe Bacellar Filho ensina que a matéria de Direito Administrativo não se encontra nem na exclusiva e privativa da União (art. 21 e 22), nem na competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 24), nem a comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23), muito menos na competência privativa municipal, pois a Constituição Federal de 1988 ora a insere na legislativa da União, como a desapropriação (art. 22, II), ora na comum (art. 23, XI), ora na concorrente (art. 24, XVI), ora na exclusiva da União (art. 21, VI).²⁷

Romeu pondera, ainda, que é inviável distribuir a competência legislativa em matéria de processo administrativo, levando em conta apenas o critério federativo e a autonomia de seus entes parciais, pois se, em certos casos, podem editar normas sobre processo administrativo em seu âmbito territorial, em outros, isto compete só à União, como na hipótese das normas gerais de licitações e contratos. Porém, afirma que a competência para legislar sobre processo administrativo disciplinar de servidores públicos, será do ente a quem a Constituição atribui a competência, para “legislar sobre direito administrativo material”.²⁸

Considerando que a capacidade de auto-administração integra a autonomia de todos os

25 COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: RT, 2014. p.29.

26 COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: RT, 2014. p.38.

27 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.89-90.

28 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.86-90.

entes federativos parciais e sendo a Lei Anticorrupção uma lei nacional, compete, a eles, apenas regulamentá-la, para sua adequada aplicação, na medida em que são, no dizer de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, simples “técnicas pertinentes à vida interna corporis dos organismos administrativo”, de modo que são normas diretamente coercitivas para o comportamento dos agentes públicos e, de modo reflexo, aos particulares interessados, que sofrem as consequências de suas normas.²⁹

Firmada a posição acerca da natureza de uma lei nacional, compete tanto à União, como aos Estados, Municípios e Distrito Federal regulamentá-la, no que se fizer necessário para sua aplicação.

Nessas regulamentações ficará determinada, por exemplo, a competência para instauração e julgamento dos seus processos administrativos, normas sobre o seu respectivo procedimento, prazos, critérios para dimensionar as sanções e destinação dos valores arrecadados pela imposição de multas, uma vez que o art. 24 da lei, I, apenas indica que serão destinados, preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas, cadastro de pessoas jurídicas punidas, condições e efeitos dos acordos de leniência, etc.

Só em 18 de março de 2015 a União regulamentou a Lei 12.846/2013, e deu os contornos jurídicos para a responsabilização daqueles que vierem a praticar atos ilícitos.

Nessas regulamentações ficará determinada, por exemplo, a competência para instauração e julgamento dos seus processos administrativos, normas sobre o seu respectivo procedimento e prazos critérios para densimetria das sanções, destinação dos valores arrecadados pela imposição de multas, uma vez que o art. 24 da lei, I, apenas indica que serão destinados, preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas, cadastro de pessoas jurídicas punidas, condições e efeitos dos acordos de leniência, etc.

Pense-se na hipótese de, em um Município, uma empresa pretenda fechar um acordo de leniência, ora, sem a devida regulamentação não pode saber a quem encaminhar a proposta. O importante é que se unifique a competência em um único órgão para negociação e especificação dos parâmetros dos acordos, pois esses, em que pese beneficiarem às empresas, são de interesse do poder público.

Aqui é importante ressaltar que conforme determinou a Lei 12.846/13, em seu art. 7º, VIII, no âmbito dos Estados e Municípios, também, deverá ser levado em consideração, no momento de determinar a sanção devida, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo a denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” como forma de incentivar a criação de sistemas de integridade ou compliance, ou seja, de um mecanismo para evitar ou reprimir os atos lesivos à Administração Pública.

Para Renato Almeida dos Santos, “Discutir compliance é compreender a natureza e a dinâmica da corrupção e da fraude nas organizações, independentemente de seu ramo de atividade”.³⁰

29 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3.ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. v.1. p.360 apud ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p.272-273.

30 SANTOS, Renato Almeida dos. *Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional*. Disponível em: <[www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_Concursos de Monografias/2-Lugar-profissionais.pdf](http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_Concursos%20de%20Monografias/2-Lugar-profissionais.pdf)> apud SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.187.

Prever e disciplinar o sistema de integridade ou compliance, no interior das pessoas jurídicas, é competência da União, como detentora do interesse nacional, cabendo, aos Estados e Municípios, complementar a lei, naquilo que lhes couber. Assim, tal regulamentação representa um dos instrumentos para prover a segurança jurídica, no que tange a aplicação da Lei Anticorrupção.

O primeiro Estado a regulamentar a lei foi o do Tocantins, em 13 de dezembro de 2013, antes mesmo da sua entrada em vigor em janeiro de 2014 e se no âmbito de nossos Estados Membros e Municípios de grande e médio porte ela já foi regulamentada, não existe esta comprovação nos pequenos, que infelizmente, não tem condição de fazê-lo, a não ser de copiar daqueles que já a fizeram.

Porém, cabe registrar que, em decorrência da capacidade de auto-administração municipal, a eles compete estabelecer Códigos de Ética para seus servidores, o que se é comum nos grandes e médios Municípios brasileiros, nos pequenos, isto não faz parte de seu universo, o que não significa que sua Administração desconheça padrões éticos.

Como se vê, afirmar e considerar que a corrupção no Brasil corre solta, não significa não termos mecanismos de controle, mas, porque vemos este cenário deprimente? Por falta de controle no exercício do Poder, que, como diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existe “para assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias abrange também o controle chamado de mérito, e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa”.³¹

A essência do Estado Democrático de Direito, sem a qual ele não pode existir, repousa em dois requisitos, ou seja: no Poder estatal e no controle de seu exercício, para que não deixe de existir para aqueles que o exercem e para o povo, na qualidade de real detentor do Poder no Estado, constate que a finalidade estatal é atender suas necessidades.

Resta saber se será efetivo o devido controle da observância da Lei Anticorrupção, para mudar a percepção de que, no Brasil, só os corruptos tem um lugar ao sol e para que, a partir de agora, as empresas que subornarem agentes públicos, que fraudarem licitações podem, além de sofrerem outras sanções, virem a ser multadas, em até 20% de seu faturamento.

O respeito à ética é cultural, é uma questão de observância de princípios, dos valores mais importantes para uma sociedade, o que levou pessoas, como o Min. Carlos Ayres Britto, a dizerem: “Não tenho metas ou objetivos a alcançar, Tenho princípios e, na companhia deles, nem me pergunto aonde vou chegar”

Referências

ALMEIDA, Guido Antônio. Introdução. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **Leis nacionais e leis federais no regime constitucional brasileiro**: estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.735.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Universitária de Direito.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à lei 12.846/2013**: lei anticorrupção. São Paulo: RT, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5.ed. São Paulo: RT, 1971. T.1.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 22.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. México: Imprenta Universitaria, 1950.

LACAMBRA, Luis Legaz. **Filosofia del Dereho**. Barcelona: Casa Editorial.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, v.1.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NEVES, Marcelo. **Concretização constitucional “versus” controle dos atos municipais**: estudos em homenagem a José Afonso da Silva. Coordenação de Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Angela Penalva dos. Autonomia municipal no contexto federativo brasileiro. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, n.120, p.209-230, jan./jun. 2011.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à lei 12.846/2013**: lei anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 1982. v.1-3.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION IN THE UNITED STATES

RICHARD ALBERT ¹

ANNA NIKOLAYEVA ²

Sumário: 1. The Birth of the Administrative State; 2. The Forms and Functions of Judicial Review of Administrative Action; 3. Deference in Judicial Review of Administrative Action; 4. Narrowing Deference in Judicial Review of Administrative Action?; 5. The Future of Judicial Review of Administrative Action.

1. The Birth of the Administrative State

The administrative state is not mentioned anywhere in the United States Constitution. The Constitution creates the primary institutions of government, namely the Presidency, the Congress and the courts, but it generally does not require the creation of additional institutions.³ And yet today administrative agencies—creatures of congressional statutes—now feature prominently in the government of the United States.

Prior to the twentieth century, the United States did not rely much on administrative agencies. However, as new technologies emerged and the country's population increased, administrative agencies became something of a necessity for the federal government. Federal agencies gradually gained more authority in the American legal system as industry grew larger and more involved in the national economy.⁴

Administrative agencies are a relatively new phenomenon spurred by major moments in American history. After the Civil War, the country experienced a rapid economic expansion, which prompted the creation of a national railroad system.⁵ The advent of railroads, common carriers, and the natural monopolies that accompanied them during the late nineteenth century led to the creation of the Interstate Commerce Commission ("ICC"). Traditional common law methods had proven inadequate to face the challenges raised by the quickly expanding railroad industry.⁶ Rail-

1 Professor and Nicholson Scholar, Boston College Law School. This overview of judicial review of administrative action in the United States was prepared for an international conference in Brazil hosted by Daniela Libório, Romeu Felipe Bacellar Filho and Edgar Guimarães, and organized by Henrique Frota, Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachem, Rodrigo Pironi de Castro, Ana Claudia Santano and Adriana Schier. We thank all participants for their comments and suggestions, and we express our gratitude to the hosts and organizers for their generous invitation to participate in this program.

2 J.D. Candidate, Class of 2018, Boston College Law School. Email:

3 See U.S. Const., arts. I § 1, II § 1, III § 1.

4 See Edward L. Metzler, *The Growth and Development of Administrative Law*, 19 Marq. L. Rev. 209, 211 (1935) (describing the growth of the railroad industry as the first reason for the growth of federal regulations).

5 Robert L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, 38 Stan. L. Rev. 1189, 1197 (1986).

6 Bernard Schwartz, *The Administrative Agency in Historical Perspective*, 36 Ind. L. J. 263, 267 (1961).

roads had grown too powerful to be controlled by state regulators, which had traditionally protected the public from abusive practices, giving rise to the need for a “cop on the beat” at the federal level.⁷ During this period, the public trusted the agencies and believed them to be non-partisan tools to enact change that private litigants otherwise could not accomplish.⁸

Although the ICC had the narrow purpose of regulating railroads, its establishment paved the way for federal regulation of other domains.⁹ The New Deal further expanded the administrative state. As the country dealt with a major economic crisis, administrative agencies with broad governing authority and political independence were thought to be a solution to the crisis in government.¹⁰ During this time, the federal government established new agencies such as the National Labor Relations Board and the Social Security Administration.¹¹

The judiciary played an important role in this era of administrative expansion. Although the Judicial Procedures Reform Bill of 1937 (also known as President Franklin Delano Roosevelt’s “court-packing” scheme) failed to pass in Congress, the initiative demonstrated that political actors realized the importance of the judiciary to the administrative state.¹² In the initial years of the New Deal, the Court was reluctant to uphold many of the new initiatives in federal regulation. However, by 1937, the Supreme court, persuaded that the Commerce and Spending clauses justified the expansion of federal government power, began to recognize the role of federal regulation through the administrative state.¹³

The public has not always viewed administrative agencies in this same way. Until the early 1950s, the predominant view was that agencies relied on their knowledge and expertise to promote the public interest.¹⁴ However, by the 1960’s, pessimism over agency bias began to grow as scholars argued that agencies eventually became captured by the industries they regulate.¹⁵ Since the 1980s, the predominant view has seen administrative agencies at their best—as flexible, open to comments and contributions from public interest groups, and in dialogue with courts that can exercise judicial review of agency decisions on the strength of increasingly flexible rules on standing.¹⁶

Today, administrative agencies have broad authority to make decisions and rules through rulemaking and adjudication. Although the public is offered some opportunity to participate in these

7 See *id.* at 1194.

8 See Cass R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421, 424 (1987) (discussing the view that administrative agencies regulated and protected the public more efficiently than the three branches of government, including the judicial branch).

9 See Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, 98 Colum. L. Rev. 1323, 1333-1334 (1998). (noting that the ICC set forth a model for the regulation of domains as diverse as the shipping and aviation, telephone and telegraph, and gas and electric industries).

10 Sunstein, *supra* note 6, at 423.

11 See George B. Shepherd, *Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics*, 90 Nw. U. L. Rev. 1557, 1563 (1996). These two agencies were established by their respective organic statutes, the National Labor Relations Act of 1935 and the Social Security Act of 1935. *Id.*

12 See Barry Cushman, *Court-Packing and Compromise*, 29 Const. Commentary 1 (2013).

13 *U.S. v. Darby*, 312 U.S. 100, 117 (1941) (upholding Fair Labor Standards Act as constitutional under Commerce Clause); *Charles C. Steward Mach. Co. v. Davis*, 301 U.S. 548, 590 (1937) (upholding provisions of the Social Security Act as constitutional under Spending Clause); *NLRB v. Jones & Laughlin*, 301 U.S. 1, 49 (1937) (upholding National Labor Relations Act as constitutional under Commerce Clause).

14 James Landis, *The Administrative Process* 154 (1938).

15 Thomas W. Merrill, *Capture Theory and the Courts: 1967-1983*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 1039, 1050 (1997).

16 James Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, in *The Politics of Regulation* 357, 385-86 (1980).

decisions, citizens might find themselves needing to seek a remedy from an administrative decision. The solution to possible errors or wrongdoing by administrative agencies is the ability to seek review in a court of law.¹⁷ As a result, judicial review has played an important role as a check on the expansion of the administrative state.

2. The Forms and Functions of Judicial Review of Administrative Action

There are limits to judicial review of administrative action. Before parties may petition a court to review an administrative decision, typically they must exhaust all available administrative remedies if the relevant statute or agency rules require exhaustion.¹⁸ Parties must also have standing in order to seek review of an agency action. The requirement of standing allows courts to exclude frivolous claims. Courts want to ensure that their caseloads are not overwhelmed by these claims and that the parties could actually litigate the case.¹⁹ Standing in connection with an administrative action is often not a difficult requirement to satisfy as courts have granted standing to a wide array of legal harms from agency decisions, ranging from aesthetic harm from the construction of a dam to effects on business competition.²⁰ Once exhaustion and standing are met, the scope of judicial review nonetheless remains limited. This limited scope is outlined in the Administrative Procedure Act ("APA").²¹

The APA was enacted in 1946 with the objective to protect citizens against the expanding administrative state. The enactment of the APA coincided with the reforms of the New Deal, which ushered in the expansion of the administrative state. Consequently, problems arose because New Deal legislation did not include procedural rules on governing these agencies' actions.²² Prior to the enactment of the APA, agencies had great flexibility in rulemaking and adjudications.²³

The APA creates a procedural framework that administrative agencies must ordinarily follow. The procedural requirements in the APA are based on the distinctions between formal and informal action, and rulemaking and adjudication.²⁴ If an agency is engaged in a formal action, it is likely to be held to higher procedural standards than for informal actions.²⁵ However, in order for rulemaking

17 See 5 U.S.C. § 702.

18 See *Darby v. Cisneros*, 509 U.S. 137, 154 (1993) (holding that courts could not require plaintiff to exhaust administrative remedies because HUD's organic statute did not have exhaustion requirement).

19 William A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 Yale L.J. 221, 221 (1988).

20 See *Power Scenic Hudson Pres. Conference v. Fed. Power Comm'n*, 354 F.2d 608, 616 (2d Cir. 1965) (holding that aesthetic harm can aggrieve plaintiffs under the organic statute, the Federal Power Act); *Air Courier Conference of Am. v. Am. Postal Workers Union AFL-CIO*, 498 U.S. 517, 530 (1991) (holding that Postal Service Union did not have standing to challenge the international re-mailing policy because they were not in the zone of interests that Congress sought to protect by enacting the organic statute). The APA grants persons who suffer a "legal wrong because of agency action" or are "adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute" the right to judicial review of an agency action. 5 U.S.C. § 702.

21 See 5 U.S.C. §§ 702, 706.

22 Roni A. Elias, *The Legislative History of the Administrative Procedure Act*, 27 Fordham Envtl. L. Rev. 207, 214 (2016).

23 Henry J. Friendly, "Some Kind of Hearing", 123 U. Pa. L. Rev. 1267, 1272 (1975).

24 5 U.S.C. §§ 553, 554, 556. The APA defines formal as anything that is "required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing." 5 U.S.C. § 553(c). Any other proceedings are considered informal. *Id.* The APA defines rule as "the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect." 5 U.S.C. § 551(4). The APA defines adjudication as an "agency process for the formulation of an order." 5 U.S.C. § 551(7).

25 See Matthew D. McCubbins, *Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies*, 75 Va. L. Rev. 431, 442 (1989).

or adjudication to be formal, the statute must include language that requires the action to be made on the record. The APA's rules for formal adjudication require trial-type procedures, including notice to affected parties and the opportunity to submit arguments.²⁶ The APA requires agencies engaging in formal rulemaking also to hold trial-type procedures, including allowing interested parties to testify and cross-examination of witnesses.²⁷ Despite informal adjudication being the most frequently used type of administrative action, the APA is silent on the procedures for this type of action.²⁸

In addition to outlining the procedural requirements to ensure public participation and awareness, the APA defines the scope of judicial review of administrative actions. The Act relies on the presumption that Congress intended courts to review administrative actions. Section 702 of the Act establishes a cause of action for people who are adversely affected or aggrieved by an agency action.²⁹ Section 706 explains the scope of judicial review of agency action.³⁰ According to this section, reviewing courts shall compel agency action if the action is unlawfully withheld or unreasonably delayed.³¹ The APA also establishes an arbitrariness standard for reviewing agency discretion in its decisions. Courts shall also hold unlawful or set aside agency action, findings, and conclusions in circumstances where, for instance, the actions are found to be "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law."³²

There was a time when courts were also thought to have power to add procedural requirements onto agency action over and above what is required by the APA. However, this practice was largely curtailed by the Supreme Court in the 1978 *Vermont Yankee* decision.³³ In the *Vermont Yankee* case, the Supreme Court held that the Atomic Energy Commission had complied with the APA and that the lower court could not impose further procedural requirements. The reasoning behind this decision was that Congress had already outlined the requirements that agencies must follow.³⁴ Further, if courts were authorized to require more procedures from administrative agencies, agencies would be faced with the uncertainty over how much procedure is required. The decision also recognized that procedural constraints are required for certain agency action. For example, a court can review an agency action for additional procedures if constitutional constraints, such as due process, are involved. Courts also retain authority to impose procedural rules on agencies if those kinds of rules are necessary to carry out the purposes of the APA.³⁵

Judicial review of administrative action reached a significant turning point in 1984 with the Supreme Court's decision in *Chevron v. Natural Resources Defense Council*. In *Chevron*, the petitioners argued that the Environmental Protection Agency ("EPA") incorrectly interpreted the Clean Air Act's requirement for national air quality standards as a single bubble.³⁶ The Supreme Court upheld

26 5 U.S.C. § 553; Friendly, *supra* note 21, at 1272.

27 5 U.S.C. § 556.

28 Edward Rubin, *It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative*, 89 Cornell L. Rev. 95, 108 (2003).

29 5 U.S.C. § 702.

30 5 U.S.C. § 706.

31 5 U.S.C. § 706(1).

32 5 U.S.C. § 702(2).

33 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978).

34 *Id.* at 548.

35 *Id.* at 548–549.

36 467 U.S. 837, 837 (1984). The Clean Air Act Amendments require noncompliant states to establish a permit program before adding or modifying a "stationary source" that emits pollution. *Id.* The possible interpretations of the word "stationary source" have different implications for obtaining a permit. *Id.* The EPA's definition of "bubble" meant that

the EPA's interpretation of the Act, holding that it was a permissible construction of the agency's organic statute and that it was therefore entitled to deference.³⁷

In its decision, the Court clearly articulated the deference standard that has since been granted to agency interpretations of Congressional statutes. *Chevron* deference involves a two-step analysis to determine whether an agency should be granted deference for an action based on a statutory interpretation. A court must first determine whether the statute is clear or ambiguous on the issue. Where the statute is clear, the court must enforce the clear meaning of Congress.³⁸ But where the statute is ambiguous, the court must defer to the agency's interpretation of the statute if that interpretation is reasonable, even if the court believes the agency's interpretation is not the best one, or if the court would itself have interpreted the statute differently.³⁹

3. Deference in Judicial Review of Administrative Action

Since its resolution in 1984, *Chevron* has continued to play an important role in administrative law. For the past three decades, agency actions have been scrutinized through the lens of *Chevron* in cases ranging from the environment to labor and employment. The extent of *Chevron*'s effect on judicial review of administrative action cannot be understated. For 200 years, courts have adhered to former Chief Justice John Marshall's command in *Marbury v. Madison* that "it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is."⁴⁰ But under *Chevron*, that duty has shifted in administrative law cases from courts to agencies.⁴¹

Chevron deference raises important constitutional questions about administrative agencies. By shifting the duty of interpretation to the agencies, the constitutional powers granted to the judiciary by the Constitution and the *Marbury* decision are diminished when it comes to administrative law.⁴²

Chevron jurisprudence had a revolutionary impact on the relationship between the administrative state and courts. For example, in the *Brand X Internet Services* decision, the Supreme Court established that when the court and the agency interpret an issue differently, the proper interpretation depends on how the court reached its decision.⁴³ The Court held that agency interpretations could override court decisions where the statute in question is ambiguous and the agency's interpretation is reasonable. Where the statute is unambiguous, the court will defer to the judicial interpretation. The Court reasoned that when Congress writes an ambiguous statute, it implicitly delegates the decision-making power of resolving the ambiguity to the agency.⁴⁴

The consequences of deference have been substantial because courts review agency decisions with the knowledge that *Chevron* guides them to defer to the agency when the two steps are met. Courts generally defer to the agency's interpretation of the law. Traditionally, the central function of the judiciary was interpretation of the law. Today, the *Chevron* doctrine of deference calls into

states would treat a plant and the pollution-emitting devices in on industrial grouping as one "bubble." *Id.*

37 *Id.* at 866.

38 *Id.* at 842.

39 *Id.* at 843–44.

40 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 167 (1803).

41 Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 Colum. L. Rev. 2071, 2074 (1990).

42 See *Chevron*, 467 U.S. at 843; *Marbury*, 5 U.S. at 167.

43 *Nat'l Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Servs.*, 545 U.S. 967, 982 (2005).

44 *Id.*

question the independence of the American judiciary. By automatically deferring to agencies, federal courts are arguably deprioritizing their independent analysis of the law.⁴⁵

Prior to the *Chevron* decision, courts engaged in a case-by-case analysis of agency actions. Rather than automatically deferring to an agency's judgment, courts would analyze the agency's organic statute and the authority granted to the agency by Congress. Although the agency then had less leeway to interpret the law, judges were exercising their constitutional discretion to determine the amount of deference to grant based on the specific facts presented.⁴⁶ Under *Chevron*, the scope of deference has ballooned.

Modern case law has tilted toward granting great deference to administrative agencies. The benefit of this deference is that agencies possess significant authority in governing their specific area of expertise. The need for agency expertise and discretion cannot be denied.⁴⁷ However, the downside of deference may well be its effect on the checks and balances that make the American government work in the public interest.

Another issue that arises out of the flexibility granted to agencies is the lack of participation by private parties in the decision-making process. The court has been left nearly powerless to find ways to involve the public outside of what is contemplated in the APA, an agency's organic statute, or in the agency's procedural regulations. It does not help that the APA imposes minimal procedural constraints on agencies, especially for informal adjudication.⁴⁸

Although private parties may seek judicial review, they are faced with the limitations discussed above in connection with standing and exhaustion. Finally, the prevalence of *Chevron* deference has made it difficult for courts to overrule agency decisions when agencies have crossed the line dividing constitutional from unconstitutional conduct. Opposing parties often spend a significant amount of resources litigating against agencies in cases involving the *Chevron* doctrine, but to little avail. Administrative agencies have been likely to prevail in litigation under the umbrella of deference granted by *Chevron*, making it less likely for a private party to prevail when they are aggrieved by an agency's interpretation of the law.⁴⁹

4. Narrowing Deference in Judicial Review of Administrative Action?

Although *Chevron* deference has been a hallmark of administrative law since the Supreme Court issued its decision in 1984, some scholars have noted that courts have recently been reluctant to apply the doctrine as robustly as they once did.

In *Michigan v. EPA*, the Supreme Court overruled a decision by the EPA to not consider costs in its decision to set limits on emissions from coal-fired power plants.⁵⁰ In its 2015 decision, the Court discussed *Chevron* but refused to find the agency's decision reasonable at step two of the

45 Richard J. Pierce, Jr., *Chevron and Its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 Vand. L. Rev. 301, 313 (1988).

46 See Maureen B. Callahan, *Must Federal Courts Defer to Agency Interpretations of Statutes?: A New Doctrinal Basis for Chevron* U.S.A. v. *Natural Resources Defense Council*, 1991 Wis. L. Rev. 1275, 1276 (1991).

47 See Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 Yale J. on Reg. 283, 310 (1986) (noting the advantages of relying on agency expertise).

48 See Rubin, *supra* note 26, at 108.

49 Sunstein, *supra* note 39, at 2119.

50 135 S. Ct. 2699, 2707 (2015).

analysis.⁵¹ Historically, courts were very lenient in finding an agency's interpretation reasonable at this step of the *Chevron* analysis.⁵² The Court's decision in *Michigan v. EPA* may signal a lasting departure from this leniency. Under the Court's judgment, agencies must now act within narrower bounds of reasonableness in order to be granted deference.⁵³

In *King v. Burwell*, the Supreme Court considered the Internal Revenue Service's (IRS) interpretation of a provision in the Affordable Care Act.⁵⁴ The Court upheld the IRS interpretation but refused to apply *Chevron* deference to reach that result, holding that this deference is inappropriate in cases involving "major questions" of "deep economic and political significance."⁵⁵ The Court's refusal to apply *Chevron* in this tax law case could be viewed as another step to curtail the doctrine's deep deference in judicial review of administrative actions.⁵⁶

These recent decisions suggest that *Chevron* deference could play a lesser role in the administrative case law of the future. It is possible that *Chevron* might be entering into a future when the court will not apply the doctrine to cede unfettered authority to agencies.⁵⁷ There have been suggestions, both explicit and implicit, to either rework the *Chevron* doctrine for the modern era or overrule it completely.⁵⁸ However, it is possible for courts to take into account agency expertise without automatically granting deference.

5. The Future of Judicial Review of Administrative Action

The administrative state is often referred to as the "fourth branch of government" because although it is not explicitly mentioned in the Constitution it has managed to rise to a level similar to the other branches.⁵⁹ While judicial review is one way to keep in check the expansion of the administrative state, the deference granted to administrative agencies has conferred upon agencies great flexibility—and power—in their actions.

Compared to earlier periods in administrative law, the public today has more opportunities to challenge agency decisions through judicial review. However, the *Chevron* doctrine poses a threat to the public's capacity to get judicial relief from agency wrongdoing or inaction because the doctrine limits a court's ability to question the agency. On the other hand, agencies' ability to make effective regulations and to defend their decisions in federal courts may be compromised if *Chevron* deference ends.

Looking ahead, judicial review will continue to determine the position of administrative agencies under law. But perhaps courts will soon be taking a new approach on how much deference

51 *Id.*

52 See *Chevron*, 467 U.S. at 843.

53 See *Michigan v. E.P.A.*, 135 S. Ct. at 2707.

54 *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480, 2482 (2015).

55 *Id.* at 2489.

56 See *id.*

57 See *Michigan v. E.P.A.*, 135 S. Ct. at 2707; *Burwell*, 135 S. Ct. at 2489.

58 See Ronald M. Levin, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 1253, 1254 (1997) (noting that step two of the *Chevron* analysis and the "arbitrary and capricious" standard under § 706(2)(A) of the APA are identical and, thus, courts should apply the arbitrariness review instead of *Chevron* step two); Thomas W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 72 Wash. U. L.Q. 351, 354–355 (1994) (noting the clash between the rise in textualism and the *Chevron* doctrine).

59 See Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573, 578 (1984).

agencies should have when interpreting the law. The deference granted to administrative agencies over the preceding decades may soon be a remnant of past jurisprudence.

Recent developments in other branches of government suggest that the wide latitude given to agencies in the modern era may indeed be nearing its end. The recently confirmed Supreme Court Justice, Neil Gorsuch, has taken a critical approach to the expanding power of administrative agencies in opinions such as *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*.⁶⁰ Justice Gorsuch has criticized the prevailing doctrine of *Chevron* deference in administrative law and even referred to it as an “elephant in the room” because of its inconsistency with the allocation of judicial and legislative powers in the Constitution.⁶¹ This is significant because he replaced the late Justice Antonin Scalia, who was probably the Court’s most ardent *Chevron* defender.⁶²

A week prior to the President Donald Trump’s nomination of now-Justice Gorsuch, the House of Representatives passed a bill—the Regulatory Accountability Act of 2017—that would effectively overturn *Chevron*. The bill revises the scope of judicial review to prohibit courts from deferring to agency decisions in certain circumstances.⁶³ Perhaps more controversially, President Trump signed an executive order in January 2017 requiring administrative agencies issuing one new regulation to cut at least two, a step that is seen as further limiting the flexibility of the administrative process.⁶⁴ Although all three branches of government have influenced and have been impacted by the growth of the so-called “fourth branch,” it will remain up to the courts to determine how much deference is and should be due to administrative agencies.

References

Barry Cushman, *Court-Packing and Compromise*, 29 Const. Commentary 1 (2013).

Bernard Schwartz, *The Administrative Agency in Historical Perspective*, 36 Ind. L. J. 263, 267 (1961).

Cass R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421, 424 (1987).

Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 Colum. L. Rev. 2071, 2074 (1990).

Charles C. Steward Mach. Co. v. Davis, 301 U.S. 548, 590 (1937).

Edward L. Metzler, *The Growth and Development of Administrative Law*, 19 Marq. L. Rev. 209, 211 (1935).

Edward Rubin, *It’s Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative*, 89 Cornell L. Rev. 95, 108 (2003).

George B. Shepherd, *Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act Emerges from New Deal Politics*, 90 Nw. U. L. Rev. 1557, 1563 (1996).

Henry J. Friendly, “*Some Kind of Hearing*”, 123 U. Pa. L. Rev. 1267, 1272 (1975).

James Landis, *The Administrative Process* 154 (1938).

60 834 F.3d 1149, 1149 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J. concurring); Peter J. Henning, *Gorsuch Nomination Puts Spotlight on Agency Powers*, N.Y. Times: Dealbook (Feb. 6, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/02/06/business/dealbook/gorsuch-nomination-puts-spotlight-on-agency-powers.html>.

61 *Gutierrez-Brizuela*, 834 F.3d at 1154 (Gorsuch, J. concurring).

62 Henning, *supra* note 58.

63 Regulatory Accountability Act of 2017, H.R.5, 115th Cong. (1st Sess. 2017).

64 Exec. Order No. 13771, 82 Fed. Reg. 9339, 9339 (2017).

James Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, in *The Politics of Regulation* 357, 385–86 (1980).

Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, 98 Colum. L. Rev. 1323, 1333–1334 (1998).

Kenneth W. Starr, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 Yale J. on Reg. 283, 310 (1986).

Matthew D. McCubbins, *Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies*, 75 Va. L. Rev. 431, 442 (1989).

Maureen B. Callahan, *Must Federal Courts Defer to Agency Interpretations of Statutes?: A New Doctrinal Basis for Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 1991 Wis. L. Rev. 1275, 1276 (1991).

Peter J. Henning, *Gorsuch Nomination Puts Spotlight on Agency Powers*, N.Y. Times: Dealbook (Feb. 6, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/02/06/business/dealbook/gorsuch-nomination-puts-spotlight-on-agency-powers.html>.

Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573, 578 (1984).

Richard J. Pierce, Jr., *Chevron and Its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 Vand. L. Rev. 301, 313 (1988).

Robert L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, 38 Stan. L. Rev. 1189, 1197 (1986).

Ronald M. Levin, *The Anatomy of Chevron: Step Two Reconsidered*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 1253, 1254 (1997).

Roni A. Elias, *The Legislative History of the Administrative Procedure Act*, 27 Fordham Envtl. L. Rev. 207, 214 (2016).

Thomas W. Merrill, *Capture Theory and the Courts: 1967–1983*, 72 Chi.-Kent L. Rev. 1039, 1050 (1997).

Thomas W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 72 Wash. U. L.Q. 351, 354–355 (1994).

William A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 Yale L.J. 221, 221 (1988).

EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA CIUDAD HABITABLE: ¿LA SOLUCIÓN A LA CRISIS DE DERECHO URBANÍSTICO DE LA CIUDAD DE MÉXICO?

RODRIGO SALAZAR MUÑOZ¹

Sumário: 1. Nota introductoria. 2. Generalidades sobre la Constitución Política de la Ciudad de México. 3. Características del derecho fundamental a una ciudad habitable. 4. La exigibilidad del derecho fundamental a una ciudad habitable. 5. A manera de conclusión.

1. Nota introductoria

Agradecemos la invitación para participar en el II Seminário Internacional Eficiência e Ética na Administração Pública, que tuvieron a bien realizarnos el Instituto Paranaense de Direito Administrativo, el Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, el Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, el Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, el Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná y el Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Como habitante y oriundo de la Ciudad de México, resulta cotidiano hablar sobre las complicaciones que enfrenta nuestra urbe, por la corrupción de las autoridades y de los desarrolladores inmobiliarios, por la falta de infraestructura para abastecer las necesidades básicas de los ciudadanos, por la inseguridad, por la dificultad de movilidad, entre otros tantos problemas que apuntan hacia una crisis urbanística.

La Ciudad de México, capital del país, forma parte de la zona metropolitana del Valle de México, junto con un municipio del Estado de Hidalgo, y cincuenta y nueve más del Estado de México; constituyendo el centro económico, financiero, político y cultural más importante de la república mexicana. Se trata de la zona metropolitana más grande del mundo, fuera de Asia, y de la tercera más grande de los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.²

Gran parte del territorio de la Ciudad de México perteneció a un cuerpo lacustre de gran envergadura, que se ha desecado a lo largo de varios siglos, para incrementar el territorio de la

1 Catedrático en la Universidad La Salle, Campus Ciudad de México, donde también ha sido Jefe de la Carrera de Derecho. Candidato a Doctor en Derecho, Maestro en Ciencias Jurídicas, Maestro en Derecho Administrativo y Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus México, donde también es catedrático. Especialista en Comercio Exterior por la Universidad Complutense de Madrid.

2 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Territorial Reviews: Valle de México, México*. OECD Publishing, 2015. Recuperado el 30 de abril de 2012 de: <https://www.oecd.org/regional/regional-policy/valle-de-mexico-highlights-spanish.pdf>

entidad, mediante la construcción de terreno firme sobre el agua, utilizando trancos, lodo y piedras; al igual que desaguando y entubando los antiguos ríos y lagos.³

La Ciudad se encuentra erigida sobre un valle asentado en zona sísmica, sobre terreno fangoso, circundado por montañas, a más de dos mil doscientos metros sobre el nivel del mar, en el que habitan más de veinte millones de personas, con necesidades urbanas precariamente satisfechas.

Sobre la crisis urbanística que enfrenta la Ciudad de México, el actual titular de su Poder Ejecutivo, Miguel Ángel Mancera, reconoció, al presentar la iniciativa de Constitución Política de la Ciudad de México, que:

“El crecimiento desordenado y extensivo de la Ciudad de México ha propiciado problemas de funcionalidad, movilidad y de imagen urbana. La planeación y la política de desarrollo están disociadas del entorno rural y de las áreas de preservación ecológica. Actualmente no contamos con instituciones de planeación y gestión del territorio que garanticen el aprovechamiento de éste con criterios regionales y metropolitanos integrales, con una perspectiva de largo plazo. Se ha mantenido una visión fragmentada, derivando en procesos de exclusión, marginación social y territorial.”⁴

La crisis urbana que vive la Ciudad de México pretende ser solucionada con un nuevo régimen jurídico, que se contempla en la Constitución Política de la Ciudad de México, promulgada el cinco de febrero de dos mil diecisiete. En el nuevo régimen constitucional de la capital del país: se reconocieron distintos derechos fundamentales para que los ciudadanos satisfagan sus necesidades urbanas; se crearon sistemas de planeación urbana; se establecieron mecanismos para la protección de las áreas verdes; entre otras novedades.⁵

Del régimen de Derecho Urbanístico plasmado en la nueva Constitución, lo que más ha llamado nuestra atención es el derecho fundamental a una ciudad habitable, que agrupa una serie de prerrogativas ciudadanas exigibles a las autoridades de la Ciudad de México, para satisfacer distintas necesidades urbanas, por medio de los mecanismos jurídicos previstos por la propia Constitución.

Por lo mencionado, la presente ponencia expone las distintas características inherentes al derecho fundamental a una ciudad habitable, al igual que los mecanismos jurídicos para hacerlo exigible y operativo, bajo las reglas del constitucionalismo nacional, regido por la Constitución federal, al ser la norma suprema del país.

2. Generalidades sobre la Constitución Política de la Ciudad De México

El veintinueve de enero de dos mil dieciséis se modificó la Constitución federal, para transformar al Distrito Federal en la Ciudad de México; entidad federativa, sede de los poderes de la Unión, que se rige por su propia Constitución, como si se tratara de un Estado de la federación;

3 Sobre la desecación del sistema acuífero sobre el que se asentó la Ciudad de México, recuperado el 30 de abril de 2017, véase: http://dgb.conaculta.gob.mx/coleccion_sep/libro_pdf/13000009576.pdf

4 MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA. *Iniciativa con proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México*. Recuperado de <https://proyecto.constitucion.cdmx.gob.mx/motivos> el 30 de abril de 2017.

5 *Cfr. Constitución Política de la Ciudad de México*. México: Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 5 de febrero de 2017.

distinguiéndose de éstos, por no contar con soberanía, sino con “[...] *autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa*”⁶.

A diferencia de las Constituciones que rigen a los Estados de la federación, la Constitución de la Ciudad de México reviste un carácter plenamente reglamentario, respecto de la Constitución federal. Ello deriva del límite impuesto por el constituyente federal al constituyente local, para que se sujete expresamente a lo previsto por el artículo 122 de la Constitución federal, que en su parte conducente establece:

“Artículo 122. [...]

[...]

A. El gobierno de la Ciudad de México está a cargo de sus poderes locales, en los términos establecidos en la Constitución Política de la Ciudad de México, la cual se ajustará a lo dispuesto en la presente Constitución y a las bases siguientes:

[...]”⁷

El artículo mencionado contiene el mandato que el constituyente federal asignó al local, para condicionar y delimitar su actuación, imponiéndole: una división de poderes específica; una estructura determinada para la Administración Pública local; unos mecanismos de rendición de cuentas; un Tribunal de Justicia Administrativa; por mencionar algunos mandamientos.⁸

La Constitución de la Ciudad de México debe ceñirse a lo previsto por el artículo 122 de la Constitución federal, para que sea plenamente legítima. Sin embargo, la Constitución local excedió gran parte del mandato impuesto por la federal, provocando que algunas autoridades interpusieran diversos mecanismos de control constitucional contra ella. De resultar procedentes, los mecanismos de control provocarían la invalidación con efectos generales de gran parte de la Constitución capitalina.⁹

Hasta que sean resueltos los mecanismos de control constitucional antes mencionados, el texto aprobado por el constituyente de la Ciudad de México continúa vigente; y, con él, el reconocimiento de un gran número de derechos fundamentales relacionados con la vida urbana, al igual que las bases para un nuevo Derecho Urbanístico.

La Constitución de la Ciudad de México reconoce un gran número de derechos fundamen-

6 Art. 122. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial de la Federación, 24 de febrero de 2017.

7 Ídem.

8 Cfr. Ídem.

9 “En cuanto al fondo de las impugnaciones, es interesante conocer los temas que se plantean, pues si bien son un número importante de conceptos de invalidez que se hacen valer —más de 50—, estos se pueden agrupar en cuatro rubros generales. 1. El Constituyente de la ciudad de México reguló materias que son exclusivas de la federación y, por tanto, existe una posible invasión a la esfera de competencias tanto del ejecutivo como del legislativo federal; 2. Algunas disposiciones contravienen los mecanismos constitucionales y convencionales de derechos humanos, ya sea porque modifican la protección que constitucionalmente se les otorga o porque contemplan derechos que no están expresamente previstos en la Constitución federal; 3. Hay disposiciones que son ambiguas y, por tanto, pueden considerarse contrarias al texto de la carta magna, y 4. Algunos de los temas regulados van más allá de lo dispuesto por el texto constitucional, por lo que la Constitución de la ciudad de México excede lo establecido por la Constitución federal de nuestro país;” ESPINOSA SILIS, Arturo. “La batalla que viene: la constitucionalidad de la Constitución de la CDMX”. En: *Nexos*. México: Nexos, 27 de marzo de 2017. Recuperado el día 30 de abril de 2017 de: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6480>

tales, entre los que se encuentran algunos relacionados con la vida de ciudad, como los derechos a: una ciudad garantista¹⁰, una ciudad de libertades y derechos¹¹, una ciudad democrática¹², una ciudad educadora y de conocimiento¹³, una ciudad solidaria¹⁴, una ciudad productiva¹⁵, una ciudad incluyente¹⁶, una ciudad habitable y una ciudad segura¹⁷.

Junto con los anteriores derechos, la Constitución de la Ciudad de México reconoce el derecho fundamental a la ciudad, que consiste en: “[...] *el uso y el usufructo pleno y equitativo de la ciudad, fundado en principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente*”¹⁸.

Aunado a lo anterior, la Constitución capitalina establece las bases para la construcción de un nuevo Derecho Urbanístico local, caracterizado por un sistema de planeación y evaluación, que depende de los planes y programas de los proyectos públicos y privados, al igual que de una planeación de ordenamiento territorial obligatoria.¹⁹

Además, en materia urbanística, la Constitución de la Ciudad de México establece las bases de ordenamiento territorial, distinguiendo tres tipos de suelo: urbano, rural y de conservación. Con ellos, se pretende conseguir la adecuada gestión hidrológica, la protección del medio ambiente y la prevención a posibles contingencias relacionadas los fenómenos climáticos y con la protección civil.²⁰

3. Características del derecho fundamental a una ciudad habitable²¹

Los derechos fundamentales son prerrogativas de las personas, que se reconocen en los textos constitucionales, proporcionándoles la mayor operatividad que el sistema jurídico permite. Para Alexy, los derechos fundamentales o derechos constitucionales son:

10 En tanto que se reconoce la progresividad, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos fundamentales, y el derecho a una reparación integral. *Cfr.* Art. 5. *Constitución Política de la Ciudad de México...* *Op. cit.*

11 Que agrupa los derechos fundamentales a la autodeterminación personal, a la integridad, a la identidad, a la familia, a la libertad sexual y reproductiva, a defender los derechos humanos, a la justicia y a la libertad de creencias. *Cfr.* Art. 6. *Ídem.*

12 Que incluye los derechos a una buena administración, a la información, a la privacidad y a la protección de datos personales, a un gobierno democrático y a la participación política paritaria; al igual que, a las libertades de reunión y asociación, junto a la libertad de expresión. *Cfr.* Art. 7. *Ídem.*

13 Que contempla los derechos a la educación, al sistema educativo local, a la ciencia y a la innovación tecnológica, al deporte y a la cultura. *Cfr.* Art. 8. *Ídem.*

14 Que se integra por los derechos a una vida digna, al cuidado, a la alimentación y nutrición, a la salud, a la vivienda, y al agua y su saneamiento. *Cfr.* Art. 9. *Ídem.*

15 Que se conforma de los derechos fundamentales al desarrollo sustentable, al trabajo, sea privado o público, a la inversión social productiva y a la propiedad rural.

16 Que aglutina los derechos fundamentales de los grupos de atención prioritaria, como las mujeres, las niñas, niños y adolescentes, las personas jóvenes, las personas mayores, las personas con discapacidad, las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travesti, transexuales e intersexuales, las personas migrantes, las víctimas, las personas en situación de calle, las personas privadas de su libertad, las personas que residen en instituciones de asistencia social, las personas afrodescendientes, las personas indígenas y las personas que son minoría religiosa. *Cfr.* Art. 11. *Ídem.*

17 Que institucionaliza los derechos fundamentales a la seguridad urbana y a la protección civil, al igual que a la seguridad ciudadana y a la prevención de la violencia y del delito. *Cfr.* Art. 14. *Ídem.*

18 Art. 12. *Ídem.*

19 *Cfr.* Art. 15 B. *Ídem.*

20 *Cfr.* Art. 16. *Ídem.*

21 *Cfr.* Art. 13. *Ídem.*

"[...] los derechos humanos –que– se institucionalizan mediante su transformación en derecho positivo. Si esta transformación tiene lugar en un nivel de jerarquía del sistema jurídico que puede llamarse ‘constitucional’, los derechos humanos se transforman en derechos constitucionales”²².

El derecho a una ciudad habitable es un derecho fundamental, en tanto que agrupa un gran número de derechos que son institucionalizados en el artículo treceavo de la Constitución de la Ciudad de México; imponiendo, con ello, distintos *"[...] significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental"*²³, como menciona Carbonell.

Resulta conveniente destacar que el ámbito de aplicación del derecho fundamental a una ciudad habitable se limita al territorio de la Ciudad de México, al haberse reconocido en la Constitución de dicha entidad.

Otra característica del derecho fundamental a una ciudad habitable es que se trata de un derecho constitucional de tipo complejo, que se integra por los siguientes subderechos: derecho a un medio ambiente sano, derecho a la vía pública, derecho al espacio público, derecho a la movilidad, derecho a la protección de los animales y derecho al tiempo libre. De los subderechos mencionados, los dos últimos no se relacionan con el Derecho Urbanístico de la Ciudad de México, por lo que no son objeto de esta ponencia.

El subderecho a un medio ambiente adecuado se traduce en la obligación que tienen las autoridades de la Ciudad de México de adoptar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, preservando y restaurando el equilibrio ecológico, *"[...] con el objetivo de satisfacer las necesidades ambientales para el desarrollo de las generaciones presentes y futuras"*²⁴.

Para la efectiva tutela del mencionado subderecho, la Constitución de la Ciudad de México menciona que será garantizado por las autoridades locales, en el ámbito de su competencia, promoviendo la participación ciudadana, en los términos que señale la ley reglamentaria; misma que a la fecha no ha sido expedida.

El segundo subderecho refiere a la vía pública, que consiste en la prerrogativa que tiene toda persona a usar y disfrutar pacíficamente de las avenidas, calles y corredores, en los términos de las leyes reglamentarias; que, cuando sean expedidas, deberán garantizar el ejercicio del derecho, propiciando la funcionalidad y movilidad de las vías públicas.

El tercer subderecho, relativo al espacio público, tiene una *"[...] función política, social, educativa, cultural, lúdica y recreativa [...]"*²⁵, y refiere al derecho de las personas para usar, disfrutar y aprovechar todos los espacios públicos, para la convivencia pacífica y el ejercicio de las libertades políticas y sociales; de conformidad con lo previsto en la ley reglamentaria, que aún no se promulga.

Finalmente, el subderecho a la movilidad consiste en la prerrogativa de las personas para transitar por la Ciudad de México en *"[...] condiciones de seguridad, accesibilidad, comodidad,*

22 ALEX, Robert. "Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales". En: Vázquez, Rodolfo y Zimmerling, Ruth (coords.). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*. 1ª reimpr. México: Distribuciones Fontamara, 2007. p. 60.

23 CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. 4ª ed. México: Porrúa, 2011. p. 11.

24 Art. 13. Ídem.

25 Ídem.

*eficiencia, calidad e igualdad [...]*²⁶; privilegiando a los peatones y a los conductores de los vehículos no motorizados, y fomentando una cultura de movilidad sustentable, en los términos de la ley reglamentaria, que tampoco se ha expedido.

4. La exigibilidad y operatividad del derecho fundamental a una ciudad habitable

Al tratarse de un derecho fundamental, el derecho a una ciudad habitable, al igual que el resto de derechos que se institucionalizan en la Constitución de la Ciudad de México, se garantizan por los mecanismos de control constitucional previstos en dicha norma, al igual que por el juicio de amparo previsto en la Constitución federal.

El control constitucional no sólo sirve para garantizar la supremacía constitucional, al permitir la salvaguarda de los derechos fundamentales. Ello atiende a que en las Constituciones no sólo se contemplan normas programáticas u orgánicas, al también establecer normas en las que se institucionalizan los derechos de las personas, como el derecho a una ciudad habitable.

La Constitución de la Ciudad de México establece que todas las personas gozan de los derechos fundamentales reconocidos en ella, junto con los institucionalizados en la Constitución federal y en los tratados internacionales de la materia. Al respecto, también menciona que todas las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar el catálogo de tales derechos.²⁷

Para hacer operativos el catálogo de derechos antes mencionado, la Constitución capitalina instituye distintos mecanismos de control constitucional, entre los que se encuentran: el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad; la acción de protección efectiva de derechos; y, el juicio de restitución obligatoria de derechos humanos.

Los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Ciudad de México deben ejercer el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas, mediante la inaplicación de las normas generales que violenten el derecho fundamental a una ciudad habitable.²⁸

Para conseguir el ejercicio pleno del derecho fundamental a una ciudad habitable, la Constitución local instituye, dentro del Poder Judicial de la Ciudad de México, jueces de tutela de derechos humanos, al igual que una Sala Constitucional: los primeros son competentes para conocer la acción de protección efectiva; mientras que, la segunda es facultada para resolver el juicio de restitución obligatoria.

La acción de protección efectiva es un mecanismo de interposición voluntaria, que debe promoverse por la persona que reclame la violación al derecho fundamental a una ciudad habitable, ante los jueces de tutela de derechos humanos de la Ciudad de México, por medio de una solicitud oral o escrita, que debe ser resuelta en un plazo máximo de diez días naturales, contados a partir de la interposición de la acción. De ser procedente, la resolución tendrá por objeto la restitución del derecho a una ciudad habitable.²⁹

Para la procedencia del juicio de restitución obligatoria, la persona a la que se le haya violentado el derecho fundamental a una ciudad habitable debe promover una queja ante el ombudsman

26 Ídem.

27 Cfr. Art. 4. A. Ídem.

28 Cfr. Ídem.

29 Cfr. Art. 36. B. 3. Ídem.

capitalino, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, quien debe emitir una recomendación a la autoridad que haya violentado el mencionado derecho.³⁰

En el supuesto en el que la autoridad no acate la recomendación precisada, siempre que provoque un daño a los particulares, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México interpondrá el juicio de restitución obligatoria ante la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México; quien ordenará las medidas correspondientes para restituir a las personas en la violación que la autoridad demanda provocó al derecho fundamental a una ciudad habitable.³¹

Con independencia de los mecanismos antes referidos, la Constitución federal contempla otro mecanismo de tutela de derechos humanos: el juicio de amparo. Por su conducto, cualquier persona que aduzca una violación al derecho fundamental a una ciudad habitable puede acudir ante los órganos del Poder Judicial de la Federación para combatir los actos de autoridad que trasgreden dicho derecho, declarando la irregularidad del acto, provocando su invalidez, restituyendo a la persona afectada en el goce del mencionado derecho, y garantizando la no repetición del acto.³²

De la misma manera, el juicio de amparo legitima a los particulares para hacer valer sus derechos en la sede jurisdiccional, para que los jueces que conocen de las distintas causas ordenen a las autoridades que realicen determinados actos para salvaguardar el derecho a una ciudad habitable, mediante la implementación de políticas públicas o de cualquier actividad relacionada con la tutela y operatividad del referido derecho.³³

Con lo anterior se comprueba que, gracias a los mecanismos antes expuestos, el derecho fundamental a una ciudad habitable, al igual que todos sus subderechos, se hace plenamente operativo y exigible, al legitimar a los particulares para que acudan a las instancias correspondientes para hacerlo efectivo.

A manera de conclusión

No cabe duda de las bondades que trajo consigo la inserción del derecho fundamental a una ciudad habitable, al permitirle a los habitantes de la Ciudad de México participar de manera activa en la creación de una nueva ciudad, al legitimarlos para interponer los mecanismos de tutela, para que las autoridades capitalinas cumplan con dicho derecho.

Sin embargo, para conseguir una mejor ciudad, será necesario que las leyes reglamentarias que regulen el ejercicio y límites de cada uno de los subderechos del derecho a una ciudad habitable, los hagan operativos, sin que impidan su efectividad.

De la misma manera, debemos esperar la resolución de los mecanismos de control constitucional que actualmente se ventilan ante el tribunal constitucional mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra de la Constitución Política de la Ciudad de México, para saber si será invalidado el régimen jurídico relacionado con el derecho fundamental a una ciudad habitable.

De la manera que sea, se reconoce el esfuerzo del constituyente local para mejorar, actualizar y evolucionar el Derecho Urbanístico de la Ciudad de México, al hacerlo más participativo y transparente; bajo una planeación efectiva y obligatoria, que previamente no existía.

30 Cfr. Art. 48. *Ídem*.

31 Cfr. Art. 36. B. 4. *Ídem*.

32 Cfr. Art. 107. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... Op. cit.*

33 Cfr. *Ídem*.

Fuentes

ALEXY, Robert. "Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales". En: Vázquez, Rodolfo y Zimmerling, Ruth (Coords.). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*. 1ª reimpr. México: Distribuciones Fontamara, 2007. p. 60.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. 4ª ed. México: Porrúa, 2011. p. 11.

Constitución Política de la Ciudad de México. México: Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 5 de febrero de 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Diario Oficial de la Federación, 24 de febrero de 2017.

ESPINOSA SILIS, Arturo. "La batalla que viene: la constitucionalidad de la Constitución de la CDMX". En: *Nexos*. México: Nexos, 27 de marzo de 2017. Recuperado el día 30 de abril de 2017 de: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6480>

http://dgb.conaculta.gob.mx/coleccion_sep/libro_pdf/13000009576.pdf

MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA. *Iniciativa con proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México*. Recuperado de <https://proyecto.constitucion.cdmx.gob.mx/motivos> el 30 de abril de 2017.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Territorial Reviews: Valle de México, México*. OECD Publishing, 2015. Recuperado el 30 de abril de 2012 de: <https://www.oecd.org/regional/regional-policy/valle-de-mexico-highlights-spanish.pdf>

LA ÉTICA PÚBLICA EN LA POSMODERNIDAD LÍQUIDA

TERESITA RENDÓN HUERTA BARRERA¹

Sumario: 1. Introducción. 2. La ética deontológica. 3. Ética y posmodernidad líquida en la administración pública. 4. Los códigos de ética pública. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La noción de lo bueno, lo malo, lo justo, lo injusto, así como aquello que constituye el *summum bonum*, es connatural al ser humano. De ahí que en el contexto de la posmodernidad, tratar un tema de ética, podría dar la impresión de que reabrimos un expediente sobre el que recae el peso de la cosa juzgada. No obstante, los tiempos turbulentos de corruptelas e impunidad, nos obligan a retomar los temas deontológicos y más aún, en el ámbito de la administración pública.

La administración pública está sujeta a presiones internas y externas. Las presiones internas son producto de sus propias disfunciones y exigen una atención urgente. Es ostensible que no se puede continuar en esa dirección y que deben emprenderse acciones firmes, profundas e innovadoras para perfeccionar el quehacer público, en beneficio de la sociedad. La incertidumbre en que vivimos se corresponde con transformaciones como el debilitamiento de los sistemas de seguridad que protegían al individuo y la renuncia a la planificación de largo plazo: el olvido y el desarraigo afectivo se presentan como condición del éxito. Esta nueva (in)sensibilidad exige a los individuos flexibilidad, fragmentación y compartimentación de intereses y afectos, se debe estar siempre bien dispuesto a cambiar de tácticas, a abandonar compromisos y lealtades.² Las sociedades posmodernas son frías y pragmáticas. “Los sólidos conservan su forma y persisten en el tiempo: duran, mientras que los líquidos son informes y se transforman constantemente: fluyen. Como la desregulación, la flexibilización o la liberalización de los mercados.”³

Siguiendo a MacIntyre, hay algunos puntos en los que la sociedad contemporánea no puede llegar a un acuerdo satisfactorio. Estos son los casos en los que se presentan “dilemas morales”.

1 Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Maestra en Derecho por la Universidad Iberoamericana, plantel México. Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Ha sido directora de la División de Derecho, Política y Gobierno. Fundadora y Coordinadora de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, México. Autora de múltiples libros y artículos, entre ellos, *Ética del Servidor Público. Hacia una Deontología Administrativa*, 1993, *Ética del Juzgador. Consideraciones fundamentales*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1997. Actualmente es Rectora del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Con nombramiento de Investigador Nacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Profesora del Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Región Centro Occidente de ANUIES.

2 VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo, “Zygmunt Bauman: Modernidad Líquida y Fragilidad Humana”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* | 19 Julio-Diciembre (2008.3), publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid, 2008, p. 3.

3 BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

En muchos casos éstos vienen dados por desacuerdos irresolubles en materia moral. Para el profesor escocés el sujeto tiene que buscar buenos argumentos para superar los desacuerdos morales y luego no puede deslindar la práctica de los argumentos.⁴

Se requiere un cambio cualitativo que permita no sólo enmendar, sino prevenir los yerros en la función pública. Y esto, en gran medida, se logrará a partir de una concepción ética renovada, que enraíce en la conciencia individual de los servidores públicos, trascendiendo a la estabilidad de las instituciones y de la propia colectividad. Es preciso que se transforme el perfil del servidor público, requiriéndose para ello, una capacidad de adaptación, una disposición al cambio y un comportamiento ético, sin precedentes.

Mucho se ha escrito sobre administración pública; cómo hacerla más eficiente, menos densa y tortuosa. Las soluciones son múltiples y la preocupación por configurarlas, externarlas y ejecutarlas, no es nueva.

Sin dejar de advertir la importancia que tienen los programas de formación, capacitación y actualización sobre la gestión pública, debe privilegiarse la adhesión consciente y verdadera a determinadas pautas axiológicas, dado que no basta con respetar y asumir en todos los actos el principio de legalidad, en tanto en cuanto, el comportamiento ético no se agota en la fidelidad externa a la ley. El servicio al estado, no es una profesión, sino un ámbito de actividades, un campo de desempeño en el que se desarrollan las más diversas profesiones y quehaceres, de tal manera que como toda ocupación humana, está condicionada por una práctica ética, va más allá de un sistema de responsabilidades, no se conforma con tipificar conductas, estableciendo consecuencias sancionatorias. En todo caso, apela al fuero interno, a eso que no está explícito en la norma jurídica, dado que no responde a un problema de coyuntura. La ética en la administración pública, debe ir más allá de una pura construcción formal.

La ética no puede seguir siendo un mito referencial, pues sin la deontología, el cuadro teórico y práctico de la administración pública, está incompleto.

2. La Ética Deontológica

La palabra ética proviene del griego *ethos* y etimológicamente significa “la ciencia de las costumbres. Sin embargo, esta etimología nos lleva a hacer de la ética una ciencia puramente descriptiva.”⁵

Ética, en su acepción real, “es la ciencia normativa de la actividad humana en orden al bien.”⁶

La ética es la ciencia de lo que el hombre debe hacer para vivir como debe vivir, para ser lo que tiene que llegar a ser, para alcanzar su valor supremo, para realizar en su naturaleza lo que se presenta como la justificación de su existencia, aquello hacia lo que y por lo que existe. En dos palabras; la ética es una ciencia categóricamente normativa.⁷

4 RAMIS BARCELÓ, Rafael, *Razones para actuar y derecho natural*, p. 222 [en línea]. [fecha de consulta: 11 de marzo de 2017] Disponible en línea: http://app.vlex.com/#WWW/search/content_type:4/obligatoriedad+%C2%B4-C3%A9tica/p2/vid/406746782

5 SANABRIA, José Rubén, *Ética*, Porrúa, México, 1989, undécima edición, p. 18.

6 *Supra* *Ibid.* p. 20

7 ROME, Gregory, J. *de Finance, Ethique Générale*, pres. Iniv., 1967, pp. 12-13, *cit.* por Sanabria, *op. cit.*, p. 21.

Esta parte de la Filosofía referida a la valoración moral del comportamiento humano, surgió en la época helénica como “una doctrina de las costumbres; es decir, como una teoría de los actos humanos habituales ordenados de modo objetivo en virtud de ciertos principios, presupuestos o postulados por el hombre mismo.”⁸

Solamente se produce el interés, cuando el sujeto se encuentra ante motivos, esto es, ante situaciones, objetos, contenidos o actividades capaces de provocar la aparición y permanencia de este interés.⁹

La ética como parte de la filosofía referida a la valoración moral del comportamiento humano, surgió en la época helénica como “una doctrina de las costumbres; es decir, como una teoría de los actos humanos habituales, ordenados de modo objetivo en virtud de ciertos principios, presupuestos o postulados por el hombre mismo.”¹⁰

La ética es la ciencia de lo que el hombre debe hacer para vivir como debe vivir, para ser lo que tiene que llegar a ser, para alcanzar su valor supremo, para realizar en su naturaleza lo que se presenta como la justificación de su existencia, aquello hacia lo que y por lo que existe. En dos palabras; la ética es una ciencia categóricamente normativa.¹¹

La ética deontológica, fundada por Kant, trata de que la conducta se oriente de acuerdo al deber, a la buena voluntad y a los dictados de la conciencia moral.

Esa ética deontológica asumió en Kant un carácter metodológicamente solipsista, procedente del pensamiento de la Ilustración, cuya culminación se dio en él. No obstante, hay en la conciencia moral, en el desdoblamiento que ella suscita y en un ‘tribunal’ dentro de cada individuo, un principio de apertura comunitaria, un intradiálogo o diálogo interiorizado, una dimensión social inscrita en nuestra misma intimidad, reconocida por el propio Kant en su imperativo de que la máxima de la conducta individual pueda convertirse en principio de legislación universal.¹²

Para Kant, la vida moral reside en la misma estructura de la mente humana que dicta órdenes universales y directrices últimas. Para él, el hombre posee innata una poderosa conciencia, el ‘debo’ ineludible, el imperativo categórico.

La moral no es algo desvinculado de la experiencia, sino la experiencia probada. Así la ética se ocupa de toda sabiduría moral alcanzada por los hombres en las situaciones de la vida, sin tener en cuenta patrones filosóficos o religiosos.¹³

Desde las postrimerías del siglo pasado, encontramos dos corrientes fundamentales en torno a la ética: 1. El apriorismo moral, de origen Kantiano; y 2. La axiológica, cuyo fundamento son los valores.

Ambas orientaciones resumen las posiciones sobre la ética formal - entre sus representantes más connotados encontramos a: Kant, algunos deontologistas como W. D. Ross y H. A. Pritchard - y la material - desarrollada fundamentalmente por Max Scheler, incluyéndose también a quienes independientemente del enfoque formal, abordaron en gran medida la ética material entre otros, Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Dietrich Von Hildebrand - .

8 *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Drisk: II, Argentina, 1988, Tomo XI, P. 259.

9 *Ibid.* Pp. 47 A 50.

10 *Enciclopedia Jurídica*, loc. cit.

11 SANABRIA, op. Cit. p.20.

12 *Gran Enciclopedia Larousse*, Planeta, España, 1980, Tomo 9, p. 9.

13 FERMK, Vergilius, Ep. Ética, Durvan, Biao, 90, Tomo 8, pp. 309 y 310.

Las teorías éticas contemporáneas, se definen esencialmente en cuatro grupos: 1. El naturalismo; 2. El intuicionismo; 3. La posición no cognoscitiva; y 4. El neokantismo.¹⁴

Los principales postulados del naturalismo son:

1. Los enunciados éticos son juicios genuinos - verdaderos o falsos - .
2. La verdad o falsedad de los enunciados éticos se determina mediante métodos de experimentación y observación características de las ciencias naturales.
3. Las palabras éticas son definibles mediante palabras que se refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas, científicamente discriminables.”¹⁵
4. En el supuesto de que sean correctas las teorías éticas naturalistas, debe concluirse que la ética normativa es posible. En el caso de que los juicios éticos sean cognoscitivos y empíricos, la consecuencia sería que éstos podrían ser formulados y transmitidos a través de los recursos que utilizan las ciencias físicas y sociales. El principio de utilidad, para ciertos filósofos naturalistas, se presenta como una ‘hipótesis’ empíricamente justificable.

Por su parte, el intuicionismo, confuta la posición naturalista, sobre la base de que en tales definiciones la frase que define no tiene la fuerza normativa del término definido. La expresión “X es bueno” o “X es correcto” tiene una fuerza normativa que, dicen ellos, no aparece en “X es placentero”, o “X es satisfactorio”, o “X es deseado por sus propios méritos en condiciones normales.” Los intuicionistas en general, sostienen una captación inmediata de la no identidad de significado entre un *definiendum* ético y sus *definiens* naturalista.

La posición intuicionista, tiene como base los siguientes principios:

1. Los enunciados éticos son juicios; son verdaderos o falsos.
2. Su valor de verdad es conocido independientemente de toda experimentación y observación características de las ciencias naturales, son conocidos a priori.
3. No inferencia mediante una intuición racional directa - son juicios sintéticos a priori -.
4. Las palabras éticas son definibles mediante vocablos que se refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas científicamente discriminables.

Los términos éticos, como ‘bueno’, ‘correcto’, nombran propiedades normativas objetivas no naturales; no pueden ser definidos en términos que se refieren a propiedades empíricas.”¹⁶

En cuanto a las teorías no cognoscitivas —que incluyen a la positivista lógica— pueden resumirse sus grandes líneas en:

1. Dos dimensiones de significado: la cognoscitiva y la emotiva.
2. Lo verificable empíricamente y lo certificable lógicamente agotan el significado cognoscitivo. Todo lo demás es emotivo.
3. Afirmar que una expresión es emotiva, implica afirmar que exterioriza o provoca una emoción.
4. Un *definiendum* normativo jamás puede ser definido mediante *definiencia* no normativos.

14 NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*, Fontamara, México, 991, pp 13 y ss.

15 *Ibid.* p. 14.

16 *Supra ib.*, p. 23.

5. Las cuestiones de creencia son cuestiones de lógica o de hechos empíricos.
6. Las actitudes tienen que ver con intenciones, finalidades, deseos, intereses, preferencias.
7. La palabra “bueno”, tiene un significado en parte emotivo y en parte cognoscitivo.
8. El razonamiento ético puede ser equiparable a la persuasión no racional.

Los filósofos que se inscriben dentro de estas teorías - principalmente los de Oxford - rechazan el sentido de objetividad de las normas últimas y propugnan el reconocimiento a la objetividad en la moral.¹⁷

La variante fundamental entre la tesis de los neokantianos y la del propio Kant, es una forma de demostrar el imperativo categórico de la racionalidad y una formulación del imperativo mismo. Sus notas distintivas son especialmente, las que a continuación se sintetizan:

1. Los juicios de valor son distintos de los juicios éticos. Los primeros pueden ser analizados en términos empíricos; los últimos, no.
2. Lo “correcto” no puede ser definido empíricamente; correlativamente los juicios de obligación, siendo distintos de los juicios de valor, “no pueden ser determinados jamás por los hechos empíricos solamente.”
3. Hay una relación entre lo intrínsecamente bueno y lo moralmente imperativo, pero “bueno” como “útil por ser conducente a la satisfacción” es algo diferente de “bueno” como “moralmente justificado.”¹⁸

Sostienen el imperativo básico de racionalidad como base de la conducta. Si no se reconoce como obligatorio obrar por consideraciones racionales, la conducta no puede estar sujeta a la crítica objetiva.

La corrección objetiva requiere la distinción entre lo correcto y lo incorrecto. Una condición necesaria de lo objetivamente correcto, trátase de una cuestión de prudencia o de justicia, es que todo lo objetivamente correcto, debe ser garantizado por la razón.

La corrección objetiva tiene que tomar en cuenta no sólo el valor moral de la intención del sujeto, sino también la validez cognoscitiva de dicha intención.

Se define la intención de un acto, con todas las consecuencias que el sujeto espera que se produzcan por el acto.

Ningún ser racional puede repudiar racionalmente normas que exhortan a la racionalidad.

Lo correcto y lo justo no pueden ser determinados por los hechos empíricos solamente, porque las concepciones de lo correcto y lo debido están relacionadas analíticamente con el comportamiento guiado por reglas, no es una cuestión empírica de hecho, sino de prueba dialéctica.¹⁹

“Lo que conviene subrayar en la ética moderna [...] por el momento, es que pese a los efectos terroristas que según Heidegger es capaz de engendrar, la voluntad sigue aún subordinada a

17 *Supra ib.*, pp. 19 a 56.

18 ACERCA DE LOS IMPERATIVOS MORALES, <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/teoriaseticas/eticakant/Comentarios/comenta6.html> 6 de febrero 2017.

19 *Supra ib.*, pp. 57 a 63.

un fin: si el hombre moderno se aferra, no sólo a producir una interpretación del mundo - con Hegel - sino también a transformarlo, es sin duda con el fin de asegurar su dicha y casi su libertad.”²⁰

3. Ética y Posmodernidad Líquida en La Administración Pública

Según Aristóteles, la ética no sólo es una teoría del obrar humano, sino también una política normativa de las costumbres en su proyección social estatal, dado que: “La ética nos parece una rama de la política, ya que no se puede hacer nada en las cuestiones referentes al estado, de no hallarse en posesión del bien. [...] De ahí, si tenemos que proceder con éxito en las cuestiones concernientes al estado, debemos hallarnos en posesión de buenos hábitos morales”.²¹

Cuando se habla de ética pública se refiere a la ética aplicada y puesta en práctica en los asuntos de gobierno. Es la ética aplicada a los servidores públicos, entendiendo por éstos aquéllas personas que ocupan un cargo público ya sea por elección, oposición u otro medio, y que tienen una responsabilidad ante el estado. Dichas responsabilidades se traducen en actos concretos orientados hacia el interés común y de la ciudadanía. La ética pública se refiere entonces, a los actos humanos en tanto que son realizados por gobernantes y funcionarios públicos en el cumplimiento del deber.²²

La ética aplicada a la función pública tiene como punto fundamental el concepto de servicio, es decir, las funciones, actividades y atribuciones que realizan los servidores públicos orientadas al beneficio colectivo. Es además, un elemento importante frente las arbitrariedades y antivalores practicados en el ejercicio del poder público. Es un factor esencial para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones, a la vez que instrumento clave para elevar la calidad de la política y la gestión pública gracias a la conducta honesta e íntegra de los servidores públicos.

La excelencia en el tratamiento de los asuntos que tienen que ver con la cosa pública, se podrá alcanzar y mantener si se cuenta con servidores con criterios sólidos y un proceder ético. Toda persona que participa de la función pública debe tener conciencia de que el servicio público se define como la acción del gobierno para satisfacer las demandas y necesidades de las personas que integran el estado.

El servidor público se debe a su comunidad, su sueldo es pagado por la sociedad y por lo tanto tiene una responsabilidad y un compromiso con ella. Los políticos, junto con su equipo de funcionarios y técnicos, tienen la responsabilidad de dirigir los asuntos públicos y resolverlos. Por su parte, los funcionarios y equipo técnico, al trabajar para los políticos y ser los operadores de las instituciones públicas, se convierten en corresponsables en la función de gobierno. El político y el funcionario público no deben olvidar que están para servir a la comunidad y no para servirse de ella.²³

La visión filosófica de la postmodernidad, afecta a todos los ámbitos del ser, del conocer

20 FERRY, Luc, *Filosofía Política I* (trad. al español por Juan José Urtrilla) Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 17.

21 ARISTÓTELES, *Gran Ética*, Lib. 1, Cap. I, Ed. Tor., Buenos Aires, pp. 5 y 6.

22 DIEGO, Óscar, Introducción a la Ética Pública, [en línea]. [fecha de consulta: 21 de febrero de 2017] http://www.dilemata.net/index.php?option=com_content&view=article&id=25: introducci-la-ica-pca&catid=3:ica-pca-y-buen-gobierno&Itemid=20

23 *Ibidem*

y del vivir, y, sobre todo, a una pluralidad de valores. La postmodernidad, y su exacerbado culto al individualismo, ha generado que cada quien sobreviva como pueda y eso que “tu derecho termina donde empieza el de los demás”, se va convirtiendo en una fantasía legal.²⁴

En la obra *Modernidad Líquida*, Zygmunt Bauman, quien fue profesor emérito por la Universidad de Leeds, explora cuales son los atributos de la sociedad capitalista que han permanecido en el tiempo y cuales las características que han cambiado.²⁵ Centrada su atención en la postmodernidad y en la vida cotidiana, ha elaborado el concepto de la modernidad líquida que le ha convertido en un referente internacional en sociología y en filosofía.²⁶

[...] Ante el desencanto de la razón y la pérdida del fundamento, surgen valores como: el pluralismo y la diversidad, fragmentación, pensamiento débil, desorientación, tolerancia, escepticismo, secularización, entre otros. “El otro” tipificado como extraño por desconocido es un portador innato de incertidumbre, de potencial peligro, siendo, tal vez, su mayor amenaza, el atentar contra la clasificación misma que sostiene el orden del espacio social en el que se inscribe mi mundo.²⁷

La modernidad líquida es un tiempo sin certezas. Sus sujetos, que lucharon durante la Ilustración por poder obtener libertades civiles y deshacerse de la tradición, se encuentran ahora con la obligación de ser libres. Hemos pasado a tener que diseñar nuestra vida como proyecto y performance. Mas allá de ello, del proyecto, todo sólo es un espejismo. La cultura laboral de la flexibilidad arruina la previsión de futuro, deshace el sentido de la carrera profesional y de la experiencia acumulada.

[...] Las instituciones no son ya anclas de las existencias personales. En decadencia el estado de bienestar y sin relatos colectivos que otorguen sentido a la historia y a las vidas individuales, surfeamos en las olas de una sociedad líquida siempre cambiante –incierta– y cada vez más imprevisible.²⁸

La modernidad líquida, según Bauman, define el estado fluido y volátil de la actual sociedad, sin valores sólidos, en la que la incertidumbre por la vertiginosidad de los cambios ha debilitado los vínculos humanos, lo cual trasciende a la dimensión ontológica y estructural de la administración pública, en tanto se deja de lado su potencialidad y sus imperfecciones, su realidad descarnada y sus tendencias a futuro.

No hay solidez en las instituciones, en sus estructuras y valores, convirtiéndose en una “tarea de Penélope: hoy se deshace lo hecho ayer, sin el tamiz de la crítica, muchas veces para parecer innovadores. Hay ausencia de memoria administrativa. Cada período de gobierno desconoce en gran medida lo avances pretéritos, e abandonan proyectos y también obras en ejecución. Se desbarata para emprender nuevamente, como lo hacía Penélope con su manto.”²⁹

24 Antivalores del siglo XXI. <http://antivaloresdelsigloxxi.blogspot.mx/> [en línea]. [fecha de consulta: 22 de febrero de 2017]

25 VÁSQUEZ ROCCA, *Loc. Cit.*

26 URTEAGA, Eguzki, “Reseña de Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida”, *Reflexión Política*, vol. 17, núm. 34, diciembre, 2015, pp. 160-165 Universidad Autónoma de Bucaramanga Bucaramanga, Colombia, p. 6.

27 BAUMAN, Zygmunt, *Ética postmoderna*, Siglo XXI, Argentina, 2004, p. 171.

28 *Supra ibid.*

29 CHANES NIETO, José, La descentralización en la Administración Pública, en: *Avances del Derecho Administrativo Económico y Social*. Cuaderno de la serie Praxis N° 68, I.N.A.P. México, 1985.

Por otra parte, es necesario recordar que “todo conocimiento sobre el estado tiene que partir del supuesto de que la vida estatal incluye siempre al que investiga;³⁰ —“Quien acepte plenamente el carácter subjetivo de nuestra problemática debe, en consecuencia, admitir que la realidad social es un caos desarticulado que sólo puede ser ordenado gracias a los puntos de vista valorativos que aporte el investigador”³¹— éste pertenece a ella de modo existencial y no puede nunca abandonarla. No es el estado un objeto extraño al sujeto que interroga, algo que; espacialmente se halle “frente a él; por el contrario, lo que constituye la esencia de tal relación es la identidad dialéctica entre sujeto y objeto.”³²

La comprensión de la estructura administrativa, entraña actitudes y comportamientos. Sostiene Jacques Attali, que: “El individuo es el primer elemento de la ciencia política. De su comportamiento reacciones, actitudes y decisiones dependerán las evoluciones de la sociedad y del sistema político.”³³

Evidenciada la importancia que tiene el conocimiento y la comprensión, en la adopción de actitudes y comportamientos, se sugiere que se produzcan a partir de una gradación jerárquica, puesto que deben tenerse presentes las diferencias suministradas especialmente por los niveles de preparación de los servidores públicos. A su vez, los hábitos morales se logran a partir de la concientización que supone una “inserción crítica en el proceso e implica el compromiso histórico de transformación.”³⁴ Dice P. Freire: “Utópico para mí no es lo irrealizable, no es el idealismo, utopía es la dialectización en los actos de denunciar y anunciar. El acto de anunciar la estructura deshumanizante, y el acto de anunciar la estructura humanizadora. Por esta razón es también compromiso histórico. La utopía exige conocer críticamente. Es un acto de conocimiento. Yo no puedo denunciar la estructura deshumanizante si no la penetro para conocerla. No puedo anunciar si no la conozco”.³⁵

Muchas de las fisuras que surgen en el ámbito interno de la administración pública, se originan en la ausencia de comprensión y concientización de lo que es y de lo que debe ser la estructura orgánica, la competencia, la delimitación de funciones, jerarquías, líneas de comunicación y valores que conlleva el ejercicio de la función pública.

El concepto de responsabilidad de viejo cuño, ha probado ser insuficiente para lograr transformaciones de fondo, en tanto las circunstancias cotidianas que se yerguen ante los demás, como manifestación de un poder casi omnímodo del estado, llegan a producir la idea de que la administración es un cosmos de privilegios, más que de servicios.

A partir de una definición del nuevo perfil del servidor público, podrán precisarse las principales características que la sociedad reclama a quienes le sirven. Tal conjunto de rasgos, constituye un modelo que se determina idealmente, como producto de un trabajo de identificación de ese deber ser, en el que subyace un contenido axiológico a reflejarse en la práctica. Por eso, dicho perfil ha de conjugar con nitidez y equilibrio los elementos teórico-administrativos, jurídicos, políticos y filosóficos, que actúen como principios rectores en el desempeño operativo. Normalmente ese perfil, dista mucho de acercarse a la realidad, pero no la ignora, antes bien, la trasciende. Tal perfil

30 SÉLLER, Hermann, “Objeto y Método de la Teoría del Estado,” en: *¿Qué es la Política?* (Juan Cristóbal Cruz Revueltas) Ed. Publicaciones Cruz O., México, 1990, p. 72.

31 CRUZ REVUELTAS, Juan Cristóbal, *¿Qué Es la Política?* Ed. Publicaciones Cruz O., México, 1990, p. 72

32 *Supra lb. Loc. Cit.*

33 ATTALI, JACQUES, *Los Modelos Políticos*, Ed. Labor, España, 1974, p. 13.

34 TORRES NOVOA, CARLOS ALBERTO. *La Praxis Educativa de Paulo Freire*, Ed. Gernica, México, 1977, P. 112.

35 *Supra lb. Loc. Cit.*

no es un instructivo, sino un ideario, por eso debe hacerse sobre una base firme, como producto constante y espontáneo de las propuestas de la sociedad y sólo podrá lograrse quitando la atadura a la imaginación. Inducir un proceso de esa dimensión, es crear las condiciones de compromiso en la búsqueda de mejores servidores.

Dicha labor impone una obligada recurrencia a experiencias pretéritas y actuales para captar los conocimientos, habilidades y valores que implícitamente se han asumido hasta ahora. Es incuestionable que un ejercicio de tal magnitud, no puede soslayar la importancia de los sujetos a quienes se sirve: usuarios, mandantes y contribuyentes, pero ante todo, semejantes que merecen respeto y sensibilidad hacia sus problemas.

4. Los Códigos de Ética Pública

Los códigos de ética pertenecen a la ética normativa, referida a conductas y valores que deben observarse en el actuar cotidiano. Un código de ética debe ser resultado de un proceso teórico y práctico, cuya solidez lo colocará como una fuente de suministro insustituible para el mejoramiento del quehacer público.

Tratándose de los fundamentos axiológicos que deben inspirar e informar a los servidores públicos, es necesario enunciar los principios deontológicos que constituyen el punto de partida y de llegada del quehacer administrativo.

“Muchos parecen pensar que un código sin sanciones —como tendría que ser un código de ética pública— es inútil; o, como decía Ihering a propósito de un derecho sin coacción: un fuego que no quema, una luz que no ilumina. Pero no tiene por qué ser así. Podría servir, entre otras cosas: 1) para hacer que los servidores tuviesen que reflexionar sobre su propia práctica; 2) para explicitar ciertos criterios que, de hecho, inspiran su práctica y, en consecuencia, para orientar la misma; 3) para facilitar (a otros) la crítica justificada de su profesión.”³⁶

La **ética** es una y es la de la tradición filosófica que inicia con Aristóteles, es la ética realista y teleológica que discurre en la libertad, la racionalidad y la sociabilidad del hombre como dueño de sus actos, capaz de aprender, de lograr sus fines en lo moral y en lo intelectual, así como de perfeccionarse y de progresar. El razonamiento moral enfrenta al hombre con el deber ser, a partir del ser. Disidente de la ética nominalista, producto de la modernidad, en la cual lo **ético**, no se deriva de la razón, sino del precepto. De ahí que sea indispensable conocer las normas objetivas que permitan llegar a decidir responsable, libremente y conforme al carácter racional del ser humano, uniéndose al bien y a la verdad.

Si bien una interpretación reductiva de la ética, puede conducir a preceptos simplificados de mínima rectitud, que con frecuencia se traducen en los códigos o decálogos de ética. Se trata de instrumentos prácticos que bajan a la cotidianidad y se traducen al lenguaje más sencillo y habitual. A través de ellos se busca exigir el cumplimiento del deber e inhibir conductas no éticas que puede ofrecer el medio.

Como no se trata propiamente de instrumentos jurídicos, sino de lineamientos morales, su exigencia resulta indeterminada a la luz del derecho.

36 ATIENZA, op. Cit., p. 18.

Si la obligatoriedad de tales códigos se interpreta con artificios, puede llegarse a la simulación, a las prácticas claudicantes, corruptas o prevaricadoras que sólo pretendan por vías torcidas, eludir el bien, antes que alcanzarlo. Ciertamente la ética en la administración pública, es mucho más que tales instrumentos. Su fondo es algo mucho más noble, porque busca asegurar que el querer y el actuar sean acordes a la verdad, es decir, a la realidad objetiva. Lo cual significa que un código de ética supone la objetiva y rigurosa consideración de las realidades concretas.

El proceder ético puede ser muy difícil, sin embargo, nadie puede considerarse desligado de su observancia, por muy justificado que pretenda estar. Aceptar que la necesidad obliga a no respetar las normas éticas, sería caer en el gravísimo error de que tales normas son sólo *ideales*, que han de ser luego adaptados, graduándose a las posibilidades concretas de cada individuo. La fidelidad a la norma ética, debe llevar a encontrar salidas éticas al problema, en vez de someterse cómodamente a lo que, al parecer, todos hacen. Adoptar conductas éticamente incorrectas, es corrupción, en tanto se pone en duda la objetividad de la norma ética, lo cual termina por confundir los juicios de valor.

Un comportamiento ético es condición necesaria, pero no suficiente, para la maximización de valores de la justicia. La ética no se justifica por sus consecuencias externas, sino por la consecución de las auténticas finalidades de la persona. Buscar otra finalidad con la ética, sería comprometer los medios para lo que no está destinada.

Los valores éticos son valores subjetivos, en tanto manifiestan realidades que surgen del interior de las personas y, en consecuencia, no pueden ser objeto del mercado. La confianza, la honradez, la equidad, no pueden ser materia de transacciones, pero la influencia de estas cualidades personales, es decisiva para la generación de valor real.

En ese tenor, es indispensable observar las normas éticas por convicción, porque en cualquier terreno, lo realmente importante es la rectitud de la conducta. Hay que ser íntegro aunque la sociedad aplauda al deshonesto y desprecie al probo. Es necesario trabajar por el ser, frente al tener, aunque a los ojos del mundo, parezca un despropósito.

La pretensión de los códigos de ética como modelos universales de conducta, ha sido muy cuestionada, no sólo por su dimensión e implicaciones, sino también, porque en gran medida se circunscriben a enunciar reglas prohibitorias.

5. Conclusiones

1 - La **ética** es una y es la de la tradición filosófica que inicia Aristóteles, es la ética realista y teleológica, que discurre en la libertad, racionalidad y sociabilidad del hombre como dueño de sus actos, capaz de aprender, de lograr sus fines en lo moral y en lo intelectual, así como de perfeccionarse y de progresar.

2 - En el entorno administrativo, no basta con respetar y asumir en todos los actos el principio de legalidad, en tanto en cuanto, el comportamiento ético no se agota en la fidelidad externa a la ley.

3 - Se requiere un cambio cualitativo que permita no sólo enmendar, sino prevenir los yerros en la función pública. Y esto, en gran medida, se logrará a partir de una concepción ética renovada, que se arraigue en la conciencia individual de los servidores públicos, trascendiendo a la estabilidad de las instituciones y de la propia colectividad.

4 - La ética pública se refiere a los actos humanos en tanto que son realizados por gobernantes y funcionarios públicos en el cumplimiento del deber.

5 - La ética es la ciencia de las costumbres, la ciencia normativa de la actividad humana en orden al bien, la ciencia de lo que el hombre debe hacer para vivir y cómo vivir, para ser lo que tiene que llegar a ser, para alcanzar su valor supremo, aquello hacia lo que y por lo que existe.

6 - La ética deontológica fue fundada por Kant y trata de que la conducta se oriente de acuerdo al deber, a la buena voluntad y a los dictados de la conciencia moral. En torno al tema surgen dos corrientes fundamentales, que son: 1) El apriorismo moral de origen Kantiano; y 2) La axiológica, cuyo fundamento son los valores.

7 - Las teorías éticas contemporáneas se definen esencialmente en cuatro grupos: 1) El naturalismo, 2) El intuicionismo, 3) La posición no cognoscitiva; y 4) El neokantismo.

8 - La perspectiva deontológica en el campo administrativo, va más allá del mero concepto de ley o sistema de responsabilidades, que ha probado ser insuficiente para lograr transformaciones de fondo. Un código ético pertenece al ámbito de la ética normativa, pues va referido a conductas y valores que deben observarse en el actuar cotidiano.

9 - La posmodernidad líquida, como el estado fluido y volátil de la actual sociedad, sin valores sólidos, en la que la incertidumbre por la vertiginosidad de los cambios ha debilitado los vínculos humanos, trasciende a la dimensión ontológica y estructural de la administración pública.

10 - Es indispensable la integridad de la conducta, aunque en tiempos posmodernos la sociedad aplauda al deshonesto y desprecie al probo.

Bibliografía

ANTIVALORES DEL SIGLO XXI. <http://antivaloresdelsigloxxi.blogspot.mx/>

ARISTÓTELES, *Gran Ética*, Libro 1, Cap. I, Editorial Tor, Buenos Aires.

ATIENZA, Manuel, "Ética Judicial", s/e, s/a. [documento en línea]. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174851.pdf.

ATTLI, Jacques, *Los Modelos Políticos*, Labor, España, 1974.

BAUMAN, Zygmunt, *Ética postmoderna*, Siglo XXI, Argentina, 2004.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Driskill, Argentina, 1988, Tomo XI.

FERM, Vergilius, *Ética*, Durvan, Bilbao. 1970, T. 8.

FERRY, Luc, *Filosofía Política I* (Trad. Al español por Juan José Rutilla), Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE, Planeta, España, 1980, Tomo 9.

NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*, Fontamara, México, 1991.

SANABRIA, José Rubén, *Ética*, Porrúa, México, 1989, undécima edición.

SÉLLER, Hermanan, *Objeto y Método de la Teoría del Estado*, en: *¿Qué es la Política?* (Juan Cruz Revueltas), Publicaciones Cruz Revueltas, México, 1990.

SÉLLER, Hermann, "Objeto y Método de la Teoría del Estado," en: ¿Qué es la Política? (Juan Cristóbal Cruz Revueltas) Ed. Publicaciones Cruz O., México, 1990.

TORRES NOVOA, Carlos Alberto, *La Praxis Educativa de Paulo Freire*, Guernica, México, 1977.

URTEAGA, Eguzki, "Reseña de Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida", *Reflexión Política*, vol. 17, núm. 34, diciembre, 2015, pp. 160-165 Universidad Autónoma de Bucaramanga Bucaramanga, Colombia.

VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo, "Zygmunt Bauman: Modernidad Líquida y Fragilidad Humana", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* | 19 Julio-Diciembre (2008.3), publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid, 2008.

PARTE II

TEXTOS VENCEDORES DO CONCURSO
“PRÊMIO ARTIGO DO ANO DO INSTITUTO
PARANAENSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO”

DO MORALISMO AO CONTROLE DEMOCRÁTICO: A INEFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO COMBATE A CORRUPÇÃO

ANA CRISTINA AGUILARVIANA¹

Sumário: 1. Nota introdutória: do moralismo ao controle democrático; 2. A democratização do Direito Administrativo e o controle social; 3. O processo de instrumentalização da participação social no Brasil; 4. A (in) eficiência dos mecanismos participativos como meio de controle social da corrupção no âmbito das contratações públicas; 5. Considerações finais.

1. Nota introdutória: do moralismo ao controle democrático

Suborno, enriquecimento ilícito, conduta antiética, malversação de recursos públicos, desvio, engano. São alguns dos atributos que se enquadram naquilo que se chama de corrupção. Embora ela seja uma endemia mundial², é quase uma regra geral os brasileiros atribuírem o fenômeno à sua própria cultura. Alguns conferem à herança ibérica.³ Outros, à formação estamental patrimonialista.⁴ Tal como Macunaíma, o “herói de nossa gente”⁵, a malandragem fulgura como um cano de escape à perpetuação e prática de atos corruptos no dia-a-dia, evidenciando a situação reconfortante em delegar a responsabilidade de atos tidos como *imorais* à terceiros.⁶

A tendência dessa perspectiva é naturalizar a corrupção, colocando o Brasil como um *locus* natural de vícios.⁷ Nesse ambiente, a busca pelo reparo da corrupção parte de uma perspectiva moralista, no qual se desloca o problema para a ordem jurídica. Trata-se de um cenário que se vê com clareza na coleção⁸ de legislações publicadas desde a década de 1990, as quais visam

1 Mestre em Políticas Públicas pela 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 e em Jornalismo pelas Faculdades Integradas do Brasil. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais. Advogada.

2 A corrupção não é um fenômeno *local*, mas global. Exemplo disso são os diversos acordos firmados internacionalmente com vistas a diminuir a corrupção. Sobre: OSÓRIO, Fabio Medina. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2011.

3 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.

4 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. Rio de Janeiro / Porto Alegre / São Paulo, Editora Globo, 1958, p.243.

5 ANDRADE, Mario de. **Macunaíma**. Disponível em: <http://bd.centro.iff.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1031/Macuna%C3%ADma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28/05/2016.

6 Para Jesse de Souza a tese do mal de origem aceita o racismo disfarçado do culturalismo verdadeiro.in: SOUZA, Jesse. **A ralé brasileira. quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p.57.

7 FILGUEIRAS, F. A tolerância à corrupção no Brasil. Uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião pública**, v. 15, n. 2, 2009.

8 Levantamento realizado revelou um total de 51 leis relacionadas ao controle de corrupção entre os anos 1990 e

“combater” o desvio de recursos. A Lei de Improbidade é só um dos exemplos de uma guerra muitas vezes travada sem respeito a garantias e direitos fundamentais, cuja busca de moralidade acaba se apartando do seu desiderato ao se fazer um uso desmedido de ações inócuas, desvinculadas de racionalidade.⁹

Ainda assim, a despeito das diversas leis já existentes, 66% da população acredita que para diminuir a corrupção estão faltando novas leis.¹⁰ É uma lógica que instaura uma contínua criminalização de ação política, em um círculo vicioso, que muitas vezes acarreta numa “histeria ética”¹¹, ou numa “caça às bruxas”¹² à agentes públicos¹³. Com efeito, essa forma de abordagem acaba por proporcionar um engessamento das instituições políticas, já que condiciona o controle da corrupção a uma revolução cultural brasileira.

Mas, como se nota, esse caminho não está conduzindo aos resultados almejados, tampouco produzindo alterações no cenário atual.¹⁴ Assim, ante a grave crise institucional que o Brasil vive hoje, mostra-se imprescindível que se observe o fenômeno da corrupção com novas lentes. Quer dizer, para se compreender a corrupção no Brasil é necessário ir além desse discurso retórico e ter em mente que existe um conjunto de práticas que centram na persistência do fenômeno que não se relaciona à sua suposta naturalidade. A organização do sistema político, o desenho institucional do Estado e as formas de controle avultam como relevantes dimensões de onde se dá corrupção.

Daí porque se mostra necessário examinar o problema da corrupção não unicamente como um problema burocrático-administrativo, mas estatal. Nessa lógica, é possível defender que o embate deve ser deslocado da moralidade para o democrático. Por sua vez, o controle democrático por excelência é aquele exercido pelos cidadãos enquanto tais. Um controle social cuja atuação pode se dar nos locais de interação entre o Estado e a sociedade, incluindo-se nos espaços participativos.

A dimensão participativa da sociedade ganhou impulso com a obsolescência das fórmulas da democracia representativa, sendo este um fenômeno acompanhando no Brasil desde a promulgação da Constituição em 1988. E, decorridos mais de duas décadas de instrumentalização dessas experiências, *a participação tomou forma, saiu de seu caráter prescritivo e passou para a práxis*. A literatura brasileira acompanhou *pari passu* essa evolução¹⁵, cuja produção científica revelou a

2009. Destas, 65 % concernem ao controle administrativo-burocrático. São leis que acarretam no aumento de vigilância perante os servidores e políticos. in: FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. *Corrupção e Controles Democráticos no Brasil*, 2013, p.210. http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf

9 GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. (Org.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 1ed.Curitiba: Íthala, 2015, v. , p. 243-267.

10 CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. *Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção*. Belo Horizonte: CRIP, 2009.

11 FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. *Corrupção e Controles Democráticos no Brasil*, 2013, p.210. http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf

12 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. 16

13 Utiliza-se o termo genérico agentes públicos para designar todos os agentes que prestam serviços para Administração Pública, desde agentes políticos a agentes delegados.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-Oprukcqq5ficcjzrcnfcbbu>. Acesso em: 10/08/2016.

15 Segundo Rebeca Abers e outros, a produção inicial de estudos sobre a participação esteve focada em estudos de

complexidade dos processos democráticos construídos.¹⁶ É um momento cunhado por alguns de pós-participativo, no qual existem questões teóricas e descrições empíricas à frente do estado da arte da literatura internacional.¹⁷

Tais modificações fizeram com que as perguntas sobre a participação fossem repaginadas, bem como se visualizasse impasses até então invisíveis. Dentre essas questões está a efetividade desses mecanismos enquanto meio de controle social. Atento a elas, Leonardo Avritzer, levantou a tese que a celeuma do problema político relacionado a esquemas de corrupção atinge, sobretudo, a área de infraestrutura em razão da ausência de participação social.

Com base nesse cenário - urgência de uma leitura da corrupção com uma lente distinta daquela naturalista e a existência de estudos que fornecem dados acerca do exercício do controle social no combate a corrupção - o presente trabalho busca examinar a efetividade dos mecanismos participativos como meio de exercício do controle social da corrupção no âmbito das contratações públicas. Para tanto, o ensaio é dividido em três seções. A primeira discorre sobre o processo de democratização administrativa e os mecanismos de controle. Na segunda seção, traz-se um apanhado do processo de inserção dessas interfaces democráticas no país. Na terceira, examina-se a efetividade das interfaces enquanto mecanismos de controle social no âmbito das contratações públicas. Finalmente, as conclusões trazem uma síntese das ideias trazidas do ensaio, bem como dos resultados encontrados.

2. A democratização do Direito Administrativo e o controle social

Como se sabe, a criação e a consolidação do Direito Administrativo se deram entre os séculos XIII e XX¹⁸, no momento que o Estado desenvolve uma estrutura executiva e reguladora.¹⁹ O Direito Administrativo que aqui se menciona – de raiz francesa – possui intrínseca relação com o Estado de Direito, cujos nortes se expandiram para a maioria dos países da Europa, influenciando definitivamente o direito administrativo brasileiro.

Fundado em uma perspectiva autoritária, o Direito Administrativo surgiu dotado de características que consolidou a distinção estanque entre Administração e administrado bem como de público

casos, o que permitiu uma nova fase de pesquisas que começou a esboçar estudos comparativos cujos resultados revelavam a complexidades das interfaces, que mesmo portando desenhos institucionais semelhantes implicavam em efeitos distintos. daí passou-se a tratar de três variáveis sobre os impactos da participação: o desenho institucional, tradição associativa local e vontade política dos governantes. Recentemente o estudo se aprofundou, analisando-se a relação entre o desenho institucional e o empoderamento; a efetividade deliberativa; a questão da escala e seus efeitos distributivos o efeito da convivência e tensão de projetos antagônicos partilharem pela participação e finalmente a questão da representação e participação. ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18 maio 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0011-5258201411>

16 ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18 maio 2016.

17 GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA, Ernesto. Representación y participación en la crítica democrática. **Desacatos** (CIESAS), v. 49, p. 10-27, 2015, p. 17.

18 MOREIRA, Egon Bockmann, O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo", in P. C. Gonçalves, **Estudos de Contratação Pública**, vol. IV. Coimbra, Coimbra Ed., 2013, pp. 5-18.

19 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 29.

e privado. Por essa razão, apesar de ser um tema controverso, há quem sustente que as prerrogativas serviram tão somente para a continuidade da reprodução das práticas do *ancien regime*.²⁰

Se os propósitos da sua origem são duvidosos, os seus nortes principiológicos não o são. Na sua fundação, a teoria da Administração Pública centrou-se na administração e ignorou a sociedade, cujos sujeitos eram visualizados como súditos. Somente com o advento da doutrina do serviço público que se passa a enxergar o administrado no âmbito das relações com a Administração Pública. As *potestates*, contudo, ainda se faziam presente sendo que as prerrogativas da administração alicerçavam a relação entre o Estado e a Sociedade.

A passagem do indivíduo súdito para sujeito de direito se deu de forma paulatina, acompanhando a modificação do conceito e das funções do Estado, bem como da própria relação entre Estado e sociedade. Logo, foi somente nas últimas décadas que se transmutou da ideia de relação administrativa vertical, bipolar, hierárquica e unidimensional, para uma perspectiva mais horizontal, multipolar, paritária e circular. É a partir daí que se visualiza uma democratização da administração pública.²¹

Chega-se a falar em administração *condivisa*, isto é, os cidadãos devem sair de seu papel de administrado e assumir o cidadão ativo.²² Com efeito, o direito administrativo inseriu o indivíduo e a empresa como colaboradores privilegiados para atingir o interesse público.²³ Essa transformação ocorre no Brasil a partir da promulgação da Constituição Cidadã. Com efeito, os efeitos do processo de redemocratização que culminou com o advento da Constituição, traduzem-se em “novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, conquanto não uniforme, compila determinados avanços da teoria constitucional”.²⁴

Desde então, preconiza-se pelo uso emancipatório²⁵ da dogmática constitucional, cujas características²⁶ são, a irradiação dos seus valores por todo o ordenamento jurídico, a força normativa dos princípios com especial atenção aos direitos fundamentais²⁷, a rejeição ao formalismo com novas técnicas interpretativas, como a ponderação²⁸, o retorno da ética²⁹ a discussão jurídica, a relativização da separação de poderes e a judicialização da política.³⁰

20 Nesse sentido BINENBOJM. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.10, OTERO, Paulo.

21 HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindofer. **Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito**. Fórum Administrativo, ano 11, n.º30, p.38-45, dez. 2011.

22 ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 65.

23 TACITO, Caio. **Direito Administrativo participativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 209, jul/set.1997.

24 SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

25 BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2ª impressão, Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p.110.

26 HESSE, Konrad. et all. **Manual de Derecho Constitucional**. presentación de Conrado Hesse ; 2ª ed. prolegomena y traducción de Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p.115.

27 CARBONELL, Miguel. Prólogo in: **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Ramiro Ávila Santamaría, serie justicia y derechos humanos: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, p.57.

28 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.48.

29 Autores usam a expressão “virada kantiana” para se referirem à influência de Kant no debate jurídico hodierno, assim como o abraço da ética e moral. Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 1999, p.249.

30 “Há Judicialização da Política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de

Aventado desenho institucional impactou o direito como um todo, e, evidentemente sobre a Administração Pública. É a partir dela que a Administração passa a enxergar o indivíduo como um sujeito de direito, como um cidadão ativo, em uma perspectiva mais horizontal.³¹ Segundo Patrícia Baptista, a nova configuração administrativa cumulada à crise de legitimidade democrática abriram espaço para o desenvolvimento da participação administrativa. Como o exercício da cidadania passou a ser premissa de primeira ordem, as formas de participação cumprem esse desiderato, ao possibilitar a defesa pelos próprios cidadãos dos interesses gerais da sociedade.

Juridicamente³², a participação social ganha contornos por meio da Constituição, que autoriza a sua instrumentalização por meio de diversos dispositivos³³, sendo que o principal deles é o art.1º§ único. Portando esse conteúdo axiológico de aproximação do cidadão a administração, a participação tem sido desde então festejada por toda a doutrina jurídica. Fabio Konder Comparato refere à participação como um modo de introduzir uma linha de ação mais democrática na administração da coisa pública.

Pode-se dizer que existe uma verdadeira “ideologia da participação”.³⁴ Abunda, como se vê, doutrina que exalta as qualidades da participação, especialmente a colocando como uma oportuna saída às claras deficiências da democracia representativa. E dentre os objetivos da participação se encontra, indubitavelmente, o controle social.

Etimologicamente, controle advém do francês *contrôle*, que por sua vez, oriunda-se do latim medieval *contrarotulus* (contra + lista).³⁵ Na atualidade, o termo controle não detém uma definição pontual, vez que se trata de um vocábulo polissêmico, cujo significado pode remeter a diversas situações. No âmbito constitucional, diz-se que suas inclinações pendem para a vistoria, a inspeção, o exame, a fiscalização, a contenção, entre outros.³⁶ Já na Administração Pública, conforme leciona Floriano de Azevedo Marques Neto, toda a atividade administrativa subjaz às

modo significativo as condições da acção política”. Desta maneira, pode-se afirmar que a Judicialização da Política se consubstancia na apreciação e intervenção do Poder Judiciário e questões políticas. *in*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Judicialização da Política. Público**. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/en/articles.php>>. Acesso em: 01 set. 2015.

31 PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular da administração pública. Belo Horizonte: **Fórum**, 2004, p. 35.

32 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

33 Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

34 CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas: de Maquiavel até nossos dias**. 3ªed. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

35 GUEGUES, Helder. **De Veneza para o mundo**. Disponível em: <http://letratura.blogspot.com.br/2006/02/controlografia-e-etimologia.html>. Acesso em: 08. dez. 2015.

36 SIRAQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites da constituição de 1988**. 2004. 212 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://siraque.tempsite.ws/site/pdf/monografia2004b.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

normas e procedimentos que denotam primários níveis de controle, tais como os requisitos do ato administrativo, como a motivação e a publicidade do ato.³⁷

Contudo, o autor sobreleva que a perspectiva formal é insuficiente, sendo necessário o controle material, isto é, de seu conteúdo.³⁸ Para Maria Sylvia Zanella DiPietro, o controle da administração se constitui no “poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos do poder judiciário, legislativo e executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico”.³⁹

O controle, é assim, pedra angular da Administração Pública. E como tal, ela exige mecanismos diversos, tanto exógenos, quanto endógenos. Quanto ao controle interno (art. 74, CF) realizado pela própria Administração Pública, ele pode ser feito de forma simultânea, previamente, em um momento posterior ao ato, ou ainda mediante provocação.⁴⁰ Por sua vez, além do controle exercido pelo Tribunal de Contas, o controle social⁴¹ também se afigura como uma maneira de controle externo. Segundo Francisco Taveira Neto o controle social pode ocorrer de três formas: participação, fiscalização e reação.⁴² O controle público não estatal, outrossim, ocorre mediante um processo de ampliação da participação da sociedade civil na administração pública, no qual a publicidade, junto à moralidade figuram como princípios norteadores.⁴³

Apesar de a transparência ser relevante nesse processo, ela se constitui como exigência para que se exerça o controle social, e não no destino final de uma abertura com vistas ao combate à corrupção. Outrossim, a publicização das ações da administração, junto a criação de espaços participativos figura como *locus* de exercício da *accountability* vertical⁴⁴ e traz novos atores na definição e execução de políticas públicas.⁴⁵ Além disso, a legitimidade das instituições repousa na possibilidade de controle racional das decisões, bem como na inserção dos indivíduos no processo decisório.⁴⁶ Com a instrumentalização dos mecanismos participativos, abriu-se espaço para esse processo tomar concretude.

3. O processo de instrumentalização da participação social no Brasil

Entender a participação no Brasil não é possível sem antes compreender, mesmo que sucintamente, o percurso político e econômico brasileiro recente. Foi durante o século XX que as elites

37 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66621>>. Acesso em: 3 jul. 2014

38 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66621>>. Acesso em: 3 jul. 2014

39 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 478.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34-36.

41 Exemplos de artigos que tratam de controle social na Constituição: art. 10; 37, §3º; 187; art. 194, parágrafo único, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI 216, §1º; 225; e 227, §1, °, CF

42 NETO, Francisco Taveira. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 Janeiro / Março 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34577>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

43 FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. **Corrupção e Controles Democráticos no Brasil**, 2013, p.210. http://ipea.gov.br/agency/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf

44 O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua nova**: CEDEC, n. 44, 1998

45 SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à informação**. São Paulo: Atlas, 2015, p.41.

46 CLEVE, Clemerson Merlin. in SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação**. São Paulo: Atlas, 2015. p.i.

buscaram a modernização do país. Implementaram-na sobre um país rural, o que não impediu que em pouco tempo a *terra brasilis* passasse a ser a décima economia industrial do mundo. Contudo, com a mesma proporção com que a modernização virava realidade, as vulnerabilidades sociais davam suas caras, o que consequentemente fez com que ao longo deste século o Brasil tenha se tornado um dos países mais desiguais do mundo.

Citam como exemplo desse fosso o fato de o aumento da população urbana não ter sido proporcional ao aumento da prestação de serviço público. Diz-se, ademais, que o processo de modernização, marcado por um viés weberiano, não deu conta das necessidades sociais do país. Ou ainda, segundo Leonardo Avritzer⁴⁷, são a tradição clientelista⁴⁸ do país e o baixo nível de organização da população os responsáveis por essa situação.

Dentro desse cenário, a ideia de participação parte do outro flanco. Originando-se nos idos da década de 60 como uma insurgência das camadas populares, a preocupação era em construir uma sociedade justa, cujo ideário se viu concretizado somente décadas depois com a promulgação da Constituição Cidadã. Antes dessa conquista, contudo, em virtude da busca das elites em modificar os resultados de eleições, a quimera democrática estacionou estabelecendo-se a ditadura.⁴⁹

E foi no âmago do cenário autoritário começou a fulgurar alguns movimentos sociais que trouxeram novos contornos e demarcam espaço para a abertura política do movimento democrático. O processo de redemocratização no Brasil, portanto, inseriu novos atores na arena política, instituindo uma nova gramática social. Essa democracia que apareceu na década de 70 no sul da Europa chega a América Latina nos anos 80 colocando a discussão sobre a democracia na relação entre procedimento e participação social. Essa nova gramática modificou as relações das minorias e do patriarcado com bens públicos o que ensejou um experimentalismo na esfera pública, transformando o Estado em um movimento social.⁵⁰

Assim, embora se tenha enfrentado na década de 80 duras perdas econômicas, o que fez com que fosse batizado de “a década perdida”, foram nesses anos que se viu um crescimento da organização popular e experiências de participação germinado.⁵¹ O cenário subsequente foi o desenvolvimento de um cenário político que permitiu a realização de uma Assembleia Constituinte, que foi composta também pela participação da sociedade. Este processo, “maculado pela origem da Assembleia Nacional Constituinte e por seu funcionamento legitimado pela participação popular” foi “capaz de estabelecer, se não um conceito concreto de democracia, um projeto democrático que traz para vida real fins democráticos”.⁵²

Destarte, o marco distintivo dessa luta é, indubitavelmente, a promulgação da Constituição em 1988. Como meio de garantir os projetos propostos pelos movimentos sociais, estabeleceu-se não só um Estado Democrático de Direito, como um Estado promotor de políticas públicas. A

47 AVRITZER, Leonardo. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479_cached.pdf. Acesso em: 10/09/2015.

48 LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.43.

49 AVRITZER, Leonardo. **Sociedade Civil, instituições representativas e representação: da autorização à legitimidade da ação**. Dados – revista de ciências sociais, vol. 50, n.º 3, pp.721-755, p.722.

50 SANTOS, Boaventura de Souza e AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: **democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

51 GURZA LAVALLE, Adrian, **após a participação: nota introdutória**. Lua Nova, São Paulo, 84: 13-23, 2011, p.13.

52 SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 280 p,

consequência deste projeto foi a instrumentalização em larga escala de formas de participação ao longo dos anos 1990 e 2000. Inicialmente as experiências ganharam vida no âmbito dos municípios, passando, posteriormente, a emergir a nível federal, cujo desenho institucional contou com a ascensão de militantes sociais que colocaram em prática essas experiências.⁵³

A participação infiltrou-se no exercício de todas as funções estatais. O Legislativo abriu-se ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular de leis, além da colaboração dos cidadãos no exercício da fiscalização do Executivo. O Judiciário passou a contar com diversos instrumentos participativos tais como as ações populares, os mandados de segurança coletivos, dentre outros. Mas foi primordialmente no âmbito da Administração Pública que a participação ganhou cor. Surgiram diversos mecanismos participativos, tais como: comitês, *ombudsman*, leis de transparência, instituições eleitorais de caráter civil, observatórios cidadãos, comissões de vigilância, Conselhos, Comissões, Conferências, entre outros.⁵⁴ Algumas dessas inovações alcançaram mundial notoriedade: os Conselhos Gestores de Políticas Públicas, as experiências de Orçamento Participativo (OP) e as Conferências Nacionais no Brasil.

Esse pioneirismo foi importado e implantado em diversos países, colocando o Brasil como local de ponta da instrumentalização de experiências participativas.⁵⁵ Com efeito, a literatura aponta para um verdadeiro salto nas políticas governamentais apoiadas em experiências participativas.⁵⁶ Houve um incremento no número de programas que deram abertura a instrumentos participativos no âmbito federal, de 81%, em 2002, para 92,1%, em 2010, além da diversificação de órgãos que passaram a implantar esses mecanismos, uma vez que, em 2002, 60,4% dos órgãos tinham programas desse tipo ao passo que, em 2010, esse percentual chegou a 89,3% dos órgãos federais.⁵⁷

De modo que, se nas décadas de 1960 e 1980 a participação correspondia à contraposição ao regime militar, ela se tornou no reclamo de autodeterminação efetiva e parte da linguagem jurídica do Estado, alcançando ambientes inesperados, tornando-se uma feição institucional.⁵⁸ Feição esta que resulta em uma verdadeira “ecologia” das relações Estado-sociedade, onde “diferentes interfaces viabilizam o contato entre Estado e sociedade em diferentes políticas públicas para o cumprimento de diferentes objetivos”.⁵⁹

53 ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000200003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18 maio 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0011-5258201411>.

54 GURZA LAVALLE, A.; ARAÚJO, C. O futuro da representação: nota introdutória. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 9-13, 2006.

55 GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P. P.; CASTELLO, G. A construção política das sociedades civis. In: GURZA LAVALLE, A. (Org.). **O horizonte da política**. Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: Unesp, 2012.

56 COELHO, V. S. P.; FAVRETO, A. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos. In: GURZA LAVALLE, A. (Org.). **O horizonte da política**: Questões emergentes e agendas de pesquisa. Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: Unesp, 2012.

57 PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 61-91, 2014.

58 LAVALLE, Adrian Gurza. Após a participação: nota introdutória. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 13-23, 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000300002&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 23 abr. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452011000300002>

59 PIRES, Roberto R. C.; VAZ, Alexander C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 61-91, Dec. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Apr. 2016.

Tal cenário permitiu que a literatura observasse de perto o cumprimento dos objetivos traçados quando ainda a participação estava no seu caráter deontológico. Dentre eles está, o controle social da Administração.

4. A (in) eficiência dos mecanismos participativos como meio de controle social da corrupção no âmbito das contratações públicas

Embora a literatura aponte para diversos resultados positivos da participação social, ela também logrou observar pontos de celeumas. Leonardo Avritzer ao examinar o que ele chama de “impasses da democracia”⁶⁰, discorre sobre os limites da participação social na política e aponta para a fragilidade dos mecanismos de controle, prevenção e punição. Tal fragilidade em tese permite a existência de corrupção, sobretudo na área de infraestrutura, *locus* por excelência das licitações e contratações públicas.

Para Leonardo Avritzer, é possível notar a existência de uma seletividade de políticas e atores nas administrações participativas no Brasil, o que gera um desequilíbrio de áreas institucionalizadas. Enquanto saúde, assistência social, criança e adolescente detêm uma ampla gama de interfaces socioestatais, as áreas de infraestrutura, mobilidade urbana e transporte são tímidas quanto à experimentalização desses mecanismos.⁶¹

Essa seletividade de políticas e atores nas administrações participativas aparece como um dos limites encontrados da instrumentalização da participação. Isso porque ela gera um desequilíbrio entre áreas de institucionalização da participação, que não só representa violação de direitos, mas igualmente não concretiza um dos motes da participação, o exercício do controle social. A conclusão do autor deste cenário é que essas áreas são mais vulneráveis a corrupção em razão desta lacuna.⁶²

Com efeito, a literatura já logrou mapear a existência de um determinado padrão entre associação de tipos de experiências participativas e áreas temáticas de políticas públicas. Enquanto interfaces como Conselhos e Conferências aparecem em maior medida nos programas da área de Proteção e Promoção Social, audiências públicas e consultas públicas se associam às temáticas de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico.⁶³

A existência de audiências e consultas públicas é vista de modo favorável na doutrina administrativista, vez que, em tese, apresentam-se como mecanismos para realização de políticas

60 Os cinco elementos apontados por Avritzer são: os limites do presidencialismo de coalização, os limites da participação popular na política, que tem crescido desde 1990 e é bem vista pela população, mas não logra modificar sua relação com a participação, os paradoxos do combate a corrupção, que avança e revela elementos dramáticos da privatização do setor público no país, as consequências da perda de status das camadas médias que passaram a estar mais próximas das camadas populares a partir do reordenamento social provocado pela queda da desigualdade, o novo papel do Judiciário na política. in: AVRITZER, **Impasses da Democracia no Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016

61 AVRITZER, **Impasses da Democracia no Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016, p. 15.

62 AVRITZER, **Impasses da Democracia no Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016, p.18.

63 PIRES, Roberto R. C.; VAZ, Alexander C. N.. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 61-91, Dec. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Apr. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000300004>.

públicas de longa duração⁶⁴ para funcionar como instrumento de boa governança.⁶⁵ Diz-se que a consensualização administrativa nesses ambientes se solidifica, entre outros, em audiências e consultas públicas, assim como conselhos compostos por representantes do Estado e da sociedade.⁶⁶

No que tange à avaliação destas interfaces, gestores que atuam nas áreas de desenvolvimento econômico e infraestrutura perceberam que o ponto positivo dos fenômenos participativos correspondeu no papel de correção de rumos e metodologias dos programas.⁶⁷ Já o aumento de legitimidade, transparência e controle não apresentaram correlação com essas áreas.

De outro modo, o controle social e transparência foram observados como um dos resultados positivos dos Conselhos e Conferências. Com efeito, Conselheiros que participam de Conselhos de Direitos admitem que o controle social é um dos temas mais abordados nas deliberações. Por sua vez, Conselheiros que atuam nas áreas de políticas de desenvolvimento e infraestrutura não partilham do mesmo entendimento. Diz-se que um dos fatores dessa discrepância repousa no fato que os Conselhos que asseguram direitos sociais detêm uma preocupação maior com o controle social, o que pode ser visto da disposição normativa existente nessas áreas quanto essa pretensão.⁶⁸

Confirmando a tese de Avritzer, para a maioria dos Conselheiros a corrupção aparece em maior medida nas licitações e execuções de contratos públicos e convênios firmados entre estados e municípios, além de convênios firmados com ONGs. A explicativa dada é que eles não têm intervenção nesses âmbitos, que se constituem em atos da administração junto a terceiros, mediante acordos.⁶⁹

Relatório de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais aponta para semelhantes conclusões. No que tange as vulnerabilidades institucionais à corrupção, os servidores públicos entrevistados apontaram justamente para as áreas de licitações, contratos, concessões e gestão de convênios.⁷⁰ Ainda, os Conselheiros entrevistados acreditam que um controle social nesses âmbitos pode contribuir para inibir a corrupção ao se prestarem como meio de identificação dos pontos de vulnerabilidade institucionais.⁷¹

Como se percebe, a despeito de a instrumentalização da participação ter gerado uma maior

64 Desde a década de 90 legislação brasileira passou a tipificar novas modalidades contratuais de longo prazo, desafiando a formatação dos contratos tradicionais. É o caso dos contratos de concessão e dos contratos de parceria público-privada. in: MOREIRA, Egon Bockman. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: Thiago Marrara. (Org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. 1ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2014, v. 1, p. 503-515.

65 BREUS, Tiago Lima. **O Governo por Contratos e a Concretização de Políticas Públicas Horizontais como Mecanismo de Justiça Distributiva**. (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Paraná. 2015, p.76.

66 MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013, p. 238 e seguintes.

67 PIRES, Roberto R. C.; VAZ, Alexander C. N.. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 61-91, Dec. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300004&lng=en&nrm=iso>. access on 24 Apr. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000300004>.

68 CUNHA, Eleonora Schettini. **Conselhos de Políticas Públicas: possibilidades e limites no controle público da corrupção**. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/5365-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 28/05/2016.

69 CUNHA, Eleonora Schettini. **Conselhos de Políticas Públicas: possibilidades e limites no controle público da corrupção**. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/5365-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 28/05/2016

70 CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. **Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção**. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35549547>. Acesso em: 09/08/2016.

71 CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. **Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção**. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35549547>. Acesso em: 09/08/2016.

transparência em algumas áreas, esse desiderato não foi alcançado nos ambientes relacionados às licitações e contratações públicas. Embora existam alguns mecanismos, como audiências e consultas públicas, eles não conseguem atingir a finalidade do controle.

Quanto a esses mecanismos em especial, Igor Ferraz Fonseca ressalta que a efetiva participação da sociedade é prejudicada muitas vezes pela divulgação deficiente dos espaços de deliberação por parte do governo. Em outras, o anúncio não só é pouco publicizado, como o prazo entre a divulgação e a realização do evento não permite que se tome conhecimento de todos os enlaces. Menciona, ainda, que a administração não disponibiliza estrutura adequada para os debates, assim como os agentes públicos que mediam o debate muitas vezes não detêm capacidade suficiente para tanto.⁷²

Para além disso, outros fenômenos próprios da participação são encontrados nesses espaços que lidam com acordos firmados entre a Administração e entidades privadas. A assimetria de informações e de conhecimento e a tentativa do poder público de domesticar segmentos sociais representados são traços visíveis. Esse cenário permite que haja apropriação do debate por uma minoria, correspondente nos grupos de interesse e nos especialistas. Estes, ao deterem maiores recursos e conhecimento possuem mais condições e colocar em prática seu ponto de vista, que muitas vezes discrepam do interesse geral, ou ainda mesmo do cidadão afetado pela política ali definida.⁷³

No caso das consultas públicas, enquetes e audiências, avistou-se a ausência de informação suficiente sobre os processos, além de condições de participação desiguais, com falta de respeito ao pluralismo e autonomia dos autores.⁷⁴ Para além disso, observou-se que muitas vezes as conclusões das deliberações são rechaçadas pelos administradores, o que torna inócua a própria finalidade do mecanismo de participação, que se transforma num simulacro de deliberação.⁷⁵

Deste cenário, *pode-se observar não ser incomum o uso dessas interfaces para legitimar ações* “totalmente divorciadas do ideal democrático que serve de fundamento às formas de colaboração dos cidadãos no processo decisório administrativo”.⁷⁶ *Sob a aparência da legitimidade, o que ocorre é um verdadeiro sequestro da administração pública nestes mecanismos, o que, conseqüentemente, corrobora no aumento da corrupção, ao invés de blindá-la. Deste modo, percebe-se não só a ausência de mecanismos de participação que ensejam controle social, mas também que as interfaces existentes não atingem o controle e transparência perseguidos. Logo, as legislações esparsas bem como os mecanismos não são trazem o almejado controle social.*

Em que pese todo esse panorama, não há efetiva preocupação de inserção da participação popular no âmbito desses investimentos. Com efeito, existem alguns Projetos de Lei em trâmite

72 FONSECA, Igor Ferraz da et alii. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. In: **Revista do Serviço Público**, Brasília, vol. 64, n. 1, pp. 7-29, jan/mar 2013.

73 PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. In : **Revue Française d'Administration Publique**, n. 137-8, 2011, pp. 131-3.

74 Nesse sentido, Avritzer pontua que em 2007 com o início do novo ciclo de investimentos pelo de Aceleração do Crescimento deu-se início a construção de obras de infraestrutura e mobilidade urbana, como de aeroportos, vias de acesso. Nestas obras, visualizou-se a realização de obras de infraestrutura sem a participação dos cidadãos. in: AVRITZER, **Impasses da Democracia no Brasil**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2016

75 PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. In : **Revue Française d'Administration Publique**, n. 137-8, 2011, pp. 131-3

76 REZENDE, Renato Monteiro de. **democracia administrativa e princípio da legalidade**: A Política Nacional de Participação Social Constitui Matéria de Lei ou de Decreto?. Senado Federal, Textos para discussão. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>. Acesso em: 08/08/2016.

relacionados às áreas de licitação e contratos. O primeiro (Projeto de Lei do Senado n.º559/2013), que propõe alterações na Lei n.º 8.666, o segundo que busca inserir dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (O Projeto de Lei do Senado n.º 349/2015). Há, ainda, a a criação do conhecido PPP+.

No que tange ao Projeto de Lei 599/2015, Cristiane Fortini, salienta haver uma preocupação com o controle social e institucional na disposição sobre o dever de disponibilizar em sítio eletrônico oficial todos os elementos do edital, incluindo minutas de contratos, projetos, anteprojetos e termos de referência e outros anexos, o que se aproxima do princípio da transparência. Não se trata, assim, de efetivo controle social. Não por acaso, a autora sobreleva que “Quando se cogita de controle social, maior ousadia na disciplina das audiências e consultas públicas seria recomendável. Tal como hoje proposto, o projeto não avança na utilização dos institutos, reservando ao agente público, em síntese, a decisão sobre quando e se instituí-los”.⁷⁷ Isso significa que os dos Projetos de maior relevância da área está ignorando formas de exercício de controle social.

A PL n.º 349/2015, por sua vez, traz a necessidade de Consulta Pública para celebração de compromisso entre interessados e a administração (art.23)⁷⁸, bem como edição de atos normativos, salvo os de organização interna (art. 28)⁷⁹. A PL n.º559/2013 contempla no art. 18, a possibilidade de audiência pública sobre especificações de bens e serviços para licitar.⁸⁰ Mas, cabe a ressalva acima exposta de que as audiências públicas detêm diversas lacunas, sendo insuficientes como meio de exercício do controle social. Ademais, em ambos os projetos, a convocação de audiência fica a mercê da discricionariedade do administrador. Por outro lado, mecanismos como Conselhos ou Conferências, cujos efeitos positivos se tratam da maior transparência e controle social, não foram incluídos nos textos, o que revela uma lacuna que deveria ser preenchida.

Deste modo, o que se percebe é que os mecanismos de controle social são pouco prestigiados no sistema brasileiro quando se está defronte a questões relativas às contratações públicas e licitações. Ainda que não se possa afirmar categoricamente que tal lacuna é causa de corrupção, não há dúvidas que a falta de mecanismos nessas áreas ajuda no seu aumento ou pelo menos, a sua propagação. Assim, em que pese existam leis pipocando dia-a-dia no suposto combate a corrupção, elas partem, em sua maioria, sob uma perspectiva moralista, apartando-se de um controle democrático, que é ignorado como um meio de combate a corrupção.

5. Considerações finais

Ao fim deste ensaio, pode-se inferir que o exame da corrupção com lentes distintas daquelas enfrentadas sob o viés moralista, revela problemas distintos a enfrentados. Isto é, muito embora existam mecanismos de participação social espalhados pelo Brasil, muitos cujos resultados apon-

77 <http://www.conjur.com.br/2017-jan-26/interesse-publico-marco-legal-licitacoes-combate-corruptcao>

78 Projeto de Lei do Senado n.º349/2015 Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

79 Projeto de Lei do Senado n.º349/2015 Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão..

80 Projeto de Lei do Senado n.º559/2013. Art. 18. A Administração poderá convocar audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre proposta de especificações para bens ou serviços que pretenda licitar.

tam para um controle social da corrupção, esses efeitos não são observados na área mais sensível, da licitação e contratação pública. Ao revés, a discussão acerca do controle social da corrupção nesses ambientes é praticamente ignorada.

O exame da literatura evidenciou que nas áreas de infraestrutura e desenvolvimento econômico os mecanismos participativos usados são audiências e consultas públicas, sendo de pouco uso Conselhos e Conferências. Observou-se ainda, que, em geral, os Conselhos e Conferências são vistos como locais em que promovem maior transparência e controle social. Observou-se, de outro modo, que os Conselheiros que participam das áreas de infraestrutura não apontam para o controle social como ganho dos atos dos conselhos.

Logo, percebe-se que a tese de Avritzer possui lógica, já que a ausência de mecanismos de participação social na área de licitações não traz o controle social e corrobora na prática de corrupção. Assim, os resultados da pesquisa apontam para a necessidade de se mudar o enfoque do debate do naturalismo e moralidade para o controle democrático. Com efeito, entende-se ser necessário desenvolver mais estudos sobre o controle social da corrupção nas áreas da licitação e da contratação pública. Há uma necessidade de aprofundamento nessas questões, para o fim de se efetivar o controle social da corrupção. Por evidente que não se trata da panaceia para o problema. De todo modo, o controle da corrupção pela sociedade vai de frente àquela concepção da corrupção como uma característica folclórica brasileira.⁸¹ Outrossim, o exercício do controle social - que tem como fulcro o fato que os processos deliberativos são essenciais para inibição da corrupção - parte de um caminho distinto daquele que pauta as democracias contemporâneas, atentas, unicamente na sistemática de criação de leis e punição. Parte-se para o compartilhamento do poder e de responsabilidades.

Esse entendimento parece mais adequado ao Estado Democrático de Direito e a Administração Pública contemporânea. Isso porque a *res publica* é de todos. E por ser assim, compete aos cidadãos brasileiros promoverem um controle social da administração pública como meio de combater a corrupção.

Referências

ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na Era Lula. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 2, p. 325-357, jun. 2014. Disponível em <<http://www.scielo>

ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.48.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 29.

ANDRADE, Mario de. **Macunaíma**. Disponível em: <http://bd.centro.iff.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1031/Macuna%C3%ADma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28/05/2016.

ARENA, Gregório. A administração condivisa. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões, preliminares**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 65.

AVRITZER, Leonardo. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12479_cached.pdf. Acesso em: 10/09/2015.

81 SOUZA, Jesse. **A ralé brasileira. quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p.57.

AVRITZER, Leonardo. **Sociedade Civil, instituições representativas e representação: da autorização à legitimidade da ação.** Dados – revista de ciências sociais, vol. 50, n.º 3, pp.721-755, p.722.

AVRITZER, **Impasses da Democracia no Brasil.** São Paulo: Civilização Brasileira, 2016, p. 15.

BINENBOJM. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.10, OTERO, Paulo.

BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** 2ª impressão, Belo Horizonte: Editora Forum, 2013, p.110.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. <http://www4.planalto.gov.br/arenadaparticipacao-social/a-politica-nacional-de-participacao-social>.

BRASIL, Projeto de Lei do Senado n.º349/2015. **Congresso Nacional.** Disponível em: <http://www.congresso-nacional.leg.br/portal/>. Acesso em 20/07/2015

BRASIL, Projeto de Lei do Senado n.º559/2013. **Congresso Nacional.** Disponível em: <http://www.congresso-nacional.leg.br/portal/>. Acesso em 20/07/2015

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BREUS, Tiago Lima. **O Governo por Contratos e a Concretização de Políticas Públicas Horizontais como Mecanismo de Justiça Distributiva.** (Tese de Doutorado) Universidade Federal do Paraná. 2015, p.76.

CARBONELL, Miguel. *Prólogo in: Neoconstitucionalismo y sociedad.* Ramiro Ávila Santamaría, serie justicia y derechos humanos: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, p.57.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas: de Maquiavel até nossos dias.** 3ªed. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

CLEVE, Clemerson Merlin. in SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação.** São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, V. S. P.; FAVRETO, A. Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento: investigação dos impactos políticos e distributivos. In: GURZA LAVALLE, A. (Org.). *O horizonte da política: Questões emergentes e agendas de pesquisa.* Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: Unesp, 2012.

CRIP – CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. **Relatório de pesquisa de opinião pública: interesse público e corrupção.** Belo Horizonte: CRIP, 2009.

CUNHA, Eleonora Schettini. Conselhos de Políticas Públicas: possibilidades e limites no controle público da corrupção. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/5365-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 28/05/2016.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro.** Rio de Janeiro / Porto Alegre / São Paulo, Editora Globo, 1958, p.243.

FILGUEIRAS, F. A tolerância à corrupção no Brasil. Uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião pública**, v. 15, n. 2, 2009.

FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. **Corrupção e Controles Democráticos no Brasil**, 2013, p.210. http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_republicademocracia.pdf

FONSECA, Igor Ferraz da et alii. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. In: **Revista do Serviço Público**, Brasília, vol. 64, n. 1, pp. 7-29, jan/mar 2013.

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. 16

GUEGUES, Helder. **De Veneza para o mundo**. Disponível em: <http://letratura.blogspot.com.br/2006/02/controlo-grafia-e-etimologia.html>. Acesso em: 08. dez. 2015.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos improbos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. (Org.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 1ed.Curitiba: Íthala, 2015, v. , p. 243-267.

GURZA LAVALLE, Adrian, **após a participação: nota introdutória**. Lua Nova, São Paulo, 84: 13-23, 2011, p.13.

GURZA LAVALLE, A.; ARAÚJO, C. O futuro da representação: nota introdutória. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 9-13, 2006.

GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P. P.; CASTELLO, G. A construção política das sociedades civis. In: GURZA LAVALLE, A. (Org.). *O horizonte da política*. Questões emergentes e agenda de pesquisa. São Paulo: Unesp, 2012.

GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA, Ernesto. Representación y participación en la crítica democrática. **Desacatos** (CIESAS), v. 49, p. 10-27, 2015, p.17.

HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindofer. **Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito**. Fórum Administrativo, ano 11, n.º30, p.38-45, dez. 2011.

HESSE, Konrad. et all. **Manual de Derecho Constitucional**. presentación de Conrado Hesse; 2ª ed. prolegomena y traducción de Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p.115.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colonistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjzrcnfcbbu>. Acesso em: 10/08/2016

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.43.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos** – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013, p. 238 e seguintes.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66621>>. Acesso em: 3 jul. 2014

MEDEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. lei de acesso à informação e o princípio da transparência na administração pública. In: CONPEDI UFPB. (Org.). **A humanização do Direito e a Horizontalização da justiça no século XXI. Direito e Administração Pública I**, 1ed.Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, v. I, p. 31-47.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34-36.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Precisamos falar sobre a corrupção**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/egon-bockmann-moreira/precisamos-falar-sobre-a-corrupcao-10u5db5whz010wufbet4jtx90>
- MOREIRA, Egon Bockmann, O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo”, in P. C. Gonçalves, **Estudos de Contratação Pública**, vol. IV. Coimbra, Coimbra Ed., 2013, pp. 5-18.
- NETO, Francisco Taveira. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, ano 6 Janeiro / Março 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=34577>>. Acesso em: 3 jul. 2016.
- O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua nova**: CEDEC, n. 44, 1998
- OSÓRIO, Fabio Medina. Improbidade Administrativa: São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2011.
- PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular da administração pública. Belo Horizonte: **Fórum**, 2004, p. 35.
- PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. Para além da participação: interfaces socioestatais no governo federal. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 61-91, 2014.
- PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. In : **Revue Française d'Administration Publique**, n. 137-8, 2011, pp. 131-3
- REZENDE, Renato Monteiro de. **democracia administrativa e princípio da legalidade**: A Política Nacional de Participação Social Constitui Matéria de Lei ou de Decreto?. Senado Federal, Textos para discussão. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>. Acesso em: 08/08/2016.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à informação**. São Paulo: Atlas, 2015.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 280 p,
- SANTOS, Boaventura de Souza e AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: **democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Judicialização da Política. Público**. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/en/articles.php>>. Acesso em: 01 set. 2015.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.
- SIRAQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do Estado**: possibilidades e limites da constituição de 1988. 2004. 212 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://siraque.tempsite.ws/site/pdf/monografia2004b.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.
- TACITO, Caio. **Direito Administrativo participativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 209, jul/set.1997.

IMPROBIDADE E NOVOS INIMIGOS: O DIREITO ADMINISTRATIVO FRENTE À 5ª MEDIDA CONTRA A CORRUPÇÃO

RENAN GUEDES SOBREIRA ¹

TUANY BARON DE VARGAS ²

Sumário: 1. Introdução; 2. A 5ª Medida e suas razões; 3. Direito Administrativo do inimigo, velhas estratégias e fracassos anunciados; 4. A defesa do acusado e o empoderamento do Ministério Público; 5. Corrupção: um “inimigo” comum, distintas formas de enfrentamento.

1. Introdução

“Há determinados males que, a despeito de existirem desde sempre, permanecem na penumbra, muitas vezes camuflados por outras patologias sociais, e que somente afloram quando – e se – um raio de luz os projete”.³ Assim acontece com a corrupção no Brasil: a deflagração da Operação Lava-Jato, que trouxe à tona escândalos de proporções inéditas, “expôs, às escâncaras, a face mais perniciosa da indecência no trato do dinheiro público, permitindo que a corrupção se tornasse o inimigo da vez a ser duramente debelado pela sociedade”.⁴

Diante disso, escorado em ampla publicidade, em 2015 o Ministério Público Federal lançou a campanha “10 Medidas Contra Corrupção”, por meio do qual entende serem as propostas o meio adequado para o alcance de um Brasil mais justo, com menos corrupção e menos impunidade. Através da campanha, diversas cidades do país foram percorridas com o objetivo de coleta de assinaturas para viabilização da apresentação da proposta na forma de Projeto de Lei de Iniciativa Popular.

Lançadas à sociedade em forma de “pacote único” e sem debate aprofundado, a campanha coletou, após um ano, mais de dois milhões de assinaturas. Embora seja essa parcela da população “formalmente” a proponente das medidas que agora tramitam na forma de Projeto de Lei no Congresso Nacional, é o Ministério Público Federal que, de fato, mede forças com o Parlamento para que sejam igualmente aprovadas no “pacotão” e sem qualquer emenda parlamentar.

Veja-se que se apresentou emenda às medidas para estabelecer crime de responsabilidade para juízes e integrantes do Ministério Público. A reação imediata foi a ameaça pública de renúncia

1 Pós-graduado em Derecho Parlamentario pela Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México), Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais e Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

2 Pós-graduanda em Políticas Públicas pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina) e Pesquisadora do Grupo Política por/de/para mulheres.

3 INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

coletiva dos procuradores atuantes na Operação Lava-Jato, tendo o coordenador da força-tarefa da Lava-Jato, Deltan Dallagnol, afirmado que com isso o Congresso pretendia a criar uma “lei da intimidação” aos membros do órgão ministerial, e instaurar uma ditadura da corrupção.⁵

Em dezembro de 2016, em sede de liminar, o Supremo Tribunal Federal chegou a determinar a suspensão da tramitação das Medidas no Congresso. O Relator, Ministro Luiz Fux, destacou que projetos de iniciativa popular têm de ser debatidos em “sua essência, interditando-se emendas e substitutivos que desfigurem a proposta original para simular apoio público a um texto essencialmente distinto do subscrito por milhões de eleitores”⁶. O debate, entretanto, permanece aberto, o presidente Câmara dos Deputados decidiu determinar a conferência das milhões de assinaturas, sinalizando a retomada da análise da proposta do zero.

De todo modo, obviamente, ninguém aceita a corrupção, assim como também o crime, a violência, e o estado inconstitucional de coisas não podem ser aceitos. Acontece que, neste momento histórico, há vácuo político no Brasil, em que as diversas forças políticas representativas – amedrontadas pela Lava-Jato – que deveriam ter se posicionado, não se posicionaram. Diante desse vácuo, alguém deveria ocupar o protagonismo do debate, e aí, diante de todas as circunstâncias, o Ministério Público foi alçado, inclusive pela sociedade, ao papel central do embate contra a corrupção.

Certo é que o Ministério Público foi extremamente fortalecido pela Constituinte, o que não significa dizer que a Constituição de 1988 tenha-lhe atribuído “super-poderes”. Fortemente influenciado pelo Direito escandinavo, à época da redação da Constituição pretendia-se o Ministério Público como um verdadeiro *ombudsman*. A necessidade de que a instituição assumisse tal função era a urgência de contraposição ao Estado que, embora fraco, saía da ditadura mas não era substituído por um novo Estado, por nova estrutura, racionalidade e técnica. A instituição posta à mão para a modificação da estrutura estatal, sua adequação à nova ordem constitucional, era o Ministério Público que, no pós-88, deixou de ser apenas o titular da ação penal para tornar-se defensor dos direitos coletivos e, ao mesmo tempo, indisponíveis à sociedade.

A instituição afastou-se do ideal de *ombudsman* para tornar-se órgão sem comparativo em nível internacional, sendo por vezes identificada como um quarto poder. O ex-Procurador de Justiça Roberto Tardelli atribui a formação pessoal do promotor, saído das elites, ao distanciamento do ideal constituinte. Isso criou um “vácuo” interno, em que os promotores não sabiam o que fazer com suas próprias atribuições, abrindo brecha para uma filosofia punitivista, brecha para o contágio da instituição pela “guerra contra o crime” que atingia, em maior ou menor medida, todos os órgãos da Justiça Criminal e se difundia para o mundo. Os seus membros embarcam em tal onda, sobretudo, por perceber que dela poderiam extrair ganhos de classe advindos do apoio social - também igual e fortemente propensa ao discurso da severa punição -, o Ministério Público “percebe que essa onda punitivista leva ele para a janelinha do ônibus”.⁷

“Toda a sociedade quer punição. [...] Essa sede de sangue é própria do ser humano. [...] Quando ele [Ministério Público] embarca, se fortalece perante a sociedade. A sociedade passa a

5 CARTA CAPITAL. *Lava Jato contra-ataca e ameaça renúncia coletiva*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/lava-jato-contra-ataca-e-ameaca-renuncia-coletiva> >. Acesso em: 02 mar. 2017.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 34.530*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2016. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 19 dez. 2016.

7 MARTINES, Fernando. “MP abraçou punitivismo para ganhos de classe e entrou em túnel sem saída”. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-fev-12/entrevista-roberto-tardelli-advogado-ex-procurador-justica> >. Acesso em 12 fev. 2017.

idealizar o Ministério Público, cria um modelo ideal que, para poder continuar sendo idealizado pela sociedade, tem que se tornar cada vez mais punitivista”.⁸ Num momento, o pequeno traficante periférico era o grande destruidor das bases morais da sociedade; depois, o ladrão, o sequestrador, o estuproador. Essas personagens vão ao longo do tempo ganhando mais e mais companhia: continuam sendo igualmente odiados pela sociedade, mas agora são colocadas ao lado da figura do corrupto. Junto de palavras de ordem como a de que o Ministério Público está ativamente na “guerra contra as drogas”, agora, com a espetacularização da Operação Lava-Jato, também se propõe a “passar o Brasil a limpo” e livrá-lo, como num passe de mágica, da endêmica corrupção.

Para aparelhar essa “suposta nova guerra”, além dos meios populares (ação popular e a possibilidade de representação perante o Tribunal de Contas), o ordenamento jurídico dispõe de um “sistema legal de defesa da moralidade”,⁹ composto pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 8.666/1993), pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), pela Lei Antitruste (nº 12.259/2011), pela Lei nº 12.846/2013 (Anticorrupção) e pelo próprio Código Penal, em sua parte especial, ao tipificar os crimes contra a Administração Pública.

O órgão ministerial utiliza hodiernamente essas soluções. Dados oficiais do Ministério Público Federal revelam que entre 2013 e 2015 foram ajuizadas 5.445 ações de improbidade administrativa. Em 2013, a instituição propôs 3.143 ações e instaurou 9.881 procedimentos de investigação relacionados à improbidade administrativa. Em 2014, 2.002 ações e 11.405 procedimentos de investigação. 2015, somaram-se 300 ações propostas e 6.118 procedimentos de investigação até o dia 22 de maio.¹⁰ Ainda, de acordo com os dados, em 2014, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF julgou cerca de 13 mil procedimentos, dos quais mais de 10 mil foram sobre improbidade administrativa.¹¹

Se por um lado é inadequado negar os méritos da atuação do *parquet* ou diminuir sua importância; por outro, não se extrai dos números a imediata verificação do adequado procedimento e processo legal, ou do respeito às garantias do acusado, do indiciado, do réu. Se o ímprobo, o corrupto, é agora tomado como o maior inimigo da sociedade, declaradamente, com ainda mais atenção devem ser analisadas as atuações empreendidas contra ele.

Ademais, é possível se anotar que tal postura tem atingido efeito reverso. Felipe Klein Gusoli destaca que “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”. Ao analisar qualitativamente a aplicação prática da Lei de Improbidade, verificou que “nos postos de comando sobram principalmente aqueles sujeitos descompromissados, mas preparados para o enfrentamento de

8 MARTINES, Fernando. “MP abraçou punitivismo para ganhos de classe e entrou em túnel sem saída”. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-fev-12/entrevista-roberto-tardelli-advogado-ex-procurador-justica>>. Acesso em 12 fev. 2017.

9 MOREIRA NETO, DIOGO de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p.9-20, fev. 2014.

10 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF ajuizou cerca de 5,5 mil ações de improbidade de 2013 a 2015*. Disponível em: <<http://corrupcaonao.mpf.mp.br/noticias/mpf-ajuizou-cerca-de-5-5-mil-aco-es-de-improbidade-de-2013-a-2015>>. Acesso em 28 fev. 2017.

11 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF ajuizou cerca de 5,5 mil ações de improbidade de 2013 a 2015*. Disponível em: <<http://corrupcaonao.mpf.mp.br/noticias/mpf-ajuizou-cerca-de-5-5-mil-aco-es-de-improbidade-de-2013-a-2015>>. Acesso em 28 fev. 2017.

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”.¹²

Porém, sem qualquer reflexão mais aprofundada sobre os reais impactos das medidas apresentadas, e, neste trabalho em especial, os impactos na esfera cível, no regramento jusadministrativista, tomar tais medidas como bastião de verdade pode significar recrudescer um sistema sancionatório, a despeito de direitos fundamentais, apenas para aliviar paliativamente a insatisfação da opinião pública.

“Em outras palavras, o elogiado ideal de eliminação da corrupção, em vez de levar ao aperfeiçoamento do sistema público de administração e de justiça, pode implicar um retrocesso legal, que até pode se prestar a saciar em parte os anseios momentâneos, mas que, paradoxalmente, corre o risco de se revelar em um próprio incremento do mal combatido: a corrupção [...] como meio para o “combate” à própria corrupção”.¹³

2. A 5ª Medida e suas razões

Os membros do Ministério Público Federal integrantes da Força-tarefa da Lava Jato em Curitiba, baseados na experiência da investigação desta e de outras grandes operações criminais, em 2014 passaram a desenvolver propostas de alterações legislativas objetivando tornar mais efetivo o combate à corrupção e à impunidade.

Após o aprimoramento das propostas por comissões de trabalho específicas criadas no seio da instituição para essa finalidade, em 20 de março de 2015 realizou-se o lançamento nacional da campanha “10 Medida contra a Corrupção”, em evento realizado na Procuradoria-Geral da República. Dentre as medidas propostas, destaca-se a 5ª delas como a única não destinada a alteração no sistema penal, e sim na modificação de trâmite da ação regida pela Lei de Improbidade Administrativa.

A primeira modificação legislativa sugerida “a extinção da esdrúxula fase de notificação preliminar e recebimento da ação de improbidade administrativa”.¹⁴ Destaca-se que em razão dessa dupla fase de processamento, a Ação de Improbidade Administrativa teria se tornado excessivamente morosa, superando o tempo de tramitação da Ação Penal correspondente, muito mais gravosa ao acusado. Aponta-se que na prática, a multiplicidade de réus, e necessidade de dupla notificação pessoal faz com que o processo fique paralisado por anos, uma vez que o andamento só é dado após a juntada de todos os mandados.

A segunda alteração refere-se à criação de Varas Especializadas para processamento e julgamento das ações de improbidade. Sustentam que essas demandam “da autoridade julgadora mais tempo e maior esforço intelectual do que o julgamento de outros processos mais simples ou de matéria repetitiva”,¹⁵ e, portanto, seriam preteridas. A justificativa, entretanto, silencia sobre o

12 GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos Ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Albert; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015, p. 265.

13 INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

14 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Conheça as medidas*: Proposta legislativa. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

15 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Conheça as medidas*: Proposta legislativa. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

princípio da cronologia, consagrado pelo Novo Código de Processo Civil, que em tese, solucionaria tal empecilho.

Por último, sugere-se a possibilidade de realização de acordos de leniência na ação de improbidade, já que “a partir do microsistema anticorrupção, é possível extrair a autorização normativa para se celebrarem acordos de colaboração no âmbito da improbidade administrativa, mas a ausência de norma expressa acaba inibindo o reporte espontâneo do investigado e diminuindo substancialmente o número de acordos celebrados nessa esfera de responsabilidade”.¹⁶ Embora o órgão não seja o único legitimado para a propositura da Ação de Improbidade, afirma-se que “a competência para celebração do acordo de leniência na improbidade administrativa deve ficar restrita ao Ministério Público”, já que é o competente exclusivo para também celebrar acordo de colaboração criminal.

Apesar das boas pretensões do órgão, necessário analisar com mais acuidade as previsões da 5ª Medida contra a corrupção.

3. Direito Administrativo do inimigo, velhas estratégias e fracassos anunciados

A 5ª medida apresentada contra a corrupção é a única dentre as dez que não pretende a alteração do sistema de persecução penal, destinando-se a tratar de uma questão própria do Direito Administrativo: a celeridade nas ações de improbidade administrativa. Que objeção juristas poderiam ter à uma mudança legislativa que visa identificar e sancionar com maior agilidade os “servidores do povo com enorme tendência a se servirem do povo?”.¹⁷ A resposta de Flávio Antônio da Cruz é enfática: muitas. O autor destaca que as Medidas apresentadas pelo Ministério Público Federal são bem intencionadas, “como notório, porém, delas o inferno está cheio! Direitos fundamentais e as correlatas garantias processuais são conquistas civilizatórias importantíssimas, não podendo ser sacrificados no altar da boa-vontade cívica”.¹⁸

A (ausência de) celeridade de tais ações, enquanto problema e questão central ao combate anticorrupitivo, deve ser ampliada, segundo o projeto, mediante ataque em dois enfoques: “a) a duplicação de sua fase inicial; b) a concorrência desses casos, que são complexos, com outros muito mais simples que acabam ganhando prioridade em varas já sobrecarregadas”.¹⁹ Entretanto, o resguardo da moralidade administrativa não é feita exclusivamente pela via da ação de improbidade administrativa. O que a faz, então, ser eleita como prioritária pelo Ministério Público Federal?

A responsabilidade pelo cometimento de atos de improbidade administrativa detém autonomia constitucional. Não se confunde, portanto, com as categorias de responsabilização civil, penal ou administrativa. O regime da improbidade administrativa é um regime de direito sancionador autônomo, possuindo um regime processual próprio. Nesse sentido, se a condenação por improbidade não pode ser identificada com a pena, em seu sentido técnico, está intimamente relacionada ao anseio de punição. E isso é o que a sociedade deseja aos que são seus inimigos. A 5ª medida pare-

16 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Conheça as medidas*. Proposta legislativa. Disponível em: < http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf >. Acesso em: 02 mar. 2017.

17 CRUZ, Flávio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf> >. Acesso em: 28 fev. 2017.

18 CRUZ, Flávio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf> >. Acesso em: 28 fev. 2017.

19 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Conheça as medidas*. Disponível em: < <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas> >. Acesso em: 01 mar. 2017.

ce importar para o Direito Administrativo, a lógica do direito penal do inimigo, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Na criminologia de Günther Jakobs existem duas categorias de seres humanos: “as pessoas racionais (ou cidadãos), de um lado, e os indivíduos perigosos (ou inimigos), de outro”.²⁰ O cidadão é autor “de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social”;²¹ enquanto o inimigo “é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social”.²²

Transportando essa teoria para o regime jusadministrativista, haveria algo como a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei nº 8.429/92, como ação destinada ao inimigo; enquanto, por outro lado as ações populares, por exemplo, como destinadas ao cidadão. As ações que têm por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais, seriam regidas de acordo com todas as garantias processuais constitucionais.

Já as de improbidade, tendo caráter repressivo, que se destina fundamentalmente à aplicação de sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade, deveriam ser realizadas pela lógica do inimigo. Dessa forma, o que deve ser sancionado não é propriamente o ato de improbidade administrativa, e sim a personalidade daquele que o pratica. A essência da conduta ímproba radica em uma característica do agente a que se aplica a sanção. É o modo de ser do autor, como sintoma de sua personalidade corrupta, que configura a improbidade.

O Ministério Público Federal entende que a duplicação da fase inicial da Ação de Improbidade, qual seja a oportunidade de apresentação de defesa prévia e o exercício de um juízo de prelibação, é um óbice à celeridade processual e um entrave desnecessário posto em caráter demasiado e injustificado em favor daquele que, desde logo, presume-se corrupto.

Decorrente dessa racionalidade que impõe a dicotomia entre cidadãos e inimigos, pouco importa, de fato, um juízo de prelibação. Irrelevante, portanto, a discussão se a demanda é temerária ou se seu substrato probatório é deficiente.

Busca-se a neutralização do agente corrupto, ou potencialmente corrupto (não há como se desconsiderar a modalidade culposa do ato de improbidade), independente de qualquer outro elemento. A suposta proteção da norma prescritiva de moralidade justifica até mesmo uma exacerbada relativização de direitos e garantias individuais ainda que, no campo hipotético-dedutivo, a norma possa de fato ter sido violada.

O panorama constitucional não dá margem alguma para tal categorização, embora na prática persecutória esta seja muito comum. Assim, a última investida contra a improbidade consubs-

20 CIRINO, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf >. Acesso em: 15 fev. 2017.

21 CIRINO, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf >. Acesso em: 15 fev. 2017.

22 CIRINO, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf >. Acesso em: 15 fev. 2017.

tanciada no conjunto de propostas legislativas apelidadas de “10 Medidas Contra a Corrupção”, demonstra justamente essa criação de diferenciação entre os sujeitos, pretendendo a hipertrofiação da acusação ao ponto de anular completamente o indivíduo que se contrapuser às forças do Estado.

A justificativa da Medida nº 5 afirma que a fase de prelibação impõe morosidade desnecessária ao trâmite das ações de improbidade administrativa sendo “nefasta a ponto de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)” estabelecer meta para julgar essas ações distribuídas até 31/12/2011, fixada como Meta 18, de 2013. Sustenta-se ainda a necessidade de criação de Varas e Câmaras especializadas em julgamento de ações de improbidade administrativa para resolver o congestionamento no Poder Judiciário.

As primeiras metas foram estabelecidas em 2009 a fim de auxiliar o Poder Judiciário a se “alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça”.²³ Nesse ano se fixou a Meta 2 para “identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005”.²⁴ Atente-se que não há restrição às ações de improbidade administrativa, eis que o problema da morosidade atinge feitos de toda natureza. Registrou-se percentual médio de cumprimento de 79,88%.²⁵

A Meta 2 foi renovada em 2010, sendo complementada pela Meta 3, essa especificamente voltada aos cumprimentos de sentença, às execuções gerais e às execuções fiscais.²⁶ A primeira citada obteve 76,72% de sucesso;²⁷ a segunda se desmembrou em resultado de insucesso e crescimento de ações de natureza fiscal (-7,55% de cumprimento)²⁸ e cumprimento extraordinário em relação aos cumprimentos de sentença e execuções gerais, não só julgando os feitos já existentes, como aqueles que foram ajuizados naquele ano, alcançando 190,50% de sucesso.²⁹

Em 2011, a Meta 3 estabeleceu que deveria ser julgada quantidade igual de processos de conhecimento distribuídos em 2011 e parcela do estoque, novamente sem individualizar as ações de improbidade administrativa.³⁰ A taxa de sucesso foi de 92,39%.³¹ Novamente como Meta 2,

23 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas Nacionais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/ges tao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

24 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2009*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/ges tao-e-planejamento/metas/metas-de-nivelamento-2009>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

25 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Metas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-de-nivelamento-2009/meta-2/documentos>>. Acesso em 25/02/2017.

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-prioritarias-de-2010>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

27 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Cumprimento das Metas de 2010: Meta 2/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/4dcf942284c6f5b5a501afbe4 57c8d54.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

28 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Cumprimento das Metas de 2010: Meta 3/2010 - Fiscal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/5fb300e4ce82d828f 986b0d3a575ec4a.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

29 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Cumprimento das Metas de 2010: Meta 3/2010 – Não Fiscal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/cf8330bc8f6f3e 9f0eebb-85c24a97150.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2011*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2011>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

31 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama Nacional 2011*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/metas_judiciario/2011/meta3/meta3_panoramanacional_2011.jpg>. Acesso em: 25 fev. 2017.

em 2012, são estabelecidos percentuais de julgamento de feitos gerais, sendo atingida média de 109,36% de cumprimento.³²

No ano de 2013, fixam-se: meta genérica de julgamento (Meta 2, com 115,20% de aproveitamento);³³ meta de julgamento para Justiça Militar Estadual (Meta 3, 108,27% de sucesso);³⁴ meta de julgamento de execuções para a Justiça do Trabalho (Meta 13, 80,23% atingidos);³⁵ meta de julgamento de ações de improbidade administrativa e ações penais correlatas (Meta 18, 55,68% dos casos resolvidos).³⁶

Tratando especificamente das metas que envolvem o tema da improbidade administrativa, verifica-se que no ano de 2014 a Meta 4 trata da improbidade administrativa, crimes contra a Administração Pública e combate à corrupção, sendo que, especificamente no primeiro elemento, houve cumprimento de 95,93% da meta pela Justiça civil e 43,67% pela Justiça Militar.³⁷ Em 2015, o tema é reprisado como Meta 4 e conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça, “referente a processos distribuídos e não julgados até 31/12/2012, cumpriu 89,62% da meta”; a Justiça Militar, 93,36%; a “Justiça Estadual cumpriu 85,10% da Meta 4 para processos distribuídos e não julgados até 31/12/2012”; e a Justiça Federal, 51,71%.³⁸ O resultados de 2016 ainda não totalizados, mas registre-se que o tema é trazido novamente como Meta 4.

Verifica-se, portanto, que não são apenas as ações de improbidade administrativa que têm sido priorizadas e mesmo assim apresentam resultados insatisfatórios. Retorne-se o exemplo das execuções fiscais em 2010, que obtiveram saldo negativo na diferença entre feitos julgados e processos pendentes. Aliás, a própria criação de metas, muitas dirigidas ao aparelhamento do Poder Judiciário e sua modernização, revelam que o verdadeiro problema não se encontra no trâmite dado às ações de improbidade administrativa.

A afirmação constante na justificativa Medida nº 5 de que “o problema da morosidade na tramitação dessas ações não será resolvido apenas com esforços concentrados e priorização de julgamentos”, é também verdadeira para processos de outros ramos do Direito, cuja ineficiência de processamento impinge prejuízos significativos ao erário, como as execuções fiscais. Ademais, verifica-se a urgência de criação de novas Varas e Câmaras para o processamento de tantos outros feitos que tramitam claudicantes nas vias forenses.

A modificação no trâmite processual – eliminação de recursos, alteração de procedimentos, alterações dos órgãos judiciários e de suas competências – é tática antiga e falida de resolver

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Cumprimento das Metas de 2012*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/327fc4fb557edaa9d76c370bdf59e1f0.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

33 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 2/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/fbbb89e8e02507c823a11427482768d6.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

34 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 3/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/d02801cc8822433911fc8739b3a6b708.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

35 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 13/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/fde1f65c3d78425079a68fe857a7351b.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

36 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 18/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/aad0457c13dabd66e2c512d0b4bbc5fc.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

37 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 4/2014*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/aaa6d8037cf73ee473ad54e31aa06fa2.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

38 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2015*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/2610e043bc7d99c761fc5e33569c203c.pdf> >. Acesso em: 25 fev. 2017.

os problemas estruturais do Poder Judiciário, entretanto, “há uma certa hesitação em aceitar o fracasso das reformas”³⁹ realizadas e daquelas sugeridas que segue pela via já tentada. A crise estrutural do Poder Judiciário foi observada pelo Conselho Nacional de Justiça quando se afirmou que “o grande gargalo do Judiciário está na Justiça de primeiro grau, que possui uma taxa de congestionamento de 75%”.⁴⁰

Sabe-se ainda que a “falta de recursos materiais é extremamente relevante para o mau funcionamento do Judiciário, e no caso brasileiro ela é grave – os investimentos são inferiores aos de muitos países”.⁴¹ Esse dado contrasta com a informação do *The Observatory of Social and Political Elites of Brasil* de que o orçamento do Poder Judiciário brasileiro é o mais alto entre os países ocidentais, consumindo cerca de 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil.⁴² Os custos do Ministério Público são apresentados separadamente e somam 0,32% do PIB nacional, superando os gastos de países como Alemanha (0,02% do PIB) e Itália (0,09% do PIB).⁴³

As justificativas da Medida nº 5, portanto, incidem em erros triviais em relação aos problemas e soluções do Poder Judiciário – como se alterar procedimentos já tivesse imprimido celeridade em outros casos; apresentam análise dissociada do verdadeiro escopo das Metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário brasileiro; eclipsam o problema estrutural do Judiciário e a má gestão de recursos, uma vez que este é o braço judicial mais caro do mundo ocidental e, ainda assim, mais estruturalmente precários.

4. A defesa do acusado e o empoderamento do Ministério Público

A Constituição brasileira de 1988 estabelece no art. 5º, XXXVII, a garantia fundamental da vedação a juízo ou tribunal de exceção, o que impede a formação de Cortes temporárias para o julgamento de ações de improbidade administrativa e mesmo de qualquer natureza. Já criação de órgãos permanentes com competência específica para processar ações de improbidade administrativa transparece crença no fato de que essas estarão sempre presentes na história nacional e em volume tão alarmante que exigem estrutura própria.

A prática não é nova. Problemas que deveriam ser resolvidos são comumente assumidos como componentes habituais da sociedade: acostuma-se à pobreza, convive-se com a violência, se lida diariamente com serviços públicos ineficientes, logo se habituarão às ações de improbidade administrativa. O historiador Nicolau Sevcenko faz afirmação nesse sentido ao tratar da pobreza, mas que pode ser trasladada à questão da improbidade administrativa. Dizia que o problema dá azo à “gênese de um modo de administração no qual o objetivo não é a

39 FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do judiciário*: por um processo civil factível. 2011. 170f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 03/03/2011, p. 39.

40 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Política nacional vai atacar problemas crônicos do 1º grau, afirma conselheiro*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60820-politica-nacional-vai-atacar-problemas-cronicos-do-1-grau-afirma-conselheiro>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

41 FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do judiciário*: por um processo civil factível. 2011. 170f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 03/03/2011, p. 141.

42 DA ROS, Luciano. *O Custo da Justiça no Brasil*: uma análise comparativa exploratória. Disponível em: < <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

43 DA ROS, Luciano. *O Custo da Justiça no Brasil*: uma análise comparativa exploratória. Disponível em: < <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

superação, mas a gestão burocrática” da situação.⁴⁴ O quadro permite à classe política obter “simpatias de teor devocional, apoio entusiástico e votos por compulsão” sob o pretexto de combater a corrupção;⁴⁵ à “burocracia, agentes e entidades assistenciais têm seus orçamentos, postos e funções multiplicados”.⁴⁶

Acrescente-se a esses problemas o fato de que o exercício do direito à ampla defesa, garantido constitucionalmente no art. 5º, LV, é apresentado como “procedimento esdrúxulo” que “constitui verdadeiro obstáculo à celeridade na tramitação das ações de improbidade administrativa”.⁴⁷ Apesar de se constituir garantia constitucional e se justificar “na medida em que evita chegar-se à fase instrutória em um processo a que falta algum requisito para o exame do mérito ou, presentes todos esses requisitos, não há elementos probatórios mínimos”,⁴⁸ ou seja, conferindo maior celeridade ao procedimento, a fase preliminar tem sido mitigada pela jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o desrespeito à garantia constitucional exige comprovação de prejuízo efetivo para declaração de nulidade,⁴⁹ desconsiderando que violar a Constituição é, por si só, vício absoluto. A mesma Corte assentou que não é necessária a juntada de provas da ocorrência da improbidade administrativa, bastando *meros indícios* para o recebimento da petição inicial em razão do princípio *in dubio pro societatis*.⁵⁰ Inobstante este entendimento condescendente com o proponente, a mesma benevolência não se verifica com os demandados, que devem neste momento processual indicar elementos que “afastem de plano a existência de improbidade administrativa, a procedência da ação ou a adequação da via eleita”.⁵¹

Considere-se ainda que, para além de violar o direito constitucional de ampla defesa, o ajuizamento e prosseguimento de ações sem efetiva base probatória implicam em prejuízo irreparável à imagem do acusado, que é apresentado como inimigo da sociedade, mas, ao cabo do processo, pode ter sua inocência comprovada e ser absolvido. Sabe-se que o “enfrentamento da corrupção à distância dos direitos e garantias fundamentais termina por *gerar* corrupção”, sendo que essa tem combate eficaz quando “se alcança em compasso com o respeito às garantias constitucionais, senão com a ampliação dos direitos fundamentais dos acusados”.⁵²

44 SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina*. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 134.

45 Relembre-se: campanha de Lula, em 2002, com a frase “Lutar contra a corrupção e melhorar a vida do povo. A turma do PT só pensa nisso”; Fernando Collor em 1989: “O caçador de marajás”, anunciando o combate à corrupção dentro do setor público; Jânio Quadros elegeu-se em 1960 com a missão de “limpar a roubalheira e a corrupção”.

46 SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina*. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 134.

47 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Medida 5*: maior eficiência da ação de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

48 CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Fase Preliminar do Procedimento da Ação de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <https://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_ação_de_improbidade_administrativa>. Acesso em: 25 fev. 2017.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 876.248/MA*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 29 set. 2016.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.108.490/RJ*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 11 out. 2016.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 910.840/RN*. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 30 de agosto de 2016. Brasília, 30 ago. 2016.

52 GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos Ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Albert; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia (coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015, p. 264.

O impacto que o processamento de ações de improbidade administrativa tem sobre a vida dos cidadãos – sobretudo os agentes políticos – “justifica e impõe reflexão contínua e cuidadosa sobre o tema para que, de um lado, não se tolere a violação” aos princípios da Administração Pública “e para que, de outro, não se faça da lei um desvirtuado instrumento de perseguição política, de ataque moral ou de ruína patrimonial de quem quer que seja”.⁵³ Essa prática contribui na perpetuação do “incessante vilipendiar da política e dos políticos, apresentados como corruptos, sem que se indiquem alternativas a não ser a implícita submissão resignada da massa ao seu destino”⁵⁴ ou a recorrer aos agentes que se apresentam messiânicos,⁵⁵ isto é, únicos capazes de resolver o problema nacional.

A doutrina registra ainda que a fase preliminar visa evitar ações que “não passem de alegações especulativas, sem provas ou indícios concretos”, permitindo a fluência apenas daquelas que tenham “base sólida e segura, obrigando o juiz – com a possibilidade de recurso ao tribunal – a examinar efetivamente, desde logo, com atenção e cuidado, as alegações e os documentos da inicial”,⁵⁶ e assim preservando “a dignidade dos agentes públicos”.⁵⁷ A exposição de cidadãos, sobretudo de agentes políticos eis que dependem de sua imagem perante o eleitorado, frequentemente é transformado num ato de espetáculo, que conforme já observado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, não é “compatível com a seriedade que se exige na apuração” dos fatos.⁵⁸

Curioso observar que a Medida Provisória 2.088-35/00, que instituiu o juízo de prelibação no processo de regido pela Lei nº 8.429/92, deu-se justamente “sob a justificativa de conter ‘o exibicionismo de membros do MP’ e ‘a banalização da ação de improbidade’”.⁵⁹ A busca do imediatismo na sanção da improbidade projeta na legislação a oportunidade de contentar a sociedade que demonstra repúdio público à corrupção, dando falsa impressão de segurança restaurada, aplacando a ira da população instigada pelos grandes escândalos apresentados cotidianamente pelos meios midiáticos.

Por derradeiro, a justificativa da Medida nº 5 prevê a competência exclusiva do Ministério Público para celebrar acordos de leniência, pois “quanto maior o número de legitimados, maior será a insegurança jurídica, a alta exposição do investigado sobre os seus ilícitos, a diminuição da vontade de cooperar e a possibilidade de violação do sigilo”.⁶⁰ Afirma-se que há previsão de acordo de

53 YARSHHELL, Flávio Luiz. Lei 8.429, de 1992: ação cautelar sem correspondente ação principal. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coord). *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 187-188

54 GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios Brasileiros na Era dos Gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 17.

55 Tzvetan Todorov arrola o messianismo como inimigo íntimo da democracia: “*populismo, ultraliberalismo y mesianismo, los enemigos íntimos de la democracia*” (TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Ciudad de México: Galaxia Gutenberg, 2014, p. 13).

56 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 210.

57 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192.

58 O ESTADO DE SÃO PAULO. *Teori diz que procuradores da Lava Jato fizeram ‘espetáculo midiático’ em denúncia contra Lula*. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,teori-diz-que-procuradores-da-lava-jato-fizeram-espetaculo-midiatico-em-denuncia-contralula,10000080176>>. Acesso em 25/02/2017.

59 GEBRAN NETO, João Pedro; SCHIRMER, Mário Sérgio de. *Lei de improbidade é meio para combater corrupção*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-jan-24/segunda-leituraafastar-aplicacao-lei-improbidade-defender-corrupcao>>. Acesso em 25 fev. 2017.

60 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Medida 5: maior eficiência da ação de improbidade administrativa*. Disponível em: < http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25>.

colaboração premiada em diversos textos legais, mas não na Lei nº 8.429/1992, o que representa um déficit no sistema de combate à corrupção. Efetivamente, outras legislações pertinentes ao combate à corrupção prevêem a possibilidade de cooperação do acusado com abatimento de pena, permitindo “esclarecer os fatos, a estrutura da organização criminosa, o *modus operandi*” além de “apontar o caminho das provas”.⁶¹

Entretanto, as legislações que permitem a realização de acordo de colaboração premiada não coloca o Ministério Público como único ente capaz de realizá-la: a Lei nº 12.850/2013 legitima o Ministério Público e a autoridade policial;⁶² o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é autorizado na Lei nº 12.529/2011;⁶³ a Lei nº 12.846/2013 autoriza a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública lesionados.⁶⁴

Necessário num Estado Democrático que nenhum ente seja detentor exclusivo de qualquer poder que seja. A apropriação exclusiva de um poder implica na sua fetichização, isto é, o funcionário passa a crer-se detentor, “*sede* ou a *fonte* do poder”, sendo essa a “*corrupção originária*”⁶⁵ que assola as democracias há bastante tempo: não é de hoje a conclusão de que “*absolute power corrupts absolutely*”.⁶⁶

Anote-se ainda que o risco de se firmados “acordos não condizentes com o interesse público” para o fim de beneficiar o acusado que é apontado a fim de robustecer a legitimidade exclusiva do Ministério Público, também pode ser a ele oposto. Ora, a presunção de ilegalidade ou má-fé estabelecida contra os demais legitimados ao estabelecimento de acordo de colaboração não possui amparo jurídico e permite duvidar da idoneidade de quaisquer entes, públicos ou privados, eis que ninguém está imune a, pelo menos, sofrer acusações e, eventualmente, praticar atos ilícitos.

Ilustrativamente, cite-se os casos: do Promotor de Justiça, denunciado por lavagem de dinheiro;⁶⁷ do Delegado da Polícia Federal preso por eventual envolvimento em corrupção;⁶⁸ do

pdf>. Acesso em 25/02/2017.

61 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Medida 5: maior eficiência da ação de improbidade administrativa*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5-versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em 25/02/2017.

62 Art. 6º. O termo de colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia.

63 Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte.

64 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte

65 DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007, p. 16.

66 Citação de Lord Acton em sua Carta ao Arcebispo Mandell Creighton, em 1887, que pode ser traduzida por: o poder absoluto corrompe absolutamente. Disponível em: <<https://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html>>. Acesso em 26/02/2017.

67 GLOBO. *MP decide afastar promotor de justiça suspeito de participar de fraude no RS*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/10/mp-decide-afastar-promotor-de-justica-suspeito-de-participar-de-fraude-no-rs.html>>. Acesso em 26/02/2017.

68 CORREIO BRAZILIENSE. *Delegado Federal é preso pela própria PF em Londrina, por corrupção*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/02/25/internas_polbraeco,576645/delegado-federal-e-pres-o-pela-propria-pf-em-londrina-por-corrupcao.shtml>. Acesso em 26/02/2017.

Procurador Federal preso por suspeita de fraudar licitações.⁶⁹ São agentes estatais que deveriam zelar pela legalidade, mas agiram em desconformidade com esta e serão investigados e processados pelas instituições em que recentemente ainda atuavam. A presunção de boa-fé e de compromisso com a legalidade de todos os agentes públicos e de todas as instituições públicas não pode ser desfeito a fim de empoderar de maneira exclusiva um único ente, que também está sujeito a encontrar comportamentos reprováveis em seu seio.

Depreende-se que as propostas da Medida nº 5 são retomadas de soluções já adotadas e fracassadas anteriormente, além da incorporação da corrupção como fato social pacífico a ponto de exigir estrutura específica. Ainda, é preocupante relegar a sociedade a segundo plano quando se trata de combater corrupção endêmica, como é a brasileira, e priorizar uma única instituição nessa missão. Certamente a conjuntura brasileira de corrupção endêmica necessita de resposta adequada a fim de combatê-la com realismo de ferramentas, empoderamento da sociedade que deve ser conclamada a agir ativamente e fortalecimento das instituições que atuam profilaticamente, não apenas remediando, como faz o Poder Judiciário, quando já concretizados os atos de dano.

5. Corrupção: um “inimigo” comum, distintas formas de enfrentamento

O verdadeiro e efetivo combate à corrupção deve compreender esse fenômeno em sua globalidade. Os grandes escândalos de irregularidades parecem ser apenas o extravasamento de uma cadeia cotidiana de pequenas corrupções que engloba grande parte da sociedade, de modo que focar naqueles fatos é apenas tratar as consequências do problema, sem frontalmente enfrentá-lo. A prática remediadora que ignora a raiz da corrupção contribui para a criação de novas estruturas, novos aparatos estatais, que continuarão ineficientes. Em verdade, “o Brasil precisa criar uma cultura de prevenção” à corrupção.⁷⁰

O Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo (2011 – 2016) declarou em evento da Associação dos Magistrados Brasileiros que o comportamento da população está entre as causas da corrupção, eis que há confusão entre público e privado e “até o síndico de prédio superfatura quando compra o capacho. E é o mesmo síndico que por vezes sai protestando” contra os políticos.⁷¹ A acumulação paulatina de corrupções cotidianas neutraliza a consciência individual de tal maneira que se enxergam apenas os grandes escândalos, sem que se perceba sua própria indignidade. O agir corrupto visto como pequeno é, na verdade, um atalho aos atos vultosos: “o caminho mais rápido para o Inferno é aquele que é gradual – um leve declive, um caminho suave, sem curvas abruptas, sem marcações e sem placas”.⁷²

Compreendendo que a corrupção macrossistêmica é reflexo aumentado daquela dita pequena, a organização *Transparency International* conclama os cidadãos a fazerem a seguinte declaração: “Eu não pagarei subornos. Eu não procurarei subornos. Eu trabalharei com os outros em campanha contra a corrupção. Eu falarei contra a corrupção e denunciarei abusos. Eu apenas

69 GLOBO. *Procurador federal é preso suspeito de atuar em esquema de fraudes no PA*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2015/11/procurador-federal-e-preso-suspeito-de-atuar-em-esquema-de-fraudes-no-pa.html>>. Acesso em 26/02/2017.

70 INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Pesquisa da KPMG traça perfil de fraudador*. Disponível em: <<http://www.iasp.org.br/2014/01/pesquisa-da-kpmg-traca-perfil-de-fraudador/>>. Acesso em 26/02/2017.

71 O ESTADO DE SÃO PAULO. *Ministro diz que corrupção é “cultural” no Brasil*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-diz-que-corrupcao-e-cultural-no-brasil,1596341>>. Acesso em 26/02/2017.

72 LEWIS, C. S. *Cartas de um diabo a seu aprendiz*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 60.

apoiarei candidatos a cargos públicos que digam não à corrupção e demonstrem transparência, integridade e responsabilidade”.⁷³ Atente-se que a declaração é focada no sujeito individual, que compromete seus atos contra a corrupção e age ativamente na denúncia de irregularidades além de exigir transparência na gestão da coisa pública. Há, portanto, exigência de mudança comportamental dos cidadãos para que haja mudança efetiva. Apesar de ser uma organização presente em mais de 100 países e com certa notoriedade,⁷⁴ a declaração conta com apenas 14.855 assinaturas.⁷⁵

Nesse sentido, necessária a realização de campanhas de conscientização social de que a corrupção não tem gradação, é sempre inadequada. Ainda, é preciso fortalecer os canais de comunicação da sociedade com o Estado por meio de Ouvidorias, Controladorias e órgãos similares, que franqueiem segurança ao cidadão que denuncia a corrupção. Trata-se de democratizar os mecanismos de fiscalização e controle da Administração Pública, pois quanto mais democrática esta for, “mais o senhor da coisa pública”, o povo, “participa de sua gestão, do exercício das decisões sobre a sua condição. Quanto mais participação efetiva e eficiente se encontrar naquela gestão, mais legítima” e menos suscetível à corrupção “é a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado”.⁷⁶

Vale dizer, é preciso reforçar a via preventiva a fim de que o problema da improbidade seja, senão extinguido, ao menos minorado ao extremo de modo que o Poder Judiciário necessita sempre minimamente atuar. Os cidadãos estiveram por longo tempo “possuídos por uma espécie de loucura mansa que obriga a digerir demasiadas coisas” e cair “na permissividade, como se deixar tudo como está fosse mais fácil e vamos vivendo assim, adiando enfrentar o touro pelos cornos até que um dia chegamos a um ponto crítico em que talvez o retorno seja impossível”.⁷⁷ Felizmente, a sociedade parece ter despertado a tempo, mas ainda carece abandonar a proverbial prática de delegar a solução de problemas, necessita olhar para si, indignar-se e agir pessoalmente, tomando as rédeas de sua vida e da nação, “engajar-se em nome de sua responsabilidade como pessoa humana”.⁷⁸

Estas proposições efetivamente surtirão resultados a médio ou longo prazo. Imediatamente é necessário apaziguar as celeumas entre os órgãos públicos que atuam contra a corrupção,⁷⁹ eliminando preferências de comando em prol da efetividade, delimitando exatamente a atividade de cada qual e, sobretudo, fortalecendo os trabalhos de investigação policial e solução de reparação da sociedade pelo infrator antes mesmo de se alcançar a saturada via judicial, o que deve ser possível a vários órgãos atuantes com transparência.

73 Tradução livre de: “I will not pay bribes. I will not seek bribes. I will work with others to campaign against corruption. I will speak out against corruption and report on abuse. I will only support candidates for public office who say no to corruption and demonstrate transparency, integrity and accountability”. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Sing the Declaration against corruption*. Disponível em: < <https://www.transparency.org/declaration/> >. Acesso em 27/02/2017.

74 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Overview*. Disponível em: < <https://www.transparency.org/whowere/organisation/> >. Acesso em 27/02/2017.

75 Número constante no acesso de 27/02/2017.

76 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 63.

77 SARAMAGO, José. *Democracia e Universidade*. Belém: UFPA, 2013, p. 39.

78 HESSEL, Stéphane. *Indignai-vos!* São Paulo: Leya, 2011, p. 18 – 19.

79 Há certo tempo a relação entre Ministério Público Federal e Polícia Federal tem sido delicada, havendo discordâncias pujantes de atuação. Veja-se em: FOLHA DE SÃO PAULO. *Procuradoria e PF brigam na Justiça por dados de inteligência*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1862017-procuradoria-e-pf-brigam-na-justica-por-dados-de-inteligencia.shtml> >. Acesso em 27/02/2017.

O trabalho preventivo aliado ao aparelhamento dos órgãos de investigação, como a Polícia Federal, além do incremento de qualidade nas denúncias feitas pelo Ministério Público,⁸⁰ poderão agilizar de imediato a tramitação dos processos relativos à corrupção. Uma denúncia bem instruída, com robusto conjunto probatório e narração adequada dos fatos, além da localização prévia dos envolvidos para acelerar a fase preliminar, são atos pré-judiciais que competem ao órgão acusador, de modo que não se os pode imputar à morosidade do Poder Judiciário.

Se é verdade que por onde passa um boi, também passa uma boiada, a leitura da “improbidade do inimigo” abre perigosa brecha para a transposição dessa lógica para os demais âmbitos sancionatórios do Direito Administrativo, como o processo administrativo de natureza disciplinar. A quinta medida cria lógica de exceção no Direito Administrativo, equivalendo a uma *Crônica de uma Morte Anunciada*: propostas velhas, demonstradas empiricamente como ineficientes e ineficazes. Como no romance de García Márquez, o Ministério Público tem feito cantar na pedra as suas facas, anunciando morte à corrupção, mesmo que isso custe o sacrifício de algumas garantias fundamentais.⁸¹

Desse modo, pode-se resumir que, no longo prazo, portanto, a solução é a conscientização da sociedade para que abandone suas práticas cotidianas corruptas, além do empoderamento e protagonização dos cidadãos para que ajam com destemor na indicação e reprovação de atos irregulares, e ainda o aparelhamento mais adequado dos órgãos públicos para atuar na *prevenção* à corrupção, isto é, tornando a Administração Pública mais transparente e democrática; no curto prazo, necessário que os órgãos públicos atuem em harmonia, cada qual respeitando suas atribuições e atuando com o máximo de eficiência antes da judicialização das questões.

Referências

ACTON, John Dalberg. *Letter to Archbishop Mandell Creighton*. Disponível em: < <https://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html> > . Acesso em: 26 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 876.248/MA*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 20 de setembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 29 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.108.490/RJ*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 11 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 910.840/RN*. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 30 de agosto de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 30 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 34.530*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico, 19 dez. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Fase Preliminar do Procedimento da Ação de Improbidade Administrativa*. Disponível em: < https://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_ação_de_improbidade_administrativa > . Acesso em: 25 fev. 2017.

80 O Ministro Teori Zavascki, relator do Caso Lava-Jato no Supremo Tribunal Federal até seu falecimento, tomou notas sobre sua insatisfação com a qualidade das denúncias ofertadas pelo Procurador-Geral da República, como narra Elio Gaspari. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspari/2017/02/1860092-teori-estava-insatisfeito-com-a-lentidao-da-procuradoria.shtml> > . Acesso em 27/02/2017.

81 “Por último, fizeram as facas cantar na pedra, e Pablo pôs a sua junto a uma lâmpada para que o aço brilhasse. - Vamos matar Santiago Nassar - disse.” (GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Crônica de uma morte anunciada*. São Paulo: Record, 2009, p. 78)

CARTA CAPITAL. *Lava Jato contra-ataca e ameaça renúncia coletiva*. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/lava-jato-contra-ataca-e-ameaca-renuncia-coletiva>> . Acesso em: 02 mar. 2017.

CIRINO, Juarez. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf> . Acesso em: 15 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 13/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2015/08/fde1f65c3d78425079a68fe857a7351b.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 18/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2015/08/aad0457c13dabd66e2c512d0b4bbc5fc.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 2/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2015/08/fbbb89e8e02507c823a11427482768d6.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 3/2013*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2015/08/d02801cc8822433911fc8739b3a6b708.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Meta 4/2014*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/aaa6d8037cf73ee473ad54e31aa06fa2.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2009*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasprioritarias-de-2010>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2010*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasprioritarias-de-2010>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2011*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasprioritarias-de-2010>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas Nacionais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasprioritarias-de-2010>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama Nacional 2011*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/images/metasprioritarias-de-2010>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Política nacional vai atacar problemas crônicos do 1º grau, afirma conselheiro*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60820-politica-nacional-vai-atacar-problemas-cronicos-do-1-grau-afirma-conselheiro>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Cumprimento das Metas de 2010: Meta 2/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/4dcf942284c6f5b5a501afbe457c8d54.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Cumprimento das Metas de 2012*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/327fc4fb557edaa9d76c370bdf59e1f0.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Metas*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasprioritarias-de-2010>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2015*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/2610e043bc7d99c761fc5e33569c203c.pdf>> . Acesso em: 25 fev. 2017.

CORREIO BRAZILIENSE. *Delegado Federal é preso pela própria PF em Londrina, por corrupção*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/02/25/internas_polbraeco_576645/delegado-federal-e-preso-pela-propria-pf-em-londrina-por-corrupcao.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2017.

CRUZ, Flavio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

CRUZ, Flavio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

DA ROS, Luciano. *O Custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

DUSSEL, Enrique. *20 Teses de Política*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Procuradoria e PF brigam na Justiça por dados de inteligência*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1862017-procuradoria-e-pf-brigam-na-justica-por-dados-de-inteligencia.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Teori estava insatisfeito com a lentidão da Procuradoria*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/columnas/eliogasparsi/2017/02/1860092-teori-estava-insatisfeito-com-a-lentidao-da-procuradoria.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do judiciário*: por um processo civil factível. 2011. 170f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 03/03/2011.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Crônica de uma morte anunciada*. São Paulo: Record, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHIRMER, Mário Sérgio de. *Lei de improbidade é meio para combater corrupção*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-24/segunda-leituraafastar-aplicacao-lei-improbidade-de-fender-corrupcao>>. Acesso em 25 fev. 2017.

GLOBO. *MP decide afastar promotor de justiça suspeito de participar de fraude no RS*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/10/mp-decide-afastar-promotor-de-justica-suspeito-de-participar-de-fraude-no-rs.html>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

GLOBO. *Procurador federal é preso suspeito de atuar em esquema de fraudes no PA*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2015/11/procurador-federal-e-preso-suspeito-de-atuar-em-esquema-de-fraudes-no-pa.html>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios Brasileiros na Era dos Gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos Ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Albert; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: Ithala, 2015.

HESSEL, Stéphane. *Indignai-vos!* São Paulo: Leya, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial. *Boletim IBDCRIM*, ano 23, n. 277, dez./2015. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

ISTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Pesquisa da KPMG traça perfil de fraudador*. Disponível em: < <http://www.iasp.org.br/2014/01/pesquisa-da-kpmg-traca-perfil-de-fraudador/>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

LEWIS, C. S. *Cartas de um diabo a seu aprendiz*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINES, Fernando. “MP abraçou punitivismo para ganhos de classe e entrou em túnel sem saída”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-12/entrevista-roberto-tardelli-advogado-ex-procurador-justica>>. Acesso em 12 fev. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Conheça as medidas*. Disponível em: < <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Conheça as medidas*: Proposta legislativa. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Medida 5*: maior eficiência da ação de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF ajuizou cerca de 5,5 mil ações de improbidade de 2013 a 2015*. Disponível em: <<http://corrupcaoao.mpf.mp.br/noticias/mpf-ajuizou-cerca-de-5-5-mil-aco-es-de-improbidade-de-2013-a-2015>>. Acesso em 28 fev. 2017.

MOREIRA NETO, DIOGO de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p.9-20, fev. 2014.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Ministro diz que corrupção é “cultural” no Brasil*. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-diz-que-corrupcao-e-cultural-no-brasil,1596341>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Teori diz que procuradores da Lava Jato fizeram ‘espetáculo midiático’ em denúncia contra Lula*. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,teori-diz-que-procuradores-da-lava-jato-fizeram-espetaculo-midiatico-em-denuncia-contralula,10000080176>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARAMAGO, José. *Democracia e Universidade*. Belém: UFPA, 2013.

SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Ciudad de México: Galaxia Gutenberg, 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Overview*. Disponível em: <<https://www.transparency.org/whoweare/organisation/>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Sing the Declaration against corruption*. Disponível em: < <https://www.transparency.org/declaration/>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. Lei 8.429, de 1992: ação cautelar sem correspondente ação principal. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coord). *Improbidade Administrativa*: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

JÚLIO CÉSAR SOUZA DOS SANTOS¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações acerca do Princípio do Juiz Natural e da Constitucionalização do processo administrativo; 3. Da aplicabilidade do Princípio do Juiz Natural aos processos administrativos disciplinares; 4. Consequências da aplicação do Princípio do Juiz Natural aos processos administrativos disciplinares; 5. Efeitos do descumprimento dos postulados do Princípio do Juiz Natural no processo administrativo disciplinar; 6. Conclusões.

1. Introdução

Hodiernamente, o princípio-garantia do juiz natural constitui um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. Presente no art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988 (CF/88), possui o objetivo principal de limitar o poder estatal através de um julgamento por juízo competente, imparcial e previamente estabelecido.

Não obstante a consagração do referido princípio no âmbito judicial, necessária se faz a discussão acerca de sua aplicabilidade no regime disciplinar dos servidores públicos, especialmente em relação ao processo administrativo disciplinar. Mediante tal instrumento o Estado é legitimado a aplicar sanções que podem, em casos mais graves, culminar na demissão ou na cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Não por outro motivo ocasionam diversos impactos que, frequentemente, ultrapassam a órbita privada do servidor.

Nesse sentido, diante da violação às normas jurídicas que regulamentam o exercício da função pública, surge para a Administração Pública o poder-dever de punir. Entretanto, por expressa previsão constitucional, é assegurado ao servidor o amplo respeito aos princípios constitucionais, especialmente os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). Ademais, o processo de constitucionalização do processo administrativo também determina a obediência ao devido processo legal, que tem como um de seus consectários o princípio do juiz natural.

Mas é fato, no entanto, que os agentes públicos submetidos ao poder persecutório administrativo sofrem verdadeira mitigação deste princípio, usualmente ligado – apenas – à noção de processo judicial. Os reflexos desta omissão administrativa disseminam-se em todas

¹ Bacharel em Biomedicina – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Graduando em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Pós-graduando em Direito Público – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e Técnico do Ministério Público da União (MPU).

as fases do processo, o que pode transformá-lo, consequentemente, em instrumento de arbitrariedades da Administração Pública.

Por conseguinte, o presente estudo se desenvolverá a partir do método dedutivo com formulação de premissas baseadas em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Com isso, visa demonstrar a necessária aplicação do princípio do juiz natural ao processo administrativo disciplinar, sob a perspectiva de garantia constitucional. De forma mais específica, busca analisar os efeitos da aplicação deste princípio em todas as fases deste processo, assim como as consequências de sua violação no contexto de nulidades processuais.

Para tanto, serão realizadas breves considerações acerca do princípio do juiz natural, na sua condição de garantia constitucional do processo. Em seguida, demonstrar-se-á, do ponto de vista constitucional, a necessidade de obediência do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares. Ademais, em decorrência dos argumentos expostos serão abordadas as consequências que a garantia do juiz natural determina aos processos administrativos disciplinares e, consequentemente, os efeitos que a violação de seus postulados determina a este processo no atual sistema de nulidades administrativas. Por fim, será examinada a possibilidade de utilização suplementar do atual Código de Processo Civil (CPC/15 – Lei nº 13.105/2015) aos processos administrativos disciplinares, especialmente no que tange às hipóteses de impedimento e suspeição.

2. Considerações acerca do Princípio do Juiz Natural e da Constitucionalização do processo administrativo

O princípio do juiz natural é conseqüência da experiência inglesa desde a Carta Magna de 1215 até a *Petition of Rights*, de 1628, e a Constituição dos Estados Unidos, de 1776. Sua expansão ocorreu vinculada ao pensamento iluminista e, consequentemente, à Revolução Francesa. Com o objetivo de extinguir os privilégios das justiças senhoriais e afastar a criação de tribunais de exceção, também denominados *ad hoc* ou *post factum*, todos os cidadãos franceses passaram a ser submetidos aos mesmos tribunais. Foi nesse cenário que o princípio do juiz natural se consolidou na Constituição de 3 de setembro de 1791² e na legislação subsequente, de maneira que todos passaram a ser julgados por um juiz que se encontra com a sua competência estabelecida antes da prática do fato.³

Desde então, o princípio do juiz natural expandiu-se para as legislações e constituições europeias, especialmente nos regimes verdadeiramente democráticos, como expressão do Estado Democrático de Direito. No Brasil, o princípio em tela já constava no texto da Constituição de 1824⁴,

2 Constituição de 1791. Art. 4. Capítulo V: “Os cidadãos não poderão ser afastados dos juizes que a lei os designa, por nenhuma comissão, nem por outras atribuições e avocações senão aquelas determinadas pelas leis.” (tradução livre).

3 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: Ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008, p. 168.

4 Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta; XVII. À excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

materia também tratada nas Constituições de 1891⁵, 1934⁶, 1967⁷ e 1969⁸, ausente apenas na Constituição de 1937.

Na CF/88, o referido princípio não encontra previsão expressa, mas é resultado da conjugação dos incisos XXXVII e LIII, que proíbe a instituição de juízos ou tribunais de exceção e que determina que ninguém será processado senão pela autoridade competente, respectivamente.

Diante da singela normativa constitucional, parcela da doutrina busca delimitar o conteúdo jurídico do princípio do juiz natural sob o argumento da adoção, pelo Brasil, do sistema de jurisdição una, diferentemente de outros países que adotam o modelo de contencioso administrativo. No entanto, tal interpretação é equivocada, como será adiante demonstrado.

Nessa perspectiva, o princípio do juiz natural é uma garantia constitucional que proíbe a criação ou a designação de juízos de exceção posteriormente à ocorrência do fato (*ex post facto*) ou em razão da pessoa (*ad personam*). Ademais, assegura que as causas devem ser julgadas por um juiz imparcial, competente e pré-constituído pela lei, ou seja, formado anteriormente ao fato a ser julgado⁹.

Em análise ampla, o princípio do juiz natural é incorporado em cinco sentidos: i) em relação à fonte, a Constituição reserva à lei a fixação da competência do juízo; ii) quanto ao plano da referência temporal, garante que nenhum indivíduo pode ser processado ou julgado por órgãos instituídos após o fato; iii) quanto ao plano da imparcialidade, o juiz deve ser imparcial, requisito subjetivo ligado à pessoa do julgador; iv) quanto à abrangência funcional, o tema envolve questões de ordem subjetiva e objetiva. Sob o aspecto subjetivo, enquadra as autoridades abrangidas pelas regras relativas à imparcialidade, enquanto sob o aspecto objetivo determina que os órgãos e agentes devem ter sua competência fixada em lei; v) quanto ao plano da ordem taxativa de competência, determina-se a exclusão de qualquer alternativa deferida à discricionariedade, posto que as modificações de competência devem estar previstas em lei anterior ao fato¹⁰.

A naturalidade do juízo é bastante invocada no que diz respeito aos processos judiciais, sejam penais – mais fortemente discutidos pela própria possibilidade de restrição da liberdade dos

5 Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 – Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

6 Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 25 – Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas; § 26 – Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

7 Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 12 – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal; § 15 – A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

8 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15 – (...) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

9 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.

10 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 393-401.

indivíduos – ou civis. Todavia, no atual e constante processo de constitucionalização do Direito¹¹ (notadamente o Administrativo¹²) e diante da necessidade de oferecer máxima efetividade aos direitos e garantias fundamentais, demonstra-se necessária uma releitura do âmbito de aplicação deste princípio.

Desse modo, deste fenômeno decorre a constitucionalização do processo¹³, que visa garantir aos cidadãos maior segurança jurídica e efetividade dos direitos frente a supremacia estatal. Esta posição estatal de destaque, portanto, apresenta-se ainda mais dilatada diante das vicissitudes do processo administrativo.

Portanto, com o advento da CF/88 o processo administrativo¹⁴ é elevado ao *status* de garantia constitucional. Por ser destinado a tutelar direitos, apresenta-se como meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos no exercício da atividade administrativa¹⁵. Como decorrência lógica, partindo-se da Constituição, o legislador deve construir as normas processuais administrativas à sua imagem e semelhança. Logo, a discricionariedade na edição legislativa apenas permanece íntegra na área não coberta pelas garantias constitucionais, que disciplinam condições mínimas de legalidade e seriedade¹⁶.

Sendo assim, a legislação infraconstitucional que regula o processo administrativo disciplinar deve ser (re)interpretada em consonância com os ditames da Carta Maior, dentre os quais encontra-se o princípio do juiz natural. Caso contrário, pode-se incorrer no fenômeno da equívoca substituição da *constitucionalidade das leis* pela *legalidade da Constituição*, nos dizeres de Cano-

11 Existe razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito ocorreu na Alemanha. Costuma-se apontar o célebre caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal em 15 de janeiro de 1958, no qual ficou consignado que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham outra função: a de constituírem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico. Tais normas constitucionais, portanto, fornecem diretrizes e condicionam a interpretação para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 259 - 273.

12 Segundo Luís Roberto Barroso, três circunstâncias devem ser consideradas no processo de constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: a) a existência de uma dilatada quantidade de normas constitucionais relativas à disciplina da Administração Pública; b) as transformações sequenciais sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; e c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do Direito Administrativo. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

13 Antes mesmo do advento da CF/88, Sérgio Ferraz já apontava o absurdo da convicção de que as garantias constitucionais asseguradas no processo judicial não seriam aplicáveis aos processos administrativos: “Esta barbaridade, que não encontra amparo ou apoio em qualquer prescrição constitucional e em qualquer autor sério, merece detida e efetiva atenção por parte de todos nós, porém muito mais do que isso, merece denúncia e, sobretudo, um esforço de construção, doutrinária e legislativa, a que estamos todos nós desafiados”. FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 165, jul./set. 1986, p. 13.

14 Apesar de ainda existir discussões doutrinárias sobre a existência de diferenças entre processo e procedimento, tais conceitos não se confundem. O processo administrativo constitui-se em uma sucessão de manifestações de vontade, cada qual identificada como um ato administrativo, que se dispõem coordenadamente visando um objetivo final, essencial à exteriorização da vontade estatal. O procedimento, por sua vez, é caracterizado pela sequência de atos caracterizada pela sucessividade lógica – o ato antecedente como condicionante do consequente – e pela destinação teleológica – todos os atos convergem para um fim comum, embora cada um mantenha a sua autonomia na integralidade processual. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 239.

15 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 76-77.

16 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

tilho, acarretando em verdadeira inversão da hierarquia normativa e pondo em dúvida a autonomia do Direito Constitucional¹⁷.

3. Da aplicabilidade do Princípio do Juiz Natural aos processos administrativos disciplinares

A relação jurídica Estado-servidor, de cunho institucional, é marcada por um vínculo verticalizado, no qual o Estado exerce sobre o administrado o poder de punir decorrente, mediadamente, do poder hierárquico e, imediatamente, do poder disciplinar, caso verificada a prática de infrações administrativas¹⁸.

Ressalte-se que a atuação de todos os agentes públicos deve se pautar por normas de conduta previamente estabelecidas pelo o ente ao qual estiver ligado. Em virtude do princípio do devido processo legal (*due process of law*), a aplicação de sanção ao servidor investigado deve ser precedida de processo administrativo¹⁹ que assegure o contraditório e a ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), mediante o respeito aos demais princípios constitucionais e legais inerentes ao exercício da atividade administrativa. Em outras palavras: o processo administrativo é uma garantia consequencial da cláusula do devido processo legal àqueles que estão sob investigação por possível prática de falta funcional.

O direito ao devido processo compreende a mínima paridade de recursos das partes envolvidas, objetivando o equilíbrio entre os sujeitos do processo, seja ele administrativo ou judicial. A igualdade buscada na garantia do devido processo legal, portanto, é condição básica para tutelar o administrado de favoritismos, perseguições ou subjetivismos, incompatíveis com os princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade.

Caso as garantias derivadas deste princípio não sejam tuteladas, o processo será desencadeado com meras expectativas e ao arrepio da sistemática constitucional. Surge, então, uma nova vertente do devido processo legal: o devido processo legal administrativo.

Deve-se ter em mente, ainda, que no Estado Democrático de Direito os cidadãos têm a garantia não apenas de que o Poder Público estará, de antemão, limitado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas que tais fins apenas poderão ser perseguidos pelos modos expressamente estabelecidos para tanto. Isto é, o *modus procedendi*, adstrito ao *due process of law*, delimita as finalidades perseguíveis mas encontra limites na prefixação dos meios, condições e formas a que deve cingir para alcançá-las. Ou seja, “a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do *modus procedendi* da Administração”²⁰.

A despeito do questionamento inicial acerca de sua existência enquanto categoria jurídica

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 282.

18 No que se refere ao modelo utilizado para se fazer a repressão disciplinar, o Brasil adotou o sistema misto ou de jurisdição moderada, no qual há a intervenção de determinados órgãos, com função geralmente opinativa, e a pena é aplicada por superior hierárquico. Ademais, tal sistema caracteriza-se por certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicada. BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. **Do poder disciplinar na Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 158, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711.

19 No âmbito da Administração Pública federal, a Lei nº 8.112/90 trata de normas procedimentais do processo administrativo disciplinar (art. 143 e seguintes). Caso necessário, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo (“lei geral”).

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 502.

específica e distinta dos demais institutos, apenas mais recentemente o processo administrativo foi reconhecido em suas especificidades. A dificuldade de se admitir a sua existência advém da tradicional associação do termo *processo* à *jurisdição*²¹. Some-se a isto a existência de uma cultura administrativista antidemocrática, marcada pelo desprezo e pelo pouco zelo no exercício do dever de processualizar a competência administrativa. Assim, apenas com o reconhecimento do processo administrativo é que se demonstra a responsabilidade administrativa e permite-se que o exercício desta atividade seja controlada em sua juridicidade e legitimidade²².

Com efeito, no processo administrativo disciplinar ganha evidência o princípio do juiz natural, o qual apresenta-se como um dos consectários do devido processo legal. Para além desta característica, representa uma garantia de restrição do poder de persecução disciplinar do Estado-administrador diante da nítida possibilidade de arbitrariedade estatal²³. Dessa maneira, submete o Estado a limitações capazes de inibir o abuso na utilização de prerrogativas institucionais.

No âmbito dos processos administrativos disciplinares, vale salientar, a Administração Pública atua, simultaneamente, como autora, propulsora e julgadora do processo. Dessa forma, a pessoa jurídica que promove a apuração preliminar, instaura o processo, realiza a instrução e elabora o relatório é a mesma que profere o julgamento. Logo, se há inequivocamente um hiato insuperável entre a Administração Pública e o servidor, esta característica peculiar de duplo posto estatal (acusador e julgador) não permite àquela, uma vez mais, ostentar posição de privilégio cujas armas não são extensíveis ao agente público, em nítido descompasso com os ditames da CF/88.

E mais: forçoso reconhecer a existência de uma crise de desconfiança por parte dos administrados em relação à Administração Pública decorrente da imperícia para tratar dos assuntos que lhe são afetos. Obviamente, não significa dizer que todo aparelho estatal seja despreparado, mas que pouco ou nenhum conhecimento sobre processo administrativo é exigido nos processos de admissão e que a utilização deste processo, com poucas exceções, ainda se ressentia de certa carga de amadorismo, injustificável diante de sua necessidade para a produção de atos administrativos que atingem a esfera de direitos do administrado²⁴.

Nessa ordem de ideias, o processo é um instrumento de exercício do poder. Não por outro motivo, nem sempre foi utilizado democraticamente, mas para impedir o exercício livre de direitos e para permitir que o direito não se realizasse. Na verdade, deve o processo ser instrumento realizador de princípios de justiça, segurança jurídica e interesse público, balizado segundo elementos nos

21 Adolf Merkl foi o precursor desta importante mudança desta visão. Já no ano de 1927, afirmou não ser sustentável, do ponto de vista jurídico-teórico, reduzir o processo à atuação jurisdicional, pois todas as funções estatais podem se manifestar por meio do processo. Ainda segundo o autor, só se pode falar em processo jurídico quando o caminho a ser percorrido para a edição de um ato estatal não pode ser livremente escolhido pelo órgão competente. Diante da necessidade de estar previsto juridicamente, este entendimento demonstra a preocupação com a fixação prévia de um caminho lógico para a edição de atos administrativos e, por consequência, a necessidade de controle desses elementos que antecedem a decisão. SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo administrativo em evolução. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 44-53, jan. 2014, p. 45.

22 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do Processo Administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul./set. 1997, p. 199-201.

23 É nessa perspectiva que o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, estabelece que as normas básicas do processo administrativo regulado pela lei visam, “em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

24 ANDRADE, Cássio Cavalcante. O processo administrativo e sua contribuição para o fortalecimento da confiança na Administração Pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 162, p. 13-28, ago. 2014, p. 21.

quais se compõem e se decompõem, haja vista que o processo é meio e, como tal, presta-se aos fins, e não o inverso²⁵. Com processo administrativo disciplinar não é diferente.

Dessa maneira, o princípio do juiz natural constitui garantia fundamental do agente público e deve ser interpretado além da mera função jurisdicional. O termo *juiz*, então, denota aquele que possui a capacidade de exercer influência na tomada de decisão administrativa que possa interferir na esfera de direitos de qualquer agente público.

Logo, necessária se faz a busca do sentido normativo dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF/88. Conforme as lições de Romeu Felipe Bacellar Filho, o termo *juízo* comporta o sentido de julgamento que ocorre no processo administrativo disciplinar, onde há um juízo administrativo. Por sua vez, a expressão *tribunal* não é sinônima de tribunal judiciário, a exemplo da previsão do Tribunal de Contas (CF/88, art. 71), não integrado ao Poder Judiciário. Já a expressão *processado* engloba o processo administrativo disciplinar, porquanto há previsão constitucional expressa do *processo administrativo* no art. 5º, LV. Por fim, o termo *autoridade competente* deixa claro o sentido amplo dos enunciados que informam o princípio²⁶.

Portanto, resta evidente que a garantia constitucional do juiz natural ultrapassa a esfera do processo judicial e irradia seu âmbito de aplicação aos processos administrativos, ainda que não haja efetivo exercício da jurisdição. Afinal, através de tal garantia é assegurado tanto os deveres públicos quanto o direito do particular com o qual a Administração Pública relaciona-se.

4. Consequências da aplicação do Princípio do Juiz Natural aos processos administrativos disciplinares

Como demonstrado, a aplicação do princípio do juiz natural aos processos administrativos disciplinares é uma garantia constitucional do servidor face ao poder estatal. Nesse sentido, é fundamental estabelecer em que medida deve se dar a atuação da Administração Pública durante a persecução administrativa, sob pena de nulidade do feito.

Baseando-se da sistemática proposta por Romeu Felipe Bacellar Filho, que aponta os cinco planos de abrangência do princípio do juiz natural aos processos administrativos disciplinares (abrangência funcional, fonte, temporal, imparcialidade e ordem taxativa de competência), o presente trabalho propõe a existência de três requisitos para a devida observância da naturalidade do juízo: os requisitos legal, temporal e subjetivo.

Inicialmente, o requisito legal engloba os planos de abrangência funcional, da fonte e da ordem taxativa de competência.

Isto posto, é fundamental que o processo seja instaurado, conduzido, instruído e decidido por agentes competentes. Dessa forma, o princípio do juiz natural propaga-se sobre todos os agentes que atuam no decorrer do processo, estendendo-se à autoridade que desempenha a acusação; àqueles que possuem competência para conduzir o processo; à autoridade com competência decisória e à autoridade que possui a competência de aplicar a sanção, se for o caso²⁷ (abrangência funcional).

Por via de consequência, todos os agentes que atuam no processo devem possuir sua

25 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do Processo Administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul./set. 1997, p. 190-191.

26 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402-403.

27 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407-408.

competência fixada em lei²⁸ (fonte). Por decorrência lógica, também é através de lei que as alterações de competência derivadas do reconhecimento de suspeição ou impedimento devem estar lastreadas (ordem taxativa de competência).

Todavia, considerando que é inviável – quiçá impraticável – a fixação de competência administrativa por lei em sentido estrito, tendo em vista a multiplicidade de órgãos e entidades nos diversos entes estatais e as suas constantes modificações (criação, extinção e modificação), é possível, com base no poder regulamentar, a regulação de tal matéria. Por óbvio, o exercício deste poder deve ocorrer de forma limitada e em consonância com os ditames constitucionais e infraconstitucionais.

O requisito temporal, por sua vez, provoca a necessidade de que todos os participantes do processo estejam abstratamente previstos antes da ocorrência do fato submetido à julgamento²⁹. Por conseguinte, é vedada a designação de julgadores *ex post facto*. Dessa forma, o ato administrativo que cria juízo posterior ao fato, o qual é designado privativamente para deliberar sobre determinado caso concreto, abre a possibilidade de indicações ao talante da autoridade responsável por tal ato, que será capaz de nomeá-los de tal forma que possa predeterminar o resultado do processo administrativo disciplinar³⁰.

O respeito à pré-constituição assegura a independência e desvinculação com as partes, pois o julgador não terá sido escolhido a partir da situação a ser analisada, mas previamente. Conforme já citado, a designação de agentes públicos após a ocorrência do fato abre espaço para a constituição de comissões utilizando-se de subjetivismos quer para proteger, quer para prejudicar o investigado, porquanto a autoridade que detém atribuição para estas designações possui prévio conhecimento quanto ao fato e o seu suposto autor.

Nesse sentido, ganha destaque o ato administrativo que constitui a comissão processante, em regra composta por três membros. Ainda que esta comissão não possua competência para realizar o julgamento, será encarregada de realizar a instrução probatória, na qual se baseia o julgamento.

Diante da impossibilidade de julgamento manifestamente contrário às provas, a atividade probante da comissão apresenta especial relevância, tendo em vista a possibilidade de, por exemplo, denegar pedidos considerados impertinentes ou protelatórios, realizar a inquirição de testemunhas e o interrogatório do acusado e, inclusive, realizar o indiciamento e formar juízo acerca da responsabilidade administrativa ou inocência do acusado³¹.

Finalmente, o requisito subjetivo refere-se ao plano da imparcialidade, que deve ser assegurada ao acusado em todas as fases do processo administrativo disciplinar³². Apresentando-se como garantia de justiça e imparcialidade³³, os membros da comissão processante devem ser

28 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 416.

29 Em obediência ao princípio do juiz natural, o Estatuto dos Servidores do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261/1968, art. 278 e seguintes) estabelece a criação de Comissões Processantes Permanentes.

30 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 418.

31 Em atenção à força do acervo probatório constante nos autos de processos administrativos, já se manifestou o STJ: “É possível *anular* judicialmente o ato demissional que ocorre em *desatenção* ao *acervo probatório* dos autos e com *desatenção à proporcionalidade na sanção*, sem prejudicar eventual aplicação de diversa penalidade administrativa”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS nº 15.810/DF, 1ª Seção. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 29/02/2012. *DJe* de 30/03/2012.

32 Nessa perspectiva, o art. 150 da Lei nº 8.112/90 determina que a comissão processante deverá exercer suas atividades com imparcialidade.

33 “Do administrador-julgador há, pois, de se exigir, como condição da *capacidade subjetiva* a inexistência de condições que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação (do

servidores públicos estáveis e sem quaisquer interesses em determinado julgamento, pois não seria adequado que tais servidores pudessem ter seu vínculo livremente desfeito pela Administração Pública. Em caso contrário, o exercício da competência disciplinar estaria fragilizado em virtude da ausência de segurança contra pressões de superiores hierárquicos³⁴.

A garantia da imparcialidade no processo garante um tratamento isonômico aplicável tanto ao servidor público acusado como ao membro da comissão. Com efeito, os institutos do impedimento e da suspeição são plenamente aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar, notadamente em relação à comissão processante e à autoridade julgadora.

Ressalte-se que o art. 15 do CPC/2015 inovou o ordenamento jurídico pátrio³⁵, determinando que diante da ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do código serão aplicadas supletiva e subsidiariamente³⁶. Consequentemente, demonstra-se possível a aplicação supletiva das normas relativas ao impedimento e à suspeição previstas no CPC/2015 aos processos administrativos disciplinares.³⁷

Não obstante a previsão constante nos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a aplicação supletiva das normas concernentes ao impedimento e à suspeição do diploma processual civil justifica-se na medida em que, apesar da lei processual administrativa disciplinar este instituto processual, tal regulamentação não é completa. Logo, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, de modo a aperfeiçoar e proporcionar maior efetividade e garantia ao processo administrativo.

5. Efeitos do descumprimento dos postulados do Princípio do Juiz Natural no processo administrativo disciplinar

Atualmente, ainda existem controvérsias acerca dos vícios dos atos administrativos, principalmente sobre a possibilidade de aplicar-se aos mesmos a teoria das nulidades do Direito Civil. Nessa perspectiva, verifica-se que o ato administrativo é modalidade de ato jurídico, de maneira que muitos dos princípios civilísticos podem ser a eles aplicados, desde que consideradas as suas

agente público) em face dos direitos e interesses contrapostos (ainda quando entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria administração). Incumbe sublinhar: a) sequer é necessário que tais condições afetem, efetivamente, o conteúdo da decisão; basta que sejam em tese suscetíveis de fazê-lo; b) tão indeclinável é o dever de imparcialidade que a simples suposição, em tese, de que, mesmo indiretamente, possa ser ela comprometida há de conduzir o administrador-juiz a afastar-se dessa situação". FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106-107.

34 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.

35 Interessante destacar que em abril de 2016 o governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.492/DF) contra dispositivos do CPC/2015, dentre os quais é questionado o art. 15. De acordo com a ação, a utilização do termo "processo administrativo" dá ensejo à interpretação de que a aplicação subsidiária e supletiva do CPC/2015 também seria destinada aos processos administrativos estaduais, municipais e distritais, o que implicaria na violação da autonomia federativa.

36 Em síntese, a aplicação subsidiária teria cabimento diante de uma lacuna ou omissão absoluta do sistema que regula determinada matéria. De outra forma, a aplicação supletiva objetiva complementar uma regra principal (regra mais especial incompleta). Ou seja, existe uma regra no ordenamento jurídico que regula a matéria, mas sua disciplina não é completa, o que atrai a aplicação supletiva de outras normas. MEIRELLES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC**: Doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 577-601. v. 1, p. 588.

37 O STF já utilizou interpretação analógica para aplicar as regras relativas ao impedimento e à suspeição do antigo CPC em processo administrativo de escolha de magistrados pelo quinto constitucional: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS nº 21.814/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 14/04/1994. DJU 10/06/1994.

peculiaridades. Assim sendo, de um lado tem-se a relação aos elementos integrantes do ato administrativo, que estão presentes em maior número e possuem natureza diversa dos atos de direito privado; de outro lado, as consequências da inobservância da lei também são diferentes no ato administrativo.³⁸

Por conseguinte, também surgem grandes divergências doutrinárias a respeito das formas de classificar os atos administrativos ilegais e os efeitos de seu reconhecimento³⁹. Adotar-se-á a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual “o critério importantíssimo para distinguir os tipos de invalidade reside na possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato”⁴⁰. Em outras palavras, apenas os atos anuláveis podem ser convalidados; atos insuscetíveis de convalidação padecem de nulidade absoluta e devem, pois, ser anulados.

Dessa forma, diante da violação de quaisquer dos requisitos citados, surge a necessidade de se realizar uma análise relativa à existência de nulidades no transcurso do processo administrativo disciplinar.

No que diz respeito ao requisito legal, a sua violação pode ocorrer de duas formas: o exercício de função administrativa no processo administrativo disciplinar por agente sem competência prevista em lei ou modificação da competência decorrente do reconhecimento de impedimento ou suspeição por critérios não estabelecidos em lei.

Destarte, o vício de competência⁴¹ referente aos atos praticados por participantes do processo administrativo disciplinar implica, em regra, a anulabilidade do processo administrativo que serviu de base para a aplicação da sanção disciplinar. Cumpre destacar, ainda, que este efeito deve ser aplicado em relação à inobservância de qualquer agente que, atuando no processo, possa, de qualquer forma, interferir em seu resultado, não se limitando àqueles que possuem a competência de decidir.

No que diz respeito à segunda forma de violação, a designação de substitutos a partir da situação concreta é uma afronta direta ao princípio do juiz natural, pois abre espaço para a escolha de membros ao livre arbítrio do administrador, em nítida contraposição aos princípios reitores da atividade administrativa. Ou seja, caso tal substituição não ocorra mediante critérios objetivos e abstratamente previstos em lei, a anulabilidade do procedimento também estará presente.

Assim, os vícios de competência em questão caracterizam violação ao requisito legal, de maneira que os atos praticados serão anuláveis e, portanto, convalidáveis, caso possam ser novamente praticados sem a ocorrência destes vícios. Em contraposição, apenas em casos nos quais não seja possível superar a incompetência do agente é que a anulação deve ser reconhecida.

De outro modo, a violação do requisito temporal, consistente na designação de agentes

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 250.

39 A anulação dos atos administrativos pode ser feita pela própria Administração Pública com fundamento no poder de autotutela, em conformidade com o entendimento firmado pelo STF através das Súmulas nº 346 e 473. Nada obstante, a anulação também pode ser realizada pelo Poder Judiciário, desde que haja provocação dos interessados.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 483.

41 Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra que a manifestação de vontade da Administração Pública apenas terá valor se houver sido aquela prevista em tese pela legislação, pois apenas a Constituição e a lei podem criar e atribuir competências para a devida ação administrativa. Dessa forma, a prática de um ato administrativo sem a observância da regra de competência pode inquiná-lo nos vícios de usurpação, abuso ou invasão de competência. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 286.

públicos *ex post facto* ou *ad hoc*, macula de pleno direito o processo administrativo e determina, pois, sua nulidade absoluta.

A experiência administrativa brasileira demonstra que, em regra, a definição da competência para o processo não é prévia. Todavia, o estabelecimento de competência a partir do conhecimento do fato a ser analisado e decidido abre espaço para a formação de comissão processante conforme a livre vontade da autoridade administrativa.

Tal característica imprime ao processo administrativo disciplinar elevada carga de insegurança jurídica, porquanto possibilita a livre designação de comissão responsável pela instrução probatória. Esta liberdade – exagerada e incompatível com o exercício do poder discricionário, diga-se – permite o direcionamento na constituição de comissões para proteger ou prejudicar o administrado, constituindo-se verdadeiro tribunal de exceção. Ou seja, muitas vezes realiza-se o direcionamento para predeterminar o resultado do processo, em dissonância com o interesse público e os direitos e garantias fundamentais⁴².

Neste caso, demonstra-se evidente a impossibilidade de que o mesmo conteúdo seja novamente produzido sem que a invalidade anterior não ocorra. É justamente pela impossibilidade material de convalidação do ato que o vício ao requisito temporal determina a existência de um ato administrativo nulo, cujo reconhecimento opera efeitos *ex tunc*.

É dever dos órgãos e das entidades constituírem comissões disciplinares permanentes, com competência abstratamente fixada e, preferencialmente, mandatos temporários. Dessa forma, qualquer aplicação de sanção a partir de instrução probatória realizada por comissão instituída por critérios casuísticos determina a nulidade de todo o processo⁴³.

Outrossim, a instituição de comissões permanentes de disciplina se coaduna o princípio da eficiência administrativa, pois: i) diminui o risco de erros procedimentais ou formais capazes de acarretar vícios processuais; ii) permite a designação de servidores qualificados para o exercício destas atividades, preferencialmente os que possuam conhecimento sobre a matéria; e iii) viabiliza a realização de treinamentos de curta duração com vistas ao contínuo aperfeiçoamento destes servidores.

Contudo, este entendimento não é corroborado atualmente por parte dos tribunais superiores. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁴ e do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁵, a designação de comissão disciplinar posteriormente ao fato, por si só, não configura violação ao princípio do juiz natural, exceto quando esteja evidente o prejuízo à defesa. Excep-

42 Com clareza, Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que, nestes casos: “o risco de prejulgamento é evidente, capaz de tornar ilusórios os efeitos da participação do servidor acusado. O juiz accidental, ao contrário do permanente, gera a presunção de parcialidade”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 418.

43 Nessa lógica, é fundamental realizar interpretação conforme a Constituição do art. 149 da Lei nº 8.112/90. Ainda que em uma análise perfunctória não haja disposição expressa acerca da necessidade de prévia designação da comissão processante, é fundamental que tal ato administrativo fundamente-se em conformidade com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, notadamente o devido processo legal e, neste caso, na sua principal consequência: o juiz natural.

44 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS nº 19.045/DF. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 1ª Seção. Julgado em 23/11/2016. DJe 01/12/2016.

45 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS nº 31.207/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª Turma. Julgado em 08/10/2013. DJ 05/11/2013.

cionalmente, reconhecem a nulidade da comissão pós-constituída apenas quando existir previsão expressa em lei especial que determine a formação de comissões disciplinares permanentes⁴⁶.

Como já observado, a imparcialidade é a principal garantia buscada pela naturalidade do juízo, porquanto é inadmissível a existência de pré-julgamentos por parte daqueles que possuem competência para decidir. Decorrencia lógica dos princípios da igualdade e da impessoalidade, trata-se de requisito subjetivo que garante ao servidor investigado que todas as fases do processo sejam executadas por agentes sem vinculação direta ou indireta ao caso posto à análise, sem o propósito de favorece-lo ou prejudicá-lo.

Com frequência, a ausência de imparcialidade dos agentes públicos que possuem competência para atuar em tais feitos ocorre nos casos de formação de comissão processante *ex post factum*. No entanto, a existência de comissão pré-constituída não afasta, por si só, uma possível vinculação destes agentes ao caso em análise.

Diante de situações que caracterizem a parcialidade destes agentes é assegurado ao investigado a arguição de impedimento ou suspeição⁴⁷, nos moldes do CPC/2015. Para além desta característica, é possível ao agente investigado alegar e provar a existência de qualquer das situações que determinam a parcialidade do juiz previstas no CPC/2015, mais amplas quando comparadas à previsão dos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784/99.

Conforme asseverado anteriormente, o diploma processual garante a aplicação supletiva de seus institutos ao processo administrativo, no que couber⁴⁸, de maneira que a sistemática dos fatos que fazem surgir o impedimento ou a suspeição no CPC/2015 é mais ampla e garante maior proteção ao administrado. Portanto, uma interpretação que garante maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais determina a aplicação supletiva deste diploma aos processos administrativos.

Nesse contexto, a demonstração da existência de fato caracterizador do impedimento ou da suspeição implica em alteração de competência, a qual deve estar prevista em lei anterior ao fato apurado (plano da ordem taxativa de competência). Não obstante, a normativa desta matéria pode se dar mediante o exercício do poder regulamentar, de acordo com as observações anteriores. Ou seja, a alteração de competência no decorrer do processo ocorrerá nos moldes da previsão abstrata constante em lei (substituto legal), vedadas designações discricionárias.

Por serem hipóteses objetivamente constatáveis, a prova do desrespeito à imparcialidade por motivo de impedimento acarreta a nulidade de todo o processo administrativo, caso o agente contra o qual o acusado se insurge não seja devidamente substituído. Ademais, haja vista que obstaculizam completamente o exercício daqueles que atuam no processo, sua arguição pode ocorrer a qualquer tempo ou instância administrativa. Finalmente, por gerar uma presunção absoluta de

46 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no MS nº 14.059/DF. Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). 3ª Seção. Julgado em 10/06/2009. DJe 23/06/2009.

47 A arguição de impedimento ou suspeição deve ser obrigatoriamente examinada pela autoridade competente, sob pena de nulidade do feito. Tanto é assim que o STJ já afirmou que “a ausência de apreciação, de maneira injustificada, da questão preliminar levantada pelo servidor quanto à suspeição e impedimento do presidente da comissão de inquérito, caracteriza-se como cerceamento ao direito de defesa do acusado, ensejando a anulação do processo”, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS nº 7.181/DF. Rel. Min. Félix Fischer. 3ª Seção. Julgado em 14/03/2001. DJ 09/04/2001.

48 Embora tal expressão (no que couber) não esteja expressamente prevista no CPC/2015, é prudente que a interpretação do dispositivo se dê com cautela, considerando-se sempre as peculiaridades do processo administrativo e as especificidades do regime jurídico-administrativo.

incapacidade, a autoridade é impedida de atuar no processo e deve, obrigatoriamente, comunicar tal fato à autoridade competente, sob pena de incorrer em falta grave, de acordo com o art. 19, *caput*, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99.

Todavia, embora constitua-se de pressuposto processual de validade, a suspeição do agente público, de modo similar à sistemática processual civil, deve ser devidamente comprovada na primeira oportunidade de manifestar-se após o conhecimento do fato, sob pena de preclusão. Assim, por se tratar de nulidade relativa, o vício será sanado se não aguido no momento oportuno.

6. Conclusões

O regime democrático, fundamento do Estado Democrático de Direito, impõe ao Estado a observância de um rito previamente estabelecido quando houver possibilidade de interferência na esfera de direitos dos indivíduos, com o objetivo de instituir uma relação simétrica entre as partes. Com a existência do movimento de constitucionalização do Direito, ocorrido a partir do século XIX, destaca-se a existência de um núcleo constitucional de processualidade, que determina a releitura de inúmeros institutos jurídicos à luz da CF/88, dentre os quais se encontra a processualística administrativa.

Nesse sentido, o processo administrativo disciplinar é o meio que garante legitimidade à possível responsabilização do agente público cometedor de transgressão disciplinar. Não por outro motivo, deve ser assegurada – também no âmbito administrativo – a garantia do devido processo legal e todos os seus consectários, sob pena de investidas arbitrárias no exercício da atividade estatal.

Portanto, percebe-se que, no atual estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo, não se pode deixar de reconhecer e, conseqüentemente, tutelar as garantias constitucionais do processo administrativo, dentre as quais destaca-se a naturalidade do juízo. Conquanto não haja previsão legal de tal garantia, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da normativa constitucional com o objetivo de assegurar a impessoalidade e a isonomia na relação Estado-servidor.

Conforme apresentado, para o devido respeito aos postulados do juiz natural é fundamental garantir a estrita observância aos requisitos formais, temporais e subjetivos. Por conseguinte, a violação de quaisquer destes pilares pela Administração Pública resulta na existência de vícios processuais que podem ocasionar, a depender do caso, a nulidade do feito.

Por fim, o advento do CPC/15 permite a aplicação supletiva de suas disposições ao processo administrativo disciplinar, de forma a complementar a regulamentação deficiente dos diplomas que sistematizam a matéria. Com isso, abre-se a possibilidade de arguição de impedimento e suspeição dos participantes do processo administrativo disciplinar utilizando-se as hipóteses previstas no CPC/15, que garantem maior efetividade e proteção aos direitos do servidor investigado.

Referências

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O processo administrativo e sua contribuição para o fortalecimento da confiança na Administração Pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 162, p. 13-28, ago. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: Ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 165, jul./set. 1986.

_____; DALLARI, Adilson. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo do trabalho. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC: Doutrina selecionada**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 577-601. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do Processo Administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo administrativo em evolução. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 44-53, jan. 2014.

A ATUAÇÃO DOS GRUPOS DE INTERESSE NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ANA MARIA MAXIMILIANO¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Papel do Estado ante as relações privadas; 3. O fenômeno da privatização do público; 4. Os Movimentos sociais como elemento de promoção para a formulação das políticas públicas; 5. As políticas públicas e a influência do privado e do político; 6. Conclusão.

1. Introdução

A passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional trouxe transformações na dicotomia público/privado, não se podendo afirmar que essa alteração tenha sido unicamente em razão da existência de uma Constituição. Mas, é claro que o Estado de Direito, então promotor da liberdade, deu lugar ao Estado Constitucional, que visa a igualdade, em razão especialmente do elenco de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República de 1988. A efetivação desses direitos requer tanto atuação do Estado na esfera privada, por meio da regulação da econômica, por exemplo, quanto abre espaço para a atuação da sociedade de forma organizada em movimentos sociais, visando a formulação de políticas públicas, nas searas do trabalho, saúde, moradia entre outros.

Nesse ponto, observa-se que o Estado Constitucional propiciou o entrelaçamento entre as esferas pública e privada, até então com espaços delimitados e compartimentalizados. A conjugação dessas esferas repercute nas fases das políticas públicas por grupos de interesse.² Com isso não se quer afirmar que nunca houve o “jogo de interesses”, mas com o avanço do estudo das políticas públicas somada à exigência de implementação de direitos fundamentais sociais, a estrutura e percepção das influências tornaram-se mais visíveis e passíveis de demonstração.

Em razão das considerações acima, cujo conjunto reside nas transformações do papel do Estado frente às relações privadas, bem como dos indivíduos na passagem do Estado de Direito para o Constitucional, e da adoção do modelo da democracia participativa, pretende a pesquisa responder à seguinte questão: é possível a apuração da atuação de grupos de interesse no embate político? Em qual fase da construção das políticas públicas?

1 Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito Administrativo, Direito e Processo do Trabalho e Direito Constitucional e Procuradora do Município de Curitiba.

2 Quanto à conceituação e delimitação de atuação dos grupos de interesse: Cf. BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: Ed. UNB, 1998. p. 563-565; Cf. SANTANO, Ana Claudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda; BLANCHET, Luiz Alberto. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016. p. 50-54.

A importância desse questionamento está na possibilidade de impedir a atuação de grupos com natureza corporativa e que visam o benefício dos seus integrantes.

Para tanto, a pesquisa analisa a gama de fatores que formam o contexto para, então, responder a pergunta base, considerando-se que o objeto central do estudo refere-se à esfera administrativa e constitucional.

São utilizados os métodos dedutivo e indutivo, aliados à técnica de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se à doutrina e publicações em periódicos.

2. Papel do Estado ante as relações privadas

O Estado sempre vem acompanhado de adjetivos, revelando a sua resignificação a cada momento histórico. A interpenetração entre Estado e sociedade demonstra a mobilidade e oscilação entre o espaço público e o privado, conforme o tempo e contexto em que estão inseridos. O espaço privado refere-se às experiências humanas, no âmbito restrito, fora do alcance geral, já o público refere-se aos interesses gerais da coletividade, diz respeito ao cidadão na qualidade de partícipe da comunidade política. É essa delimitação cultural que originou a divisão entre Direito Público e Direito Privado.³

Independentemente da origem da distinção, a dicotomia clássica espelha uma diferenciação que já ocorreu entre o que pertence ao grupo, à coletividade, e o que pertence aos membros individualmente considerados ou grupos menores como a família.⁴ A ideia é nitidamente de pertencimento.⁵

Nesse sentido, Hanna Arendt⁶, com base nas sociedades clássicas, em especial a grega, destaca a importância do espaço público que, em conjunto como âmbito particular, compõem os espaços em que se exerce a condição humana.⁷

Poder-se-ia entender que o público e o privado ocupam espaços estanques, sem correlação um com o outro. Porém, comumente ao definir um deles, o outro é revestido uma designação negativa, a negação do outro – “a ‘paz’ como ‘não-guerra’”.⁸

A passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, que trouxe transformações na dicotomia público/privado, não se pode afirmar que tenha sido unicamente em razão da existência de uma Constituição, até mesmo em razão de no Estado de Direito também haver uma. A diferença entre os modelos de Estado decorre de uma série de elementos, podendo-se asseverar que “se é correto, como afirma Diogo Freitas do Amaral, que a existência de uma Constituição já não é, ne-

3 BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006. p.37.

4 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p.14-15.

5 De qualquer forma, em razão dessa natureza interdependente das esferas pública e privada, o desaparecimento de uma levaria ao da outra. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.73-74.

6 Ibid., p. 33-34.

7 A autora expõe que a vida em sociedade era considerada como característica também da vida animal e diametralmente oposta à organização política. Com o surgimento da cidade-estado, o homem ganha uma segunda vida – *bios político* e o homem tem duas ordens de existência: o próprio e o comum. O *bios político* engloba a ação e o discurso, surgindo a partir daí a esfera dos negócios humanos, que exclui tudo o que seja apenas necessário ou útil.

8 BOBBIO, 1998, p.14.

cessariamente, sinônimo de limitação do poder, podendo até constituir-se em forma de legitimação do arbítrio estatal [...]”⁹, uma Constituição rígida traz uma dimensão diferenciada ao ordenamento jurídico.

O Estado Democrático de Direito expressa que este modelo tem um conteúdo transformador da realidade, agindo simbolicamente como fomentador da participação pública na construção do projeto de sociedade, em que a questão da democracia, ao fim e ao cabo, implica a solução do problema das condições materiais de existência, ao contrário do Estado Social de Direito que se restringe a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.¹⁰

O Estado Constitucional é uma versão aperfeiçoada do Estado de Direito, ao considerar-se que neste a Constituição era classificada como semântica, de teor exclusivamente político, sem imperatividade.¹¹ Essa alteração traz reflexos para o corpo social, em especial no que se refere à dicotomia público-privado, polarização esta havida desde as sociedades clássicas, como a romana.¹²

A mudança do papel do Estado ante a sociedade na passagem para o de Direito limita o seu poder perante os particulares e afirma-se que, a partir de meados do século XIX a missão do Estado é a de buscar a igualdade entre os indivíduos, intervindo na ordem econômica e social para atingir tal objetivo; transfere-se o objetivo da liberdade, próprio do Estado de Direito, para a igualdade, identificado com o Estado Constitucional.¹³

Nesse trilhar, a Constituição de 1988 trouxe um elenco de direitos fundamentais sociais, impondo uma releitura a respeito da concepção que se tinha desses direitos, bem como uma modificação sobre a compreensão do papel do Estado nessa matéria. De direitos de defesa os direitos fundamentais passam a ser vistos como direitos de participação democrática e também direitos à prestações por parte do Estado, o que requer uma certa organização estatal, apoio social, atitudes cívicas e compromisso democrático sério.¹⁴

A adjetivação “social” não tem a conotação de socialização ou coletivização, contrapondo-se ao individual ou privado, mas liga-se ao ideário político “relativo à evolução constitucional clássica de Estado de Direito liberal para Estado de Direito Social”¹⁵, vinculando o Estado à questão social. Daqui decorre a concepção evolucionista ou geracional dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais no atual modelo de Estado Constitucional, caracterizam-se como categoria jurídica autônoma, com regime jurídico especial, com estrutura jurídica bidimensional, pois tem: (i) posição subjetiva, o que possibilita o indivíduo exigir condutas positivas ou negativa; e

9 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Org.). **Direito do estado: novos rumos**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.89.

10 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.97-98.

11 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1975. p.218.

12 A submissão do soberano à legalidade referia-se à limitação de intervenção do poder público sobre o privado, com a delimitação clara entre o público e o privado.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v.49, n.2, p.127, abr./jun. 1998.

14 CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, n.3, p.43-44, 2010.

15 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.20.

(ii) deveres objetivos ante o Poder Público, impondo a este disponibilizar condições de exercício e proteção dos direitos, independentemente de provocação do titular.¹⁶

Exemplificativamente, caracterizado o trabalho como direito fundamental social, é dever do Estado promover meios para a inclusão social do indivíduo por meio do trabalho e com a geração de renda social mínima, em especial para aqueles que não estejam em regime de trabalho assalariado. Essa atribuição promocional do Estado poderá ser reclamada pelo cidadão mediante movimentos sociais visando a elaboração Políticas Públicas, conforme em breve será tratado.

A partir do Estado Constitucional, com a necessidade de efetivação de inúmeros direitos fundamentais sociais, o que requer a atuação do Estado e envolvimento do indivíduo no sentido de reclamá-los, a divisão entre o público e o privado se esmaece, havendo a ocorrência da privatização do público e a publicização do privado. Isso induz à aplicação de alguns institutos do direito público ao direito privado e deste para o direito público.¹⁷ Para Juarez Freitas, não se trata de publicização ou privatização, mas da constitucionalização de ambos, considerando-se que o sistema jurídico é único o que é reforçado pela constitucionalização do Direito.¹⁸

3. O fenômeno da privatização do público

Como exemplificação do Estado Constitucional com vistas à promoção da igualdade entre os indivíduos, surge a irreversível intervenção dos poderes públicos na economia, processo denominado de “publicização do privado”.¹⁹ Em contrapartida, há o processo inverso, denominado de “privatização do público”, em que as relações pertencentes ao mundo das relações privadas incidem nas relações politicamente relevantes.²⁰ Dessa forma, em contraste com a ineficiência da Administração Pública, a Constituição de 1988 trouxe modificações, notadamente na estrutura e funcionamento, visando alcançar desempenho e resultados eficientes e melhor executar suas funções, em especial na efetividade dos direitos fundamentais sociais.

A necessidade de uma administração pública eficiente é sentida nas áreas social, da saúde, da educação e previdência social, na medida em que a qualidade, mantendo-se o mesmo custo, somente pode ser alcançada por meio de uma administração gerencial, moderna e eficiente.²¹

Assim é que, a par das modificações necessárias, a Constituição de 1988 provocou alteração estrutural visando adaptar a atuação da Administração Pública às finalidades do Estado de Direito, em especial na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A fim de alcançar esse objetivo, em 1990, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado, com a finalidade de modernizar e revestir de eficiência a Administração Pública. Ato contínuo, em 1995, foi aprovado o Plano Diretor da Reforma do Estado, que transformou o sistema burocrático em gerencial, objetivando reduzir os custos e tornar a Administração mais eficiente.

16 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos individuais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.14, n.14, p.624, jul./dez. 2013.

17 BREUS, 2006. p.16-17.

18 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.227-228.

19 BOBBIO, 2007, p.26.

20 Norberto Bobbio relaciona duas formas: de influência de organizações sindicais e entre partidos para a influir nas coalizões de governo.No presente estudo, no entanto, o foco será na edição legislativa.

21 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34, 1998. p.45-46.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998²² – EC 19/98, houve a promoção da reforma do aparelho do Estado, passando a ser orientado pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços, bem como pelo desenvolvimento do aspecto gerencial nas organizações, tendo o cidadão como beneficiário.

Para o sucesso dessa guinada no sistema administrativo do Estado, a EC 19/98 estabeleceu três alicerces: (i) o acréscimo do princípio da eficiência no caput do art. 37 da Constituição de 1988; (ii) a inserção, no art. 37, da Constituição de 1988, do parágrafo 8.º, que previu a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta mediante contrato firmado entre os respectivos administradores e o poder público, tendo por objeto a fixação de metas de desempenho para a entidade; (iii) inclusão da nova redação do art. 241, da Constituição de 1988, que estabeleceu que os entes federados disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.²³

Dentre os parâmetros acrescidos no texto constitucional, o princípio da eficiência foi o mais significativo. Extrai-se desse princípio que a atividade administrativa deve ser orientada no sentido de atingir os melhores resultados, utilizando-se dos meios que dispõem e com o menor custo possível.²⁴ Está intimamente ligado ao princípio da boa administração, originário do Direito italiano.²⁵

Com a passagem para o modelo gerencial, o princípio da eficiência como norte é indispensável, pois vai de encontro aos vícios da máquina administrativa, sempre com o intuito de privilégio, “na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída”.²⁶

Adverte Emerson Gabardo²⁷ que a visão economicista é no sentido de que o princípio da eficiência estaria ligado à qualificação do serviço público e do servidor – que era a idéia embrionária –, devendo esta fronteira economicista ser ultrapassada, pois não se pode escapar da sua “normatividade jurídica”. A par do valor normativo da eficiência, há um potencial simbólico que deve ser considerado tendo em foco a reestruturação da atuação da Administração Pública, bem como quanto ao controle de seus atos.²⁸ Porém, o princípio da eficiência deve estar fora da adjetivação de “mera legitimação simbólica das novas políticas reformadoras, para ser, efetivamente, um instrumento jurídico a serviço do regime administrativo consagrado constitucionalmente”.²⁹

22 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19**, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

23 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; PEDROSO, Rosa Maria Alves. O papel dos poderes executivo e judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais. In: GOMES, Eduardo Bicchii; CARTA WINTER, Luís Alexandre (Coords.). **Efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais em uma sociedade em crise**. Curitiba: Instituto Memória, 2016. p.118.

24 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.652.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.111-112.

26 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.969.

27 GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p.19.

28 GABARDO, 2002, p.15-16.

29 Ibid., p.17.

Essa racionalização das atividades estatais, imbuída notadamente de eficiência, busca reduzir o tamanho do Estado por meio das privatizações e a participação de atores privados na realização de serviços públicos, como é o caso das organizações sociais e afins, que administram, por exemplo, o setor da saúde.³⁰

A globalização³¹, por sua vez, fortalece os poderes privados, em especial os grandes conglomerados multinacionais que exercem sua influência na regulamentação estatal, de forma que a atividade sempre considerada como pública passa a ser quase que uma atividade privada.³² Veja-se, neste sentido, as desonerações fiscais sob o pressuposto de geração de emprego e redução da carga previdenciária o que, ao fim e ao cabo, beneficia, de uma forma geral, exclusivamente as empresas privadas em detrimento do Estado e da sociedade.

O fenômeno da privatização do público “representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos”.³³

Demonstra-se com isso a atual dicotomia público/privado pela qual o Estado Constitucional passa, diametralmente oposta em momento pretérito em que público e privado eram compartimentalizados.

Sob outro viés, mas que demonstra ainda a ideia de “transposição” do indivíduo da vida privada para a atuação na esfera pública, buscando alcançar objetivos favoráveis à coletividade, em especial por meio dos movimentos sociais que visam a elaboração de políticas públicas, será tratado a seguir.

4. Os movimentos sociais como elemento de promoção para a formulação das políticas públicas

A formulação das políticas públicas visando dar efetividade aos direitos fundamentais sociais pode ser precedido de movimentos da sociedade civil, que são característicos dos Estados que permitem a livre manifestação dos indivíduos reunidos em defesa dos ideários comuns.

O que de fato altera de um Estado-nação para outro em determinado período são os objetivos de cada movimento social³⁴, considerando-se que além da constituição formal de cada país se tem a realidade fática que é determinante para a melhoria das condições sociais.

30 Exemplo na cidade de Curitiba é a administração e gerenciamento do Hospital de Clínicas, vinculado à Universidade Federal do Paraná, por entidade denominada do terceiro setor – não é estatal, mas passa a compreender o espaço público.

31 A ideia de globalização, de natureza neoliberal, sugere a utopia de uniformização planetária, fundada em princípios próprios, vindo em primeiro lugar a globalização econômica e as demais – política, tecnológica ou cultural – são tidas como secundárias. Cf. MARTINS, Paulo Henrique. Sistema mundo e América Latina. In: IVO, Anete Brito Leal et al. (Coord.). **Dicionário temático desenvolvimento e questão social**: 81 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume, 2013. p.460-461.

32 BREUS, 2006, p.54.

33 BOBBIO, 2007, p.27.

34 Nesse sentido, para Wolkmer “‘os novos movimentos sociais’ devem ser entendidos como sujeitos históricos transformadores (em sentido individual e coletivo), advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de ‘institucionalização’, imbuídos de princípios valorativos comuns, resistentes às estruturas oficiais de poder, objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.130.

A par da proteção dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 traz a ideia de participação política dos cidadãos³⁵, abrindo-se um espaço democrático e participativo.

A mobilização dos indivíduos por meio dos movimentos sociais somada à participação política são referenciais importantes para a reafirmação do Estado Democrático de Direito, na medida em que o Estado abre possibilidade para a atuação no sentido da representação popular mediante as eleições, e permite também a participação da sociedade civil. Por meio dos movimentos sociais tem-se vislumbres de possibilidades futuras, porém, não são a única base para as mudanças objetivando um mundo mais seguro e humano.³⁶

A democracia tem sido elemento legitimador dos movimentos sociais com a nota de pluralismo, pois exercida em meio a uma diversidade política, ideológica, de pensamento, de liberdades, assim como o respeito às diferentes formas de agir, sem esquecer a necessidade de respeitar o próximo.³⁷ Ela confere aos cidadãos a possibilidade de contribuírem de forma ativa nas decisões políticas, suprimindo a lacuna existente entre os representados e os representantes eleitos.

Ao se tratar da democracia participativa em uma sociedade pluralista e no contexto dos movimentos sociais, é essencial fazer referência à teoria da democracia agonística de Chantal Mouffe, que consiste em fazer valer as múltiplas vozes em uma sociedade pluralista, com a permissão da existência do dissenso, desde que haja um respeito ao próximo como adversário e não como um inimigo político. Fica evidente nessa teoria a valorização da diversidade com a possibilidade de viver na pluralidade, sem conflitos.³⁸

No explicar de Carmen Lucia Antunes Rocha³⁹, a liberdade proveniente da democracia, não é só um direito, mas uma emoção e sentimento político inerente ao indivíduo em relação com o outro e, ante o Estado, manifesta-se de maneira contínua e prática por múltiplas formas de se apresentar na relação de poder.

Assim é que o cidadão atua de maneira organizada por meio dos movimentos sociais inorgânicos, ou seja, aqueles não possuem moldagem jurídico-institucional – aqueles que se afirmam no centro e de forma sistêmica das movimentações políticas, por exemplo, o movimento dos “sem-terra” e os que se consolidam mediante organizações fora do Estado, mas dentro da sociedade.⁴⁰ Esses movimentos fomentam na comunidade interesses ainda não maturados mas que merecem discussão frente à sociedade e ao Estado e repercute na formulação de políticas públicas.

A diferença desses movimentos para os tradicionais é a ausência do envolvimento de classe claramente definido, estruturação ideológica, pluralidade de valores e representações, prioridade ao discurso da justiça e dignidade, com objetivos pragmáticos.⁴¹

35 “Art. 1º Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

36 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 5.reimpr. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991. p.161.

37 MONTENEGRO, Caroline Alves; COELHO, Renata Santa Cruz. Protestos populares como exercício de uma democracia participativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.8, n.30, p.547, set./dez. 2014.

38 Ibid., p.553.

39 ROCHA, 1998, p.496-497.

40 Ibid., p.502.

41 GOIRAND, Camille. Movimentos sociais na América Latina: elementos para uma abordagem comparada. **Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, v.22, n.44, p.323-354, dez. 2009. Disponível em: <http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-2186200900020002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2015.

De qualquer forma, há concordância de que os movimentos sociais têm um caráter político, não se devendo confundir com partidário, criando toda a rede política com a sociedade civil, contribuindo para o seu desenvolvimento neste aspecto; bem como que a composição dos movimentos sociais não está restrita a uma classe ou camada social, podendo-se afirmar, contudo, que haverá sempre movimentos sociais dos dominantes e dos dominados.⁴²

5. As políticas públicas e a influência do privado e do político

Segundo Eros Grau⁴³, a “ expressão política pública designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”.⁴⁴ Com o fim do capitalismo concorrencial liberal no início do século XX, o Estado já não intervém na ordem social como produtor do direito e provedor da segurança. Assim, “passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de políticas públicas – atua não apenas como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador”.⁴⁵

Para a realização pela Administração dos comandos normativos Constitucionais, em especial os referentes aos direitos fundamentais sociais, devem haver programas e ações específicos denominados de políticas públicas.

As políticas públicas, como área do conhecimento e disciplina acadêmica, surgem nos Estados Unidos da América (EUA), porém não se detendo no estudo sobre o Estado, mas tendo como foco o estudo da ação dos governos.⁴⁶ A disciplina nasce como subárea da Ciência Política, o que conduz para o estudo do mundo público nas áreas das instituições – consideradas fundamentais para limitar as tiranias e paixões dos homens; das organizações locais – com virtude cívica para promover o bom governo; e da política pública – como ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.⁴⁷

São fatores que contribuíram para maior visibilidade das Políticas Públicas: (i) políticas restritivas de gastos em vários países, desenvolvendo-se o foco em Políticas Públicas nas áreas econômica e social; e (ii) nova visão do papel do governo – as políticas Keynesianas (do estado interventor) são substituídas por políticas restritivas de gastos; e (iii) dificuldade dos países de

42 GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997. p.252-256; GOIRAND, Camille. Movimentos sociais na América Latina: elementos para uma abordagem comparada. **Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, v.22, n.44, p.323-354, dez. 2009.

43 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p.25.

44 Ainda que as políticas públicas se voltem a proporcionar direitos, antes de posuir uma natureza jurídica, detêm uma índole política inafastável, servindo de baluarte para programas de governo e de Estado.

45 GRAU, op. cit., p.26. O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação.; assim, o *government by policies* substitui o *government by law*. Fábio Konder Comparato (1985/407-408) observa que “o Estado social não se legitima simplesmente pela produção do direito, mas antes de tudo pela realização de políticas (*policies*), isto é, programas de ação”; em outro texto (1989/102), averba: “O *government by policies*, em substituição ao *government by law*, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecera por completo”.Essas políticas,contudo, não se reduzem à categoria das *políticas econômicas*; englobam de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública.

46 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v.8, n.16, jul./dez. 2006. p. 22.

47 SOUZA, 2006, p.22.

“democracia tardia” para equacionar o desenho e operacionalização das Políticas Públicas para alcançar o desenvolvimento econômico e a inclusão social.⁴⁸

O papel dos governos na definição e implementação das políticas públicas pode ser visto sob as perspectivas (i) de que as Políticas Públicas refletem somente a pressão dos grupos de interesse (versão simplificada do pluralismo); (ii) que são definidas por aqueles que estão no poder (versão simplificada do elitismo); (iii) que servem aos interesses de determinadas classes sociais (concepção estruturalista e funcionalista do Estado); e (iv) que as Políticas Públicas situam-se no espaço de “autonomia relativa do Estado”, com espaço próprio de atuação, embora permeável a influências, gerando capacidades a depender de cada momento histórico em cada país, sendo este último o entendimento predominante atualmente.⁴⁹

Theodor Lowi desenvolveu a mais conhecida tipologia sobre política pública, expressa na máxima “a política pública faz a política”, assim enumerada: (i) políticas distributivas – desconsidera a questão dos recursos limitados e privilegia grupos ou regiões em detrimento do todo; (ii) políticas regulatórias – são mais visíveis ao público, por envolver burocracia, políticos e grupos de interesse; (iii) políticas redistributivas – atinge maior número de pessoas, impondo para certos grupos e no curto prazo perdas concretas, e ganhos incertos e futuro para outros grupos, sendo em geral “as políticas sociais universais, o sistema tributário, previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento; e (iv) políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas gera grupos de apoio e rejeição, processando-se de forma diferente dentro do sistema político”.⁵⁰

O modelo de gestão gerencial implementado no Brasil por meio da Emenda Constitucional 19/98 e a política fiscal restritiva de gastos, gerou novos formatos de políticas públicas voltados para a eficiência e com caráter participativo. Nesse sentido são as políticas sociais com a inserção dos conselhos comunitários e o orçamento participativo.

Constituem-se etapas do modelo sequencial de políticas públicas: (i) reconhecimento do problema – aferição empírica das dificuldades, consistindo em um dado fático; (ii) formação da agenda – trata-se da fixação de prioridades, por exemplo, diante das dificuldades, quais deverão ser tratadas pela Administração Pública? todas? parte? em que ordem?; (iii) formulação da política – é o mais significativo, consistindo no conjunto de alternativas; (iv) escolha da alternativa estratégica – é a ponderação das alternativas de ação e eleição do programa de conduta, é a linha de ação e estão a ela vinculadas as metas, resultados e indicadores de desempenho, essenciais para a avaliação; (v) implementação da política – é a materialização da estratégia, com as correções de rumo, seja da própria estratégia, seja do atingimento do universo de beneficiários; e (vi) avaliação de resultados – aqui tem-se o tempo, pois as Políticas Públicas não são instantâneas, podendo haver a sugestão de outras ações para otimizar os resultados: os indicadores foram alcançados? em caso negativo, por quê? o impacto foi positivo? quais os outros efeitos. Em que pese essas fases possam se interpenetrar, o fato é que todas ocorrem em qualquer momento de uma política pública.⁵¹

Não existe uma única ou nem melhor definição sobre o significado das políticas públicas,

48 Ibid., p.20-21.

49 Ibid., p.26-27.

50 SOUZA, 2006, p.28.

51 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2.ed. rev.ampl.e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.39-41.

porém, é inegável que repercutem na economia e sociedades, daí a necessidade de se explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade. Nesse sentido, os pesquisadores de várias áreas contribuem para o avanço teórico e empírico das políticas públicas.⁵²

Segundo a Teoria de Kingdon, para que alguma situação reivindicada se transforme em política pública é necessário que ingresse na agenda governamental e, para tanto, deverá exercer influência por meio de três elementos: (i) a percepção favorável dos participantes do processo decisório – “clima ou humor nacional”; (ii) temperamento das forças políticas organizadas, exercidas pelos grupos de pressão; e (iii) alterações internas no governo, pessoas em cargos estratégicos, composição do governo etc.⁵³

A confluência desses elementos fará com que uma determinada questão se transforme em política pública. Assim, os empreendedores de políticas públicas – sujeitos que investem recursos de tempo, reputação, energia e dinheiro para agenciar temas que lhes tragam benefícios – atuam na pressão para o ingresso na agenda de discussão, por meio do convencimento e apresentação de propostas em momento apropriado, identificando “janelas de oportunidade”.⁵⁴

Nesse modelo de nítida influência política, a defesa das soluções precedem o próprio problema, sendo reiteradamente defendidas até que surja oportunidade para o ingresso na agenda. Essa influência é gerada por diversos atores ligados aos processos políticos de tomada de decisão⁵⁵, sendo designados de grupo de interesse, grupo de pressão, partidos políticos, lobistas, lobby.⁵⁶ De qualquer forma, esses segmentos procuram influenciar as políticas públicas de maneira e com objetivo diametralmente opostos à pressão exercida pelos movimentos sociais, considerando-se a defesa de interesses individuais de detentores de poder econômico e defesa de direitos fundamentais sociais com elevado interesse social, respectivamente.

Esse claro desequilíbrio vai de encontro com a ideia de democracia sob o aspecto político, que está fundada na igualdade institucionalizada e na competição aberta e, envolvida com interesses privados, se relaciona com a ideia do “justo”, a partir do que agrega interesses em comum para convertê-los em políticas públicas.⁵⁷

Assim é que a corrupção pode atuar por meio dos responsáveis pela formulação e implementação das políticas públicas, como por exemplo, a outorga de serviços escassos a determinado grupo e a redução de custos decorrentes de impostos.⁵⁸

52 SOUZA, 2006, passim. Anteriormente ao avanço da Teoria Constitucional a temática das políticas públicas era restrita à esfera política, sendo denominada de mérito administrativo e submetida a um juízo de conveniência e oportunidade do administrador público e, por tais motivos, praticamente inacessível à apreciação pelo Poder Judiciário. Atualmente há mecanismos de controle administrativo e judicial das políticas públicas, buscando-se paulatinamente o aperfeiçoamento desses mecanismos.

53 KINGDON, John. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Longman, 1984, p.161 apud FRANCO, Caroline da Rocha; MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. O lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. In: SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson (Orgs.). **Direito, mercantilização e justiça**. Curitiba: Ed. UFPR, 2016. p.108.

54 Ibid., p. 108.

55 KINGDON, 1984, p.179, apud FRANCO; MONTEMEZZO, 2016, p.110.

56 Para mais informações sobre a diferenciação entre esses termos: Cf. SANTANO, 2016, p. 51-53.

57 SANTANO, Ana Claudia. A responsabilidade do Estado no combate à corrupção na formulação e implementação de políticas públicas. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. Estado, direito & políticas públicas – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. **Anais do seminário de integração do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Ithala, 2014. p.303-304.

58 Ibid., p.302-304 A autora recorre à tipologia de Lowi e de Kingdon, descritas nesta pesquisa. Assevera, também,

A corrupção se localiza entre a sociedade e o Estado, a sua ocorrência distorce o interesse público e não há necessidade de que a conduta esteja tipificada legalmente. “Nesse sentido, pode-se afirmar que a corrupção administrativa (que está diretamente ligada com as políticas públicas) implica na compra e venda de decisões políticas, por benefícios ou interesses privados”.⁵⁹

Em especial em setores nos quais não há negociações ou organizações como no caso dos movimentos sociais, o impacto sobre as políticas públicas ocorre por meio de *lobbies* ou campanhas públicas.⁶⁰

Percebe-se que as políticas públicas propiciam a atuação de grupos de interesse, originando atos de corrupção na formulação, execução ou avaliação, seja para favorecer grupos ou indivíduos, havendo responsabilidade do Estado no controle e combate em face dessa ilegal atuação, na medida em que envolve a utilização de recursos públicos. Esse agir reflete, indiretamente, na própria democracia e instituições públicas e, diretamente, no princípio constitucional da moralidade. Em que pese nos últimos anos evidencie-se a adoção de mecanismos no combate à corrupção e a respectiva responsabilização dos que atuam ilegalmente, seus efeitos ainda não atingiram níveis satisfatórios.⁶¹

Segundo autores clássicos da ciência política, as políticas públicas devem ser analisadas em conjunto com o jogo de poder e as respostas às questões “quem paga o quê, porque e que diferença faz”, demonstram que no centro da formulação das políticas públicas reside a luta pelo poder e recursos, situação que tem como mediadores as instituições políticas e econômicas.⁶²

6. Conclusão

No modelo de Estado Constitucional, plural e democrático, o Estado está vinculado a objetivos que visam à progressiva promoção de fins previstos constitucionalmente, como a superação das desigualdades e mais os inscritos no art. 3.º da Constituição de 1988, voltados à busca da superação do quadro fático e institucional anterior, desigual e autoritário.

Os direitos sociais, em especial os expressos no *caput* do art. 6.º, da Constituição de 1988, requerem a atuação promocional do Estado, seja mediante programas, subsídios, fomento ou políticas públicas, sendo inegável que uma Administração Pública eficiente e focada na sociedade é indispensável para a implementação de qualquer ação voltada ao cidadão. Paralelamente, há a possibilidade de atuação direta do indivíduo, expressando a democracia participativa, o que atenua a dicotomia público/privado. O Estado atua na produção legislativa e formulação de políticas públicas; o indivíduo, em conjunto com outros com interesses convergentes, organiza-se por meio de movimentos sociais para a promoção de políticas públicas, que, ao fim e ao cabo, referem-se aos direitos fundamentais sociais.

As políticas públicas representam a modalidade de ação por excelência do Estado Constitucional e, considerando-se o aprimoramento da tipologia, pode-se interpretar como as de maior

que a noção clássica de corrupção se referia a um sentido moral, à questão de distribuição de riquezas e do poder. Atualmente, essa ideia se refere mais a ações específicas de indivíduos, como os que ocupam cargos públicos, cujo conceito, então, ficou vinculado a um processo de classificação de condutas.

59 Ibid., p.303.

60 TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p.223.

61 SANTANO, 2014, p.300.

62 Ibid., p.301.

relevância para a implementação dos direitos fundamentais sociais as regulatórias e distributivas. Contudo, sofrem a influência tanto da sociedade civil organizada quanto dos grupos de interesse, estes com ingerência no político.

Em razão do ideário do Estado Constitucional, que atenuou a dicotomia público/privado, e o aprimoramento do estudo das políticas públicas, pode-se afirmar que, a par dos movimentos sociais, há a influência de grupos de interesse, notadamente nas políticas públicas regulatórias e distributivas. Tais grupos de interesse podem atuar em qualquer das fases de elaboração das políticas públicas, mas a incidência e sucesso estão na fase de estudo e categorização de importância, quando antecedem-se e influenciam articuladamente a esfera política.

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Org.). **Direito do estado: novos rumos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; PEDROSO, Rosa Maria Alves. O papel dos poderes executivo e judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais. In: GOMES, Eduardo Biacchi; CARTA WINTER, Luís Alexandre (Coords.). **Efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais em uma sociedade em crise**. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: Ed. UNB, 1998.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 02 jan. 2017.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006.

CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, n.3, p.34-57, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v.49, n.2, p.125-130, abr./jun. 1998.

FRANCO, Caroline da Rocha; MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. O lobby e as políticas públicas: a atuação do mercado na definição da agenda governamental brasileira. In: SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson (Orgs.). **Direito, mercantilização e justiça**. Curitiba: Ed. UFPR, 2016. p.97-126.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5.ed.São Paulo: Malheiros, 2010.

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

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 5.reimpr. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991.

GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Loyola, 1997.

GOIRAND, Camille. Movimentos sociais na América Latina: elementos para uma abordagem comparada. **Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, v.22, n.44, p.323-354, dez. 2009. Disponível em: <http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-186200900020002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos individuais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.14, n.14, p.618-688, jul./dez. 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1975.

MARTINS, Paulo Henrique. Sistema mundo e América Latina. In: IVO, Anete Brito Leal et al. (Coord.). **Dicionário temático desenvolvimento e questão social: 81 problemáticas contemporâneas**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 460-467.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTENEGRO, Caroline Alves; COELHO, Renata Santa Cruz. Protestos populares como exercício de uma democracia participativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v.8, n.30, p.545-562, set./dez. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática. **Boletim de Direito Administrativo**, v.14, n.8, p.495-503, ago. 1998.

SANTANO, Ana Claudia. A responsabilidade do Estado no combate à corrupção na formulação e implementação de políticas públicas. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. Estado, direito & políticas públicas – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. **Anais do seminário de integração do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Íthala, 2014. p.299-317.

SANTANO, Ana Cláudia; NETTO, Fernando Gama de Miranda; BLANCHET, Luiz Alberto. O tabu da relação do lobby e políticas públicas no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 49-72, jul./dez.2016

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v.8, n.16, p.20-45, jul./dez. 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2.ed. rev., ampl.e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

A LEI COMPLEMENTAR 157/2016 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ESFERA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LUCAS BOSSONI SAIKALI¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); 3. Os atos de improbidade administrativa previstos na Lei no 8.429/92 e suas respectivas sanções; 4. A Lei Complementar 157/16 e as mudanças na LIA; 5. Críticas iniciais às mudanças perpetradas pela LC 157/16; 5.1 A desnecessidade da inclusão do art. 17, § 13º; 5.2 A presença do elemento subjetivo para a caracterização do ato ímprobo do art. 10-A; 5.3 A descontinuidade da lógica normativa da LIA por conta do artigo 12, inciso IV; 5.4 O perigo de decisões políticas; 6. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez ao texto constitucional a expressão “ato de improbidade administrativa”, de modo que o disposto na Constituição deixou de ser o mero “enriquecimento ilícito do gestor público”, como outrora². A título de exemplo, tanto a primeira Constituição da Ditadura Militar, em 1967³, e o Ato Institucional nº 5⁴ tratavam da matéria de improbidade através desta percepção do enriquecimento ilegal.

A previsão constitucional renovou a atuação estatal contra a corrupção na esperança de trazer maior transparência ao cenário político-administrativo brasileiro. Buscou-se combater a improbidade através de medidas legais que atingissem diretamente a pessoa do administrador ímprobo. Atingir o agente ímprobo, nesse sentido, significaria reparar o dano causado em prol da coletividade⁵.

Desde seu advento, em 1992, três eram os atos típicos de improbidade administrativa: os

1 Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná.

2 TOURINHO, Rita. **A Prescrição e a Lei da Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/asp>>. Acesso em 30 out. 2016.

3 *In verbis*: “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

4 Havia disposição legal no AI-5, em seu art. 8º, determinando que “O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único - Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição”.

5 TOURINHO, Rita. **A Prescrição e a Lei da Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/asp>>. Acesso em 30 out. 2016.

que ocasionassem enriquecimento ilícito do agente público, que causassem dano ao erário e nos quais houvesse violação dos princípios da Administração Pública. Previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), aos tipos foram acrescidos, ao longo das últimas duas décadas, novos incisos, a fim de aumentar o rol hipotético. A essência de cada ato, conquanto, permaneceu intacta.

No apagar das luzes de 2016, no entanto, foi promulgada a Lei Complementar 157/2016. Com natureza eminentemente financeiro-tributária, pois altera as disposições legais sobre o Imposto Sobre Serviço (ISS), a legislação traz à LIA um novo ato de improbidade administrativa: o art. 10-A. Não obstante, cria também um novo inciso (art. 12, inc. IV) e um novo parágrafo (art. 17, § 13º), como se verá em detalhes.

Busca-se, através deste trabalho, instigar questões acerca da lógica normativa da Lei de Improbidade Administrativa e as futuras repercussões jurídicas que trarão os novos dispositivos legais.

2. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é o principal instrumento ao combate à corrupção, desonestidade e má-fé na gestão pública, na medida em que prevê sanções políticas, administrativas e cíveis ao agente público que, no desempenho de suas atribuições funcionais, praticar atos de improbidade administrativa que ocasionem (i) enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, (ii) dano efetivo ao erário e (iii) subversão aos princípios que regem a Administração Pública. Importante ressaltar que as sanções previstas no art. 12 da LIA podem ser aplicáveis de forma cumulativa, parcial ou isolada e não prejudicam eventual ação penal, como dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

A atuação do agente público deve constituir uma violação ao princípio constitucional da probidade administrativa (ou princípio da moralidade), qual seja, o dever de agir com presteza, honestidade e decência na gestão dos recursos e negócios públicos⁶.

Nessa toada, a conduta do agente público que ferir o princípio da moralidade configurará improbidade administrativa e permitirá que o Ministério Público ingresse com uma ação por ato de improbidade, de acordo com os ditames e dispositivos presentes na LIA⁷. Nas palavras de José Afonso da Silva, a ofensa ao princípio da moralidade – e o consequente cometimento de ato ímprobo – é, em verdade, uma imoralidade administrativa qualificada, seja pelo dano à Fazenda Pública ou pela vantagem indevida⁸.

Portanto, não se pode afirmar que a improbidade administrativa é a mera ilegalidade administrativa, mas sim a ilegalidade qualificada pela desonestidade, imoralidade e deslealdade⁹. O administrador público age de maneira ímproba quando gere os bens públicos sem qualquer zelo, buscando causar prejuízo à Administração Pública.

Sobreleva ressaltar que a LIA busca punir o agente público desonesto, que agiu com má-fé

6 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

7 NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.76.

8 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 678.

9 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Op. cit.**, p. 3.

ao dilapidar o erário ou ao ofender os princípios da Administração Pública. Nesse sentido, a improbidade difere da ilegalidade em sentido estrito¹⁰, uma vez que não se busca a condenação do eventual gestor ou administrador inábil, de gestão imperfeita dos recursos públicos, pois ausente o elemento da “desonestidade”¹¹.

Inclusive, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, é possível observar a imprescindibilidade do elemento subjetivo. Veja-se:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DOSIMETRIA. SANÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. A OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, EM REGRA, INDEPENDE DA OCORRÊNCIA DE DANO OU LESÃO AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (...) 5. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 6. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 7. **Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.** (...). (REsp 1508169/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)¹² **(o grifo é nosso).**

O mesmo posicionamento é encontrado em diversos outros Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, a saber: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014.

Portanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria são cediças ao sustentarem a necessidade do elemento subjetivo do dolo e da má-fé (art. 9 e art. 11 da LIA) e ao menos culpa (art. 10 da LIA) nas ações que envolvem a discussão sobre atos de improbidade administrativa.

3. Os atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92 e suas respectivas sanções

Como já demonstrado, a Lei de Improbidade Administrativa sustentava, até as mudanças

¹⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 5.

¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-50.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1508169/PR – Paraná. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67695521&num_registro=201403239785&data=20161219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 07 fev. 2017.

perpetradas pela Lei Complementar 157/2016, a existência de três atos de improbidade administrativa: atos que importassem enriquecimento ilícito, atos que causassem dano ao erário; e atos que violassem os princípios da Administração Pública. Importante, agora, detalhar o conteúdo dos artigos 9º, 10 e 11, da LIA, respectivamente.

O art. 9º da Lei nº 8.249/92, em seu *caput*, define que constitui ato de improbidade administrativa auferir vantagem patrimonial em razão de seu cargo, função ou mandato público, por exemplo, e que cause enriquecimento indevido.

Trata-se, provavelmente, da modalidade de improbidade administrativa mais grave, na medida em que contempla um comportamento torpe do agente público, que age com desonestidade e má-fé em relação aos recursos públicos¹³.

Marino Pazzagli Filho entende que os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito exigem quatro requisitos essenciais. São estes: (i) o recebimento de vantagem indevida (que pode, ou não, causar dano ao erário); (ii) vantagem indevida decorrente de comportamento ilegal do agente público; (iii) a ciência da ilicitude (existência do elemento subjetivo do dolo); (iv) e o nexo causal entre o exercício funcional abusivo do agente público e a indevida vantagem econômico recebida em retorno¹⁴.

Nesse diapasão, conclui-se que não subsistirá ato de improbidade administrativa caso não exista o dolo do agente, ou seja, o elemento subjetivo¹⁵.

As sanções previstas para esta modalidade estão presentes no art. 12, inc. I, da LIA, e, na hipótese de condenação, preveem a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, ressarcimento do dano ao erário (caso haja a necessidade), perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Ademais, importante ressaltar que as hipóteses de enriquecimento ilícito dispostas nos incisos do art. 9º são *numerus clausus*, na medida em que as limitações do Direito Sancionador impedem interpretações extensivas¹⁶.

Em relação ao art. 10 da LIA, observa-se a modalidade de improbidade administrativa cujos atos causem prejuízo ao erário. Enquanto o art. 9º trata da vantagem obtida pelo agente público, o art. 10 atenta para o verdadeiro dano ao fundo de recursos públicos.

Primeiramente, é imprescindível lembrar que os atos que causem dano ao erário dispensam a presença do elemento subjetivo do dolo. Sendo assim, agindo culposamente, este também poderá ser sancionado de acordo com os ditames da Lei nº 8.249/92.

São requisitos para a caracterização do dano ao erário: (i) a ação ou omissão legal do agente público no exercício da função pública; (ii) atuação desonesta e de má-fé (podendo ser culposa ou dolosa); (iii) e, por óbvio, que cause dano efeito aos cofres públicos¹⁷.

Quando se fala em culpa, mister retomar o anseio da LIA em punir tão somente o agente

13 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 49.

14 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 50.

15 Idem.

16 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

17 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 69.

público desonesto e desleal. Sendo assim, o ato de improbidade administrativa não alcança o dano causado por conta de erro de boa-fé em que não se verifique indícios de atitude dolosa ou com culpa denotativa de má-fé. Em síntese, não se busca responsabilizar o gestor inábil¹⁸.

A condenação ao agente que causar lesão ao erário acarretará a perda de sua função pública, o ressarcimento integral do dano, a suspensão de seus direitos políticos de 5 a 8 anos, multa de até duas vezes o valor do dano e uma proibição. Como se percebe, por cominarem em multas menores, a reprovação da conduta tipificada no art. 10 é menor que a do ato de improbidade previsto no art. 9º da LIA.

Por fim, o art. 11 da Lei nº 8.249/92 dispõe que serão considerados atos de improbidade administrativas aqueles que ofenderem os princípios da Administração Pública. Segundo o dispositivo supracitado, qualquer ação ou omissão que venha a violar princípios como da honestidade, imparcialidade, legalidade, dentro outros.

Portanto, é cabível afirmar que o dispositivo estampado no *caput* do artigo 11 é residual, haja vista que a violação ao princípio constitucional da legalidade subsiste no conceito dos atos que ocasionam enriquecimento ilícito e nos atos que causam prejuízo ao erário. Portanto, caso se verifique as hipóteses dos artigos 9º e 10 (principal), há a absorção da regra pelo art. 11 (subsidiário)¹⁹.

Para que se configure ofensa ou lesão aos princípios da Administração Pública é necessário: (i) que haja uma ação ou omissão, por um agente público, que viole um princípio regulador; (ii) comportamento que demonstre desonestidade, má-fé e falta de probidade; (iii) caracterização do elemento subjetivo (a existência de dolo na conduta é essencial); (iv) e que não haja violação do princípio por conta do disposto nos artigos anteriores²⁰.

As sanções previstas na LIA, dispostas no art. 12, inc. III, para o caso da violação aos princípios, são as mais leves em relação às demais. Sendo assim, houve menor graduação destas pelo poder legiferante. O agente público condenado por pelos atos previstos no art. 11 da LIA perderá sua função pública, ressarcirá eventual dano ao erário (se houver), terá seus direitos políticos suspensos de 3 a 5 anos, pagará multa de até 100 vezes o valor da remuneração recebida e estará proibido de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 3 anos.

Finalmente, é importante destacar que a condenação que proibir o agente público de contratar com a Administração Pública também o proibirá de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

As disposições sobre os atos de improbidade administrativa propõem dezenas de hipóteses em que este pode ser configurado. Ter noção das sanções e das características de cada um dos atos de improbidade é essencial para que, após, possa ser feita uma melhor análise da nova modalidade: o art. 10-A.

4. A Lei Complementar 157/16 e as mudanças na LIA

A LC 157/2016 adicionou à LIA um artigo, um inciso e um parágrafo.

O mais novo artigo da Lei nº 8.429/92 inaugura a Seção II-A, qual seja, dos atos de impro-

18 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 72.

19 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 114.

20 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 118.

bidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida do benefício financeiro ou tributário.

O art. 10-A²¹, assim, propõe uma intersecção entre a nova modalidade de ato de improbidade administrativa com os atos causadores de lesão ao erário, tipificados no art. 10²².

Em suma, o artigo, de natureza tributária, proíbe que o gestor municipal cometa atos que venham a ferir o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003. Esses dispositivos propõem que a alíquota mínima do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza será de 2% e que o imposto não será objeto de concessão de isenção, incentivos ou benefícios tributários, ou qualquer outro meio que diminua o valor a ser recolhido²³.

As sanções para o administrador público que cometer o ato previsto no art. 10-A estão dispostas no art. 12, inc. IV, da mesma lei. Além da perda da função política, sofrerá a suspensão de seus direitos políticos de cinco a oito anos e multa civil de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Chama a atenção que as citadas sanções não seguem a mesma lógica-normativa dos outros incisos do art. 12, como será visto no próximo tópico.

O novo parágrafo inserido na LIA é o § 13º do art. 17. Resumidamente, possibilita que o ente tributante que figurar no polo passivo da obrigação tributária (nos termos do art. 3º, § 4º e do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003) também será considerado pessoa jurídica interessada.

Os três novos dispositivos, em um primeiro olhar, trazem importantes alterações à Lei nº 8.429/92. No entanto, ainda há que se discutir sobre a aplicação e sobre a lógica normativa da lei com as novas mudanças.

5. Críticas iniciais às mudanças perpetradas pela LC 157/16

5.1 - A desnecessidade da inclusão do art. 17, § 13º

Inicialmente, importante destacar que o art. 3º, § 4º - disposto no parágrafo adicionado - foi vetado pela LC 157/16. Ou seja, a lei complementar que adicionou o art. 17, § 13º, à LIA vetou o dispositivo tratado no próprio parágrafo introduzido. A referência que se faz, portanto, é inaplicável.

Não obstante, a referência ao art. 8º-A da LC 116/03 também não inova. Este artigo discorre acerca das competências do Município e do Distrito Federal quanto às alíquotas do Imposto Sobre Serviço (ou Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza). Sendo assim, o parágrafo adicionado simplesmente possibilita que os entes supracitados figurem no polo ativo da ação de improbidade administrativa²⁴.

21 *In verbis*: Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

22 COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92: Críticas e análises iniciais**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em 07 fev. 2017.

23 SCHRAMM, Fernanda. **Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar 157/2016 – Espécie de “Improbidade Legislativa” Restrita ao Imposto sobre Serviço (ISS)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em 10 fev. 2017.

24 COSTA, Renato Saeger Magalhães. *Idem*.

No entanto, a doutrina já entendera pela legitimidade de as pessoas jurídicas de direito público interno figurarem no polo ativo das demandas. Nesse sentido, seriam elas, ao mesmo tempo, “pacientes de atos de improbidade administrativa e legitimados, em concorrência disjuntiva, com o Ministério Público, para promover a ação”²⁵ de improbidade administrativa.

Visível, então, a desnecessidade e redundância da adição deste parágrafo na Lei nº 8.429/92.

5.2 - A presença do elemento subjetivo para a caracterização do ato ímprobo do art. 10-A

O novo ato de improbidade administrativa (disposto no art. 10-A) traz dúvidas em relação à sua posição geográfica na LIA. Veja-se que o artigo está inserido na Seção que tece disposições sobre os atos que causam lesão ao erário (art. 10). No entanto, não se vislumbram motivos para a não inclusão do art. 10-A no dispositivo já existente em lei.

Em primeiro lugar, é evidente que a ação ou omissão a fim de conceder, aplicar ou manter benefícios financeiros ou tributários contrária à lógica da lei gerará dano ao erário. Não obstante a lesão ao patrimônio público, possível afirmar que tal ato implica em afronta aos princípios da administração pública (art. 11) e em possível enriquecimento ilícito (art. 9). Possível, portanto, a complementação do artigo já existente²⁶.

Em segundo lugar, repara-se que, embora siga a lógica espacial dos atos que causam dano ao erário, o novo dispositivo da Lei nº 8.429/92 é omissivo ao tratar do elemento subjetivo que caracteriza a improbidade administrativa. Enquanto o art. 10 é cristalino ao afirmar que o dano ao erário pode ser causado por qualquer “lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”, o art. 10-A resta silente.

Como demonstrado anteriormente neste artigo, os atos de improbidade administrativa exigem um elemento subjetivo característico para que sejam configurados. A simples culpa poderá caracterizá-los ou a aferição de má-fé do administrador público é essencial?

A princípio, crê-se que a regra geral da lei será utilizada, qual seja, a da vontade de gerar o dano²⁷. No entanto, esse aspecto *sui generis* do novo dispositivo só será elucidado a partir das decisões dos tribunais pátrios.

5.3 - A descontinuidade da lógica normativa da LIA por conta do artigo 12, inciso IV

Conforme já explicado no presente trabalho, as sanções provenientes da condenação pela ofensa ao art. 10-A da LIA estão dispostas no art. 12, inc. IV. Assim como nos outros incisos, o gestor público está sujeito à perda de função pública, suspensão de direitos políticos e multa civil. Conquanto, o dispositivo não segue a mesma lógica dos demais incisos do art. 12.

Mister destacar que a nova disposição legal deixa de prever o ressarcimento integral do dano ao erário. A hipótese descrita no art. 10-A – qual seja, a concessão, aplicação ou manutenção de benefícios financeiros e tributários – causa evidente ofensa ao patrimônio público. Ainda que se

25 FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 234.

26 COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92: Críticas e análises iniciais**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-No-vo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em 07 fev. 2017.

27 COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Idem**.

defenda o caráter compensatório do ressarcimento, e não punitivo²⁸, na Lei nº 8.429/92, há que se estranhar a omissão do poder legiferante.

A ausência da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritária, comum aos outros incisos do art. 12, também chama a atenção.

Sendo aplicável também às pessoas (naturais ou jurídicas) que de alguma forma facilitem a prática ou se beneficiem por conta dos atos de improbidade administrativa, a omissão do inciso IV gera ônus punitivo somente ao gestor público que desrespeitar os preceitos do art. 8º-A, *caput* e § 1º da LC 116/2003²⁹.

Ainda que não se saiba como a jurisprudência se adaptará às mudanças perpetradas na LIA, é certo dizer que o art. 12, inc. IV, parece incompleto.

5.4 - O perigo de decisões políticas

Os efeitos dos novos artigos da LIA podem ir além de suas consequência no âmbito jurídico, podendo também estar envolvidos na atividade política do administrador público³⁰.

O art. 10, inc. X, da referida legislação, dispõe que causa dano ao erário “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda”. É o não agir do gestor público; é ser omissos ao buscar a devida arrecadação para a máquina estatal. E agora, com o advento da LC 157/2016, será considerado ato de improbidade administrativa, por exemplo, o envio de proposta de lei à Câmara Municipal que viole o art. 8º-A da LC 116/2003. A previsão legal torna-se incoerente na medida em que o processo legislativo de isenção tributária pode ter início na própria Câmara³¹.

Segundo Rodrigo Kanayama, a amplitude que alcança a tipificação do art. 10-A deve ser limitada à atuação administrativa do gestor público. Portanto, o eventual envio de projetos de lei ou a omissão em enviar referido projeto para corrigir o código tributário municipal (para se adequar à LC 166/03), no seu entendimento, não pode ser considerado ato de improbidade administrativa, sob pena de se tornar uma decisão política³².

6. Conclusão

A Lei Complementar 157/2016, promulgada no último dia de 2016, passará pelo ano sabático de adaptação legislativa. As críticas feitas no presente artigo serão elucidadas somente após as futuras decisões do Poder Judiciário e após a análise criteriosa da doutrina pátria.

O ramo do Direito Administrativo não se restringe apenas aos aspectos burocráticos e pro-

28 COSTA, Renato Saeger Magalhães. **A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Administrativo. Brasil, v. 1, n. 2. p. 490-505, 2014. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/77906/83932>>. Acesso em 20 fev. 2017.

29 COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92: Críticas e análises iniciais**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em 07 fev. 2017.

30 KANAYAMA, Rodrigo. **Lei de improbidade administrativa e as alterações da Lei Complementar 157/2016: uma pequena análise**. Disponível em: <<http://esdp.net.br/lei-de-improbidade-administrativa-e-as-alteracoes-da-lei-complementar-1572016-uma-pequena-analise/>>. Acesso em 17 fev. 2017.

31 KANAYAMA, Rodrigo. *Idem*.

32 KANAYAMA, Rodrigo. *Idem*.

cessuais. Suas feições substantivas interferem em todo o agir estatal, buscando o bem-estar da máquina estatal, com transcendência social³³.

Por ter uma escrita ampla, o art. 10-A vem instigando críticas. Há o medo de que a inovação legislativa venha a criar uma tendência de transformar meras irregularidades cometidas por agentes públicos em atos de improbidade administrativa. É importante que se mantenha, nesse sentido, a regra geral da LIA, qual seja, a de que o ato ímprobo deve ser maculado pela má-fé do agente³⁴.

Nesta senda, o presente artigo tem como objetiva instigar as futuras pesquisas sobre o tema, para que quaisquer críticas e questões sobre os novos dispositivos da LIA possam ser debatidos no mundo jurídico.

Em conclusão, mister que os novos dispositivos da lei tragam proporcionalidade e razoabilidade ao instituto da improbidade administrativa. Essencial que atos do Poder Judiciário não interfiram na esfera dos atos administrativos e dos agentes públicos, sob pena de que suas decisões legais se tornem decisão políticas³⁵.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1508169/PR – Paraná. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67695521&num_registro=201403239785&data=20161219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 07 fev. 2017.

COSTA, Renato Saeger Magalhães. **A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Administrativo. Brasil, v. 1, n. 2. p. 490-505, 2014. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/77906/83932>>. Acesso em 20 fev. 2017.

COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92: Críticas e análises iniciais**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em 07 fev. 2017.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100-147.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 234.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-50.

KANAYAMA, Rodrigo. **Lei de improbidade administrativa e as alterações da Lei Complementar 157/2016: uma pequena análise**. Disponível em: <<http://esdp.net.br/lei-de-improbidade-administrativa-e-as-alteracoes-da-lei-complementar-1572016-uma-pequena-analise/>>. Acesso em 17 fev. 2017.

33 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 223.

34 SCHRAMM, Fernanda. **Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar 157/2016 – Espécie de “Improbidade Legislativa” Restrita ao Imposto sobre Serviço (ISS)**. Disponível em: <<http://www.direitodos-tado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em 10 fev. 2017.

35 GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p.135.

KUFA, Amilton Augusto; KUFA, Karina. **Lei cria novo tipo de improbidade administrativa relacionado ao ISSN**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn>>. Acesso em 05 fev. 2017.

NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 223.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

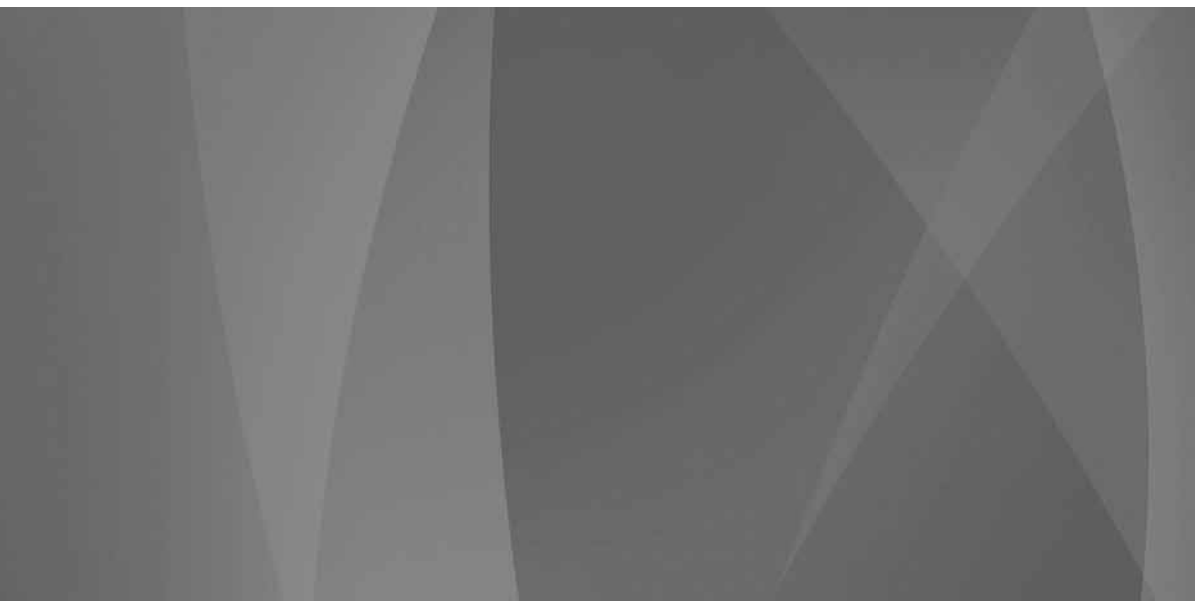
SCHRAMM, Fernanda. **Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar 157/2016 – Espécie de “Improbidade Legislativa” Restrita ao Imposto sobre Serviço (ISS)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pe-la-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em 10 fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOURINHO, Rita. **A Prescrição e a Lei da Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em 30 out. 2016.

PARTE III

RESUMOS APRESENTADOS NA SESSÃO DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS



EDUCAÇÃO POPULAR COMO ALTERNATIVA À INEFICIÊNCIA DO ESTADO NA INCLUSÃO DE TRANSEXUAIS E TRAVESTIS EM ESPAÇOS FORMAIS DE EDUCAÇÃO: A EXPERIÊNCIA DO CURSINHO POPULAR TRANSFORMAÇÃO (SÃO PAULO/SP)

POPULAR EDUCATION AS ALTERNATIVE TO THE INEFFICIENCY OF THE STATE IN THE INCLUSION OF TRANSEXUALS AND TRAVESTIS IN FORMAL EDUCATION: THE EXPERIENCE OF THE "CURSINHO POPULAR TRANSFORMAÇÃO" (SÃO PAULO/SP)

CÁTIA KIM

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Bacharela em Direito*

RESUMO

As pessoas transexuais e travestis, assim como as não-binárias, são aquelas que subvertem o padrão de gênero binário (mulher e homem) imposto pela sociedade através da identificação por meio de genitálias (critério biológico). Por essa razão, são alvo de diversas condutas discriminatórias em diferentes âmbitos, em que se destacam a família, o mercado de trabalho e a escola, nesta última consideradas a educação fundamental, de nível médio e superior. É notório que a Educação possui relevante papel na formação individual e social das pessoas, no entanto, a privação do espaço público para esta população gera altos índices de evasão prematura do ambiente escolar tradicional. O presente trabalho tem por objetivo promover a reflexão da Educação Popular porquanto alternativa à exclusão da população brasileira de transexuais e travestis em espaços de ensino formal. Busca, ainda, estabelecer conexão entre este processo excludente e a ineficiência do Estado na garantia do acesso e da permanência nestes espaços educacionais. Para tanto, adota-se como metodologia o levantamento de dados a demonstrar este processo e dos poucos mecanismos existentes que visam, em tese, assegurar a inclusão desta população, explicitando, os recentes processos políticos acerca da incorporação de questões de gênero e sexualidade nos Planos Nacional, Estaduais e Municipais de Educação e os principais argumentos levantados por grupos favoráveis e por seus opositores. Além destes, será valorado o método empírico da experiência do Cursinho Popular Transformação, formado no ano de 2015, que se propõe a ser espaço de educação inclusivo e que atenda as demandas específicas da população de travestis, transexuais e pessoas não binárias, cujas finalidades – não fins últimos - são de inserção nas Universidades e a conclusão do ensino médio, em muitos casos. Com base na experiência do Cursinho, até então, verifica-se que, em regra, quando há apoio estatal este é voltado a projetos e ações pontuais em detrimento de investimentos em políticas públicas amplas de acesso e permanência que consi-

derem as particularidades desta população. Neste passo, se infere uma contradição aparente na efetivação do direito social fundamental à Educação para travestis e transexuais, na qual se delega a função de assegurar direitos – ou mesmo de reduzir danos – e resume a participação do Estado a uma presença financeira mínima e publicitária que mais beneficia gestões de governos do que esta população vulnerável. Concluiu-se que, mesmo diante do paradigma da participação estatal, é possível ter, na Educação Popular, meio de empoderamento destes indivíduos, promovendo a inclusão social, o protagonismo, a autonomia e o encontro do efetivo exercício da cidadania. Em outras palavras, pode se dizer que constitui meio hábil de transformação social.

Palavras-chave: Educação Popular ; Travestis ; Transexuais ; Cursinho Popular Transformação ; Gênero na escola.

Key words: Popular education; Transvestites; Transsexuals; Cursinho Popular Transformação; Gender in school.

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: IDENTIFICAÇÃO DE PATOLOGIAS, PREVENÇÃO E REPARAÇÃO

*ECONOMIC AND FINANCIAL BALANCE OF CONCESSION CONTRACTS:
IDENTIFICATION OF PATHOLOGIES; PREVENTION AND REPAIR*

ESTEVAM PALAZZI SARTAL

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Graduando em Direito*

RESUMO

Diante da escassez de estudos acadêmicos que versem sobre as *consequências* da aplicação das normas que disciplinam o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, adotaremos essa abordagem na presente exposição. Nesse sentido, nosso *objeto de estudo* corresponde à identificação de *patologias* que podem ocorrer nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões, à análise de mecanismos de prevenção, e, quando isso não for possível, verificaremos, ainda, medidas para reparação desses efeitos. Com esse estudo, pretendemos proporcionar *segurança jurídica e eficiência* à execução contratual de concessões, especificamente no que diz respeito ao trâmite dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro. Até pelo fato de haver pouca bibliografia sobre a abordagem adotada, não nos limitamos à metodologia de *revisão bibliográfica*: estudamos criticamente a legislação, contratos de concessão celebrados e decisões judiciais sobre esse tema. No que diz respeito ao *mapeamento das patologias*, procuramos agrupá-las de acordo com o critério de *liquidez e certeza*, para facilitar a identificação das medidas reparadoras passíveis de serem aplicadas em cada caso. Nesse sentido, criamos dois grupos: (i) patologias inerentes à *fase de instrução dos processos administrativos*, em que o *direito não é líquido e certo*; (ii) patologias referentes à *fase de recomposição* desses processos, em que o desequilíbrio já foi identificado e quantificado, tratando-se de direito líquido e certo. No que toca à *fase de instrução dos processos administrativos*, destacam-se as seguintes patologias: (i) *Alteração unilateral de índice de reajuste* sem o concomitante reequilíbrio; (ii) *Quantificação equivocada do desequilíbrio*; (iii) *Mora na condução desses processos administrativos*. Em relação à fase de *recomposição*, elencamos as seguintes patologias: (i) *não aplicação de reajuste*; (ii) utilização de *mecanismo ineficaz de reequilíbrio*. Pudemos identificar que a maioria das *medidas preventivas* têm *natureza regulamentar ou contratual*. Os principais exemplos de *natureza regulamentar* são as seguintes: (i) estipulação de *prazos à administração pública*, no âmbito dos processos de reequilíbrio, com as respectivas consequências jurídicas à mora administrativa, como é o caso do artigo 33, § 1.º da

Lei Paulista nº 10.177/98; (ii) *revisões ordinárias*, o que permite que a administração pública passe a atuar de forma planejada e eficiente no acompanhamento dos contratos de concessão. No que diz respeito às *medidas de natureza contratual*, merece destaque a fiscalização por meio de *verificadores independentes* ou a previsão de cláusula de *Dispute Board*, que tende a contribuir com uma rica instrução técnica nos processos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões. No que toca às *medidas reparadoras*, observamos *garantias prestadas pelo parceiro-público*, *mecanismos alternativos de solução de controvérsia*, além das *medidas judiciais cabíveis*. A execução das *garantias relativas às parcerias público-privadas*, bem como a impetração de *mandado de segurança* apenas têm cabimento nos casos de *patologias líquidas e certas*. Nas demais situações, devem ser utilizados *mecanismos alternativos de solução de controvérsia*, ou a apresentação de ação judicial em que haja *possibilidade de dilação probatória* (ação ordinária). Notamos, em suma, que a ampla maioria das patologias não decorre de falhas na legislação em sentido estrito (Leis nº 8.666/93; 8.987/95; 11.079/04; 9.784/99), mas sim de vícios na estruturação dos contratos e do processo de regulação. Com o presente estudo, pretendemos apresentar elementos para que a *administração pública atue de forma planejada*, e passe a considerar as consequências práticas de suas decisões, tudo como medida de garantir uma *execução contratual mais eficiente*.

Palavras-chave: Concessão; Equilíbrio econômico-financeiro; Processo administrativo; Vícios; Segurança jurídica.

Key words: Concession contracts; Economic and financial balance; Administrative procedures; Pathologies; Stability.

PROCESSAMENTO DE EMPRESAS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*BRAZILIAN STATE-OWNED COMPANIES TRIAL IN THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

FELIPE KLEIN GUSSOLI

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

RESUMO

O Direito Internacional Público clássico não aceita a personalidade jurídica internacional para pessoas jurídicas privadas. Assim, à primeira vista é impossível o processamento pessoas jurídicas por violações a direitos humanos nos tribunais criados por força de tratados internacionais, sendo a legitimidade para atuar no âmbito dessas cortes dos Estados, ou, mais recentemente, dos indivíduos. No entanto, em vista da: (i) relevância do debate sobre responsabilização internacional de empresas, (ii) dos recentes escândalos de corrupção envolvendo estatais brasileiras, (iii) da insuficiência do dever exclusivamente estatal (e no plano do Direito nacional) de proteger os direitos humanos, e (iv) bem como em função das discussões sobre o grau de vinculação dos agentes privados aos direitos humanos consagrados na normativa internacional, indica-se neste trabalho a possibilidade de processamento de empresas estatais federais brasileiras na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com apoio na metodologia dedutiva, parte-se do disposto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da legislação definidora da estrutura estatal brasileira e da respectiva definição constitucional e legal da organização administrativa para estabelecer a hipótese de processamento de empresas estatais no Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos. Em que pese os argumentos contrários (especialmente a falta de previsão na Convenção Interamericana sobre a possibilidade de processamento de pessoas jurídicas), o pertencimento peculiar das empresas públicas e sociedades de economia mista federais à Administração Pública, e consequentemente ao Estado brasileiro, permite em princípio cogitar a responsabilização internacional direta dessas empresas por sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. As principais contribuições dessa proposta são: (a) reviver as discussões sobre sujeição passiva de pessoas jurídicas privadas em Tribunais Internacionais; (b) fornecer argumentos para expansão do conjunto de agentes controladores dos atos das empresas estatais violadores de direitos humanos para o

plano internacional; (c) fomentar estudos sobre o relacionamento entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o combate à corrupção no âmbito da Administração Pública indireta.

Palavras-chave: Direitos humanos; Tribunal internacional; Empresa estatal; Responsabilização internacional; Corrupção.

Key words: Human rights; International Court; State-owned company; International liability; Corruption.

AS IMPLICAÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A OCORRÊNCIA DE ATO ÍMPROBO DIANTE DA TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

*THE IMPLICATIONS OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION IN
THE LAW OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: THE OCCURRENCE OF DISHONESTY ACT ON
THE TRANSGRESSION TO THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY*

GEOVANI COUTO DA SILVERIRA

*Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil
Graduando em Direito*

MILENA CECCON

*Centro Universitário Autônomo do Brasil
Graduanda em Direito*

SÍLVIA MARA GREGÓRIO

*Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil
Graduanda em Direito*

RESUMO

A lei que regulamentar a improbidade administrativa estabeleceu entre as suas modalidades a ocorrência de ato ímprobo a partir da violação aos princípios da administração pública. Ocorre que desde a entrada em vigor da Lei Federal n.º 8.429/92, são raros os casos de ato ímprobo a partir da violação ao princípio da eficiência. Levando-se em consideração que a corrupção é algo presente na grande maioria das nações modernas, o desvirtuamento da administração pública costuma fazer parte dos debates na sociedade, e, conseqüentemente, também é pauta no Congresso Nacional, que debate com frequência a criação de instrumentos legislativos buscando resguardar o funcionamento da gestão pública a partir dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Com a Lei Federal n.º 8.429/92, o legislador estabeleceu as modalidades nas quais serão enquadrados os agentes públicos que afrontarem os ditames da gestão pública. Dentre essas hipóteses, encontra-se em vigor a que estabelece a ocorrência de ato ímprobo diante da violação aos princípios que regem a administração pública. Entre esses princípios, está o da eficiência, o qual deve ser seguido por todos os agentes públicos, todavia, por mais que esteja expressamente positivado no texto constitucional, tal princípio não costuma fazer parte da fundamentação de ações de improbidade

administrativa. Desse modo, pretende-se: (i) analisar a evolução do regime democrático brasileiro, abordando o caso da corrupção endêmica e dos dispositivos legais criados com o objetivo de punir os agentes públicos que contrariarem os interesses públicos. (ii) descrever os objetivos traçados a partir da criação da Lei Federal n.º 8.429/97, bem como as modalidades elencadas. (iii) identificar os elementos que compõem o princípio da eficiência, bem como verificar decisões nas quais tal elemento normativo foi utilizado como fundamento para caracterização de ato ímprobo. O presente estudo é organizado a partir do método indutivo e usa como técnica de pesquisa a bibliográfica, sendo fundamentado no próprio texto legal, bem como em jurisprudência e em doutrina brasileira e estrangeira. Conclui-se que o princípio da eficiência ocupa posição central dentro da administração pública brasileira, estando expressamente previsto dentro da Constituição Federal. A caracterização do ato ímprobo a partir da violação da eficiência é um grande desafio, afinal, tal princípio possui uma grande margem de discricionariedade. Apesar disso, verifica-se a existência de decisões nas quais tal princípio foi utilizado como fundamento para dar ensejo ao ato ímprobo.

Palavras-chave: Princípio da eficiência; Corrupção; Improbidade Administrativa; Ato ímprobo.

Key words: Principle of efficiency; Corruption; Administrative misconduct; Dishonesty act.

AVIDA LEGISLATIVA EM CHAPADA E OS REFLEXOS DE UM SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO NACIONAL

*THE LEGISLATIVE LIFE IN CHAPADA AND THE REFLECTIONS OF A
NATIONAL POLITICAL-LEGAL SYSTEM*

GUSTTAVO GUTH

*Universidade Federal do Paraná
Graduando em Direito*

RESUMO

O presente projeto objetiva examinar a administração pública do município de Chapada, localizado na região Sul do Brasil e, especificamente, no interior do Rio Grande do Sul, que possuía, em 2010, segundo o IBGE, 9.377 habitantes. Tendo como ponto de partida tanto o Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Chapada quanto a sua Lei Orgânica, ambos instituídos em abril de 1990, pretende-se investigar a forma como se faz política na região: se e em que medida há controle da corrupção por parte da atuação dos seus nove vereadores e outros agentes públicos, bem como quais são as vias de participação e fiscalização populares. Assim, este projeto pretende demonstrar os critérios vagos que sustentam o exercício político ético, não apenas na literalidade da legislação, mas em sua interpretação e aplicação comumente aceitas, de tal forma a se notar a valorização excessiva de conceitos abstratos e subjetivos, por exemplo, “espírito social”, “tradições e costumes”, “dignidade e decoro” e “interesse público”, como parâmetro para sanções éticas, em detrimento da realidade social do município. Quanto aos que mais carecem de assistência pública, a conclusão será a de um país inteiro: as portas dos poderes públicos estão fechadas para um círculo de parlamentares, os quais manuseiam leis que são tão flexíveis quanto necessárias para favorecer e dar voz à apenas um lado e os quais exigem silêncio em discussões de minutos contados e trajes “convenientes” para as sessões. Sendo essa conjuntura herança de uma estrutura hierárquica-normativa presente, há muitas décadas, tanto no “senso comum teórico dos juristas” quanto no imaginário popular por meio de expressões linguísticas, pensamentos absolutos e cerimônias públicas orgulhosas. De um recorte político específico, portanto, saltará aos olhos a burocrática política brasileira, que, nas formalidades das letras, assentou sua forma de dominação. Afinal, conforme revela o próprio hino do município de Chapada, “hospitaleira cidade do Sul; pedaço do nosso Brasil!”.

Palavras-chave: Direito municipal; Política; Legislação; Corrupção; Formalismo.

Key words: Municipal law; Politics; Legislation; Corruption; Formalism.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVENTIVA

PREVENTIVE CIVIL LIABILITY OF THE STATE

LUZARDO FARIA

Universidade Federal do Paraná

Mestrando em Direito

RESUMO

O dano sempre foi considerado um elemento essencial da responsabilidade civil do Estado. Por mais que tal instituto tenha evoluído – e muito – desde sua concepção inicial na França do século XIX, nunca se considerou que o Poder Público poderia ser civilmente responsabilizado se não tivesse causado dano a alguém. É verdade que nos últimos tempos tem-se internalizado uma função preventiva na responsabilidade civil, através, principalmente, do mecanismo dos punitive damages. No entanto, isso ainda é muito pouco efetivo, principalmente em relação ao Estado, que não sente a coação dessas sanções como os particulares. O sistema de responsabilização civil do Estado meramente ressarcitório, entretanto, está fadado ao insucesso. Com (i) a insuficiência financeira do Poder Público, que inclusive se tenta usar como fator de exclusão da responsabilidade do Estado por omissão, (ii) o regime de pagamento das dívidas judiciais por precatórios, que faz as vítimas receberem as indenizações apenas muitos anos depois de terem sofrido o dano e (iii) a dificuldade de se ressarcir as violações causadas aos novos direitos (extrapatrimoniais e transindividuais), emerge a necessidade de um modelo de responsabilidade civil do Estado que seja essencialmente preventivo. O desenvolvimento dessa teoria já vem ocorrendo no Direito Civil e no Direito Ambiental, que reconheceram a necessidade de evolução do instituto da responsabilidade civil tradicional para adequá-lo à nova realidade social. O Direito Administrativo, portanto, também precisa seguir essa corrente – respeitadas, claro, suas condições especiais e específicas. O instrumento proposto para viabilizar essa responsabilização civil preventiva do Estado é a tutela contra o ilícito, prevista no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Através dela, pode-se impor à Administração Pública uma obrigação de fazer ou de não fazer, de modo a inibir a prática, repetição e continuação de um ilícito ou a remover seus feitos, fazendo, em última análise, que danos sejam evitados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado; Responsabilidade civil preventiva; Prevenção de danos; tutela contra o ilícito; Tutela inibitória; Tutela de remoção do ilícito.

Key words: Civil liability of the State; Preventive civil liability; Damage prevention; Legal injunctions.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICÁVEL ÀS INFRAÇÕES EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA RELEITURA DO INTERESSE PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OTIMIZADA

THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE APPLICABLE TO INFRINGEMENTS IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS: A REREADING OF THE PUBLIC INTEREST OF THE OPTIMIZED PUBLIC ADMINISTRATION

MARCIO ROBERTO CHAVES

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná

Assessor Jurídico no TJ/PR

RESUMO

O objetivo do trabalho consiste em demonstrar a existência de um princípio da insignificância, aplicável a infrações que correspondem ao descumprimento de obrigações secundárias de contratos administrativos, bem como de condutas que projetem o pagamento de multas de valor irrelevante, quando essas situações não causarem maiores repercussões ao adimplemento substancial da tratativa, nem incidirem em riscos consideráveis para o Estado e terceiros, especialmente nas possibilidades de responsabilização administrativa, criminal, cível ou trabalhista. Notadamente, através de pesquisa em diversas normas e textos doutrinários, restou possível constatar a efetiva existência do mencionado princípio, assim como aferir sua compatibilidade com um melhor respeito ao interesse público. Com efeito, por uma perspectiva, foi possível fundamentá-lo simplesmente na legalidade, consoante o disposto no artigo 14 do Decreto-Lei n. 200/67, ao passo que, por outra ótica, reforça-se tal concepção através de composições entre os princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade - considerando diversos dispositivos no ordenamento que desobrigam os agentes públicos a prosseguirem na apreciação de situações que envolvem valores menores, bem como em razão do novel artigo 17 da Lei Federal n. 12.846/2013. Além disso, os princípios da eficiência, eficácia e economicidade também militam contra o desperdício de recursos e favorecem uma apreciação mais seletiva das condutas a serem efetivamente punidas no âmbito dos contratos administrativos. Então, o processamento de toda e qualquer infração, sem critérios, torna evidente o desperdício de recursos humanos, materiais e financeiros escassos, enquanto que, de outra banda, também consolida a correção da teoria da existência desse princípio da insignificância, a qual permite uma otimização da Administração Pública mais consentânea com o interesse público. Por fim, pensar que outros bens jurídicos podem ser sacrificados, na eventual desconsideração do

princípio da insignificância, em decorrência da apuração e punição de bagatelas – prática destituída de uma verdadeira finalidade pública, em mero apego a um formalismo exacerbado -, torna ainda mais evidente o desrespeito ao interesse público e um sentimento de repulsa na consciência jurídica geral, uma vez que o povo brasileiro suplica por um emprego mais inteligente dos recursos públicos do Estado.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Administração Pública; Contratos Administrativos; Penalties; Princípio da Insignificância.

Key words: Administrative Law; Public Administration; Administrative Contracts; Penalties; Principle of Insignificance.

FISCALIZANDO A POLÍTICA URBANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO IPTU PROGRESSIVO DE CURITIBA

*CONTROLLING THE URBAN POLITICS:
AN ANALYSIS BASED ON CURITIBA'S PROGRESSIVE IPTU*

MATHEUS MAFRA

Universidade Federal do Paraná

Graduando em Direito

Pesquisador do Pro-Polis – Núcleo de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e do Desenvolvimento

RESUMO

Partindo das dificuldades encontradas perante a Prefeitura Municipal de Curitiba em relação ao acompanhamento da aplicação do instrumento urbanístico conhecido como IPTU Progressivo, o artigo que vem ser comunicado busca refletir sobre a importância de uma efetiva fiscalização da aplicação dos instrumentos da Política Urbanos instituídos a partir do Estatuto das Cidades (Lei 10.257 de 2001) e regulamentados localmente através do Plano Diretor do Município de Curitiba (Lei 14.771 de 2015) e pela Lei Complementar nº74 de 2009 (que determina uma área específica onde o IPTU Progressivo será aplicado). Ainda que tal instrumento remeta a um interesse público e ao capítulo destinado à Política Urbana da Constituição Federal, é claro que o poder executivo curitibano apresenta uma série de obstáculos à população sobre a aplicação de tal instrumento e dentro de quais moldes. A metodologia utilizada para tal pesquisa foi a análise dos procedimentos impetrados pela Organização de Direitos Humanos Terra de Direitos, responsável pelo ajuizamento de uma Ação Civil Pública (alegando a não aplicação do instituto no município), um Mandado de Segurança (tendo como base legal a Lei de Acesso à Informação, solicitando dados referentes à aplicação do instituto em imóveis específicos da cidade) e pelo protocolo de inúmeros ofícios junto a Prefeitura Municipal de Curitiba requerendo informações sobre a aplicação de tal instrumento. Deu-se um maior destaque para a análise das respostas apresentadas pelo Poder Municipal no decorrer de tais processos. Um resultado obtido através de tal metodologia foi a clara problemática de organização do poder público, quando este restou inerte aos ofícios protocolados para além dos prazos determinados pela Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527 de 2011, regulamentada localmente pelo Decreto 1.135 de 2012) e pela sua incerteza acerca da Secretaria responsável pelo gerenciamento de tais informações (um só ofício foi redirecionado a quatro departamentos diferentes). Ademais, a fiscalização dos imóveis elencados pela referida Lei Complementar apenas ocorreu após a data da citação do Mandado de Segurança protocolado pela organização. O estudo do caso das ações movidas pela Organização Terra de Direitos em relação à aplicação do IPTU Progressivo em Curitiba nos leva a duas possíveis conclusões: é de grande importância a fiscali-

zação por parte da sociedade civil, se utilizando dos instrumentos jurídicos possíveis, sobre como os instrumentos da Política Urbana vem sendo aplicados nos municípios, de modo que o objetivo constitucional da ordem urbana seja efetivada para além do âmbito discursivo das leis. Ainda, os mesmos casos apontam que essa fiscalização deverá lidar com uma série de barreiras encontradas dentro da própria organização municipal (seja no âmbito da organização das informações, seja no âmbito dos interesses da administração pública em efetivamente aplicar tais institutos).

Palavras-Chave: Fiscalização; Política Urbana; Curitiba; IPTU; Urbanização

Key words: Controlling; Urban Politics; Curitiba; IPTU; Urbanization

O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NAS DECISÕES DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE PRACTICE OF DELIBERATIVE DEMOCRACY IN THE
DECISIONS OF THE ORGANS OF PUBLIC ADMINISTRATION*

MAURÍCIO RODRIGUES DE SOUZA FILHO

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Graduando em Direito

*Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos
sobre o Comportamento das Instituições*

RESUMO

O objeto do trabalho é analisar o comportamento de agentes públicos que estão na Administração há muito tempo e já passaram por diversos Governos e que se veem na posição de terem que deliberar com novos agentes, chegados recentemente na Administração Pública. Para fins de recorte teórico, entenda-se deliberação interna como a realizada nos órgãos da Administração Pública, sem a participação dos cidadãos diretamente no processo. A hipótese que se pretende analisar pode ser assim posta: os agentes mais antigos tendem a se afastar das questões políticas momentâneas que norteiam a administração atual e buscam se concentrar nas rotinas e nos procedimentos institucionalizados, fazendo com que os indivíduos mais afinados politicamente com o governo atual deliberem com menos “paixão” e mais troca de conhecimento e informações ou não? O marco teórico do trabalho é institucional, advindo da teoria norte-americana que é pautada por uma visão pragmática, que descarta o normativo apriorístico e, portanto, encara a fluidez da realidade de forma a evidenciar as múltiplas relações entre os agentes e as instituições que os abrigam. Amparam-se os anseios críticos dessa pesquisa, sobretudo, nos trabalhos dos professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule, e na literatura de teoria institucional e análise econômica do direito muito influenciadas pela escola de direito de Chicago. Metodologicamente, a presente pesquisa é teórica e pretende ser desdobrada, em momento futuro, em testes empíricos para verificação. O estudo possui como principal instrumento de análise o recurso às áreas teóricas e doutrinárias das Ciências Jurídicas, mediante adoção do método dedutivo-analítico.

Palavras-chave: Democracia; Administração Pública; Cidadania; Participação; Políticas Públicas.

Key words: Democracy; Public Administration; Citizenship; Participation; Public Policies.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO LIMITADORA DO DEVER-PODER SANCIONADOR ADMINISTRATIVO EM ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

THE ENTERPRISE SOCIAL FUNCTION AS A CONSTRAINING OF THE DUTY-POWER TO IMPOSE AN ADMINISTRATIVE SANCTION SPECIALY FOR MICRO AND SMALL ENTERPRISES

PRISCILA BEPLER SANTOS

*Escola da Magistratura do Paraná
Pós-graduanda em Direito Aplicado*

RESUMO

As microempresas e empresas de pequeno porte ocupam uma posição relevante no cenário empresarial nacional, contribuindo, de maneira expressiva, para o desenvolvimento econômico do país. A essas empresas é assegurado constitucionalmente o tratamento diferenciado, para garantir-lhes condições de cumprir com sua função social. Desta forma, ressalta-se que devem ser implementadas medidas de proteção a essas empresas, de modo a minimizar os impactos da crise econômica na sociedade. Assim, ante o apresentado, a medida que se sustenta poder e dever ser aplicada é o exercício do dever-poder sancionador com comedimento, portanto com especial consideração de sua utilidade coletiva. Para cumprir com esse desiderato aplicam-se diretamente os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Considerado o cenário marcante de desigualdade no Brasil, foi questionado como a sanção punitiva e a sanção premial realizam o desenvolvimento nacional sustentável, sempre objetivando a garantia dos direitos humanos e a efetivação da cidadania. Procurando contribuir com esse debate, e particularmente em relação às empresas beneficiadas com o regime da Lei Complementar nº 123/2006, objetivou-se, na ordem: (i) analisar a importância econômica e social das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, a partir da geração de empregos e participação geração de riqueza e distribuição de renda; (ii) confirmar se (pelo menos, na seara das licitações e dos contratos administrativos) é possível sustentar a necessidade-possibilidade de maior comedimento na estipulação prévia e/ou na aplicação de multas e nos efeitos temporais da imposição de outras sanções, tendo em vista a especial “função social” das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte e na própria vulnerabilidade de sua estruturação empresarial. A investigação foi focada no direito, porém ainda assim se apresenta transdisciplinar, haja vista ter apresentado uma visão integrada, sistêmica e crítico-reflexiva dessa realidade pautada no método bibliográfico, portanto, no exame de artigos e de livros, notadamente jurídicos (FERREIRA; JUSTEN FILHO; PEREIRA JÚNIOR; RISTER) e econômicos (DA VEIGA;

SACHS; SEN), nacionais e estrangeiros. O estudo encontra-se finalizado e conclui-se de que é possível contribuir examinando o sentido, conteúdo e alcance dos princípios da finalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade no regular exercício do dever-poder sancionador pela Administração Pública, tomando por referência o disposto no artigo 38-B da Lei Complementar nº 123/2006 e, ainda, o cenário esboçado nos arts. 42 a 49 da mesma lei no que diz com as parcerias firmadas com o poder público. Ou seja, de modo a sustentar a necessidade de um maior comedimento na eventual imposição de sanções administrativas com vistas à preservação da atividade empresarial, assim evitando a injustificada causação de embaraços ao desenvolvimento nacional sustentável.

Palavras-chave: Sanções administrativas; Desenvolvimento nacional sustentável; Micro empreendedorismo; Função social da empresa; Razoabilidade e proporcionalidade

Key words: Administrative sanction; Sustainable national development; Micro entrepreneurship; Enterprise social function; Reasonability and proportionality

FOMENTO À CULTURA: ANÁLISE DA LEI ROUANET

FOMENTATION OF CULTURE: ANALYSIS OF THE ROUANET LAW

RENNAN GUSTAVO ZIEMER DA COSTA

Universidade Federal do Paraná

Mestrando em Direito

Pesquisador do NINC/UFPR - Núcleo de Investigações Constitucionais

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

RESUMO

A pesquisa analisa a legislação federal de fomento à cultura, buscando a definição jurídica adequada para esta atividade e recorrendo acerca das normas pertinentes. O recorte temático consistiu na verificação da necessidade de oferecimento de apoio diferenciado para atividades exercidas por indivíduos, coletividades não personificadas, pessoas jurídicas com ou sem finalidade lucrativa, pequenas e grandes empresas. Para fins de fomento público, as produções culturais podem ser classificadas em bens culturais, cultura popular, erudita e de massas. A atuação estatal deve ser planejada, para atender de maneira eficiente cada seguimento, articulada entre os entes federativos e a sociedade de forma a otimizar a aplicação dos recursos públicos. Aborda-se a questão do planejamento e da intervenção do Estado nos domínios econômico e social, analisando os três setores da economia. Para tanto, faz-se considerações gerais sobre a atividade administrativa de fomento, atentando-se para o instrumento jurídico genericamente designado convênio em suas diversas denominações e modalidades. Sabendo-se que a liberdade de expressão e a livre iniciativa imperam na atuação privada na cultura, analisa-se com profundidade a Lei Rouanet e normas infralegais, recorrendo-se sobre o funcionamento do Fundo Nacional de Cultura - FNC, dos fundos de investimento cultural e artístico – FICARTs e do mecenato federal via deduções fiscais. Defendendo o adequado exercício do poder discricionário na área cultural, que deve sempre buscar o interesse público, são tecidas críticas à normativa atual e propostas soluções aos problemas encontrados. Também se procede à comparação das disposições vigentes com as previstas no projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal que substituirá a Lei 8.313/1991. No decorrer do estudo, entre outras, chegou-se às seguintes conclusões: a) o poder de alocação dos recursos públicos provenientes da Lei Rouanet foi indevidamente retirado do Estado e delegado aos particulares; b) o patrocínio ou doação com dedução integral do imposto devido não é uma medida eficiente; c) pequenas empresas merecem tratamento diferenciado para se possibilitar o desenvolvimento e descentralização do mercado cultural; d) é necessário tornar os Fundos de Investimento Cultural e Artístico – FICART's mais atrativos para os investidores, seja mediante redução da tributação incidente sobre os rendimentos, ou restringindo os patrocínios para

as grandes empresas; e) a cultura popular merece atenção especial do Estado, sendo inadequada a disputa de recursos com as sociedades comerciais.

Palavras-chave: Cultura; Fomento; Planejamento; Convênio; Lei Rouanet.

Key words: Culture; Fomentation; Planning; Agreement; Rouanet Law.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA COM LINGUAGEM CLARA E DE FÁCIL COMPREENSÃO - UM INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF PUBLIC INFORMATION ACCESS WITH A CLEAR AND OF EASY UNDERSTANDING LANGUAGE - A SOCIAL CONTROL INSTRUMENT

VIVIANE DUARTE COUTO DE CRISTO

*Centro Universitário Curitiba
Mestranda em Direito*

RESUMO

A atuação da Administração Pública deve pautar-se pelos princípios norteadores consignados no art. 37 da Constituição Federal (CRF), dentre eles, o princípio da publicidade exige como regra a transparência dos atos administrativos, de extrema relevância para o funcionamento do Estado Democrático de Direito. O direito ao acesso à informação, consagrado pela Declaração Universal dos direitos humanos em 1948, trata-se de direito fundamental do cidadão e está encartado no inciso XXXIII do art. 5º, com regulamentação pela Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação - LAI) e pelo Decreto nº 7.724/12, e funciona como importante ferramenta de controle social com vistas a coibir a corrupção e incentivar a eficiência da gestão pública. A questão posta sobre o tema circunscreve a forma pela qual se pode garantir o real acesso à informação pública. Para tanto, basta a mera disponibilidade de informação ao cidadão sem que o mesmo possa efetivamente utilizar-se dela, pela dificuldade de compreensão? Ou isso é problema que não compete ao Poder Público? A investigação se dá pelo método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica de livros e periódicos e da análise da legislação, concluindo-se que a informação deve ser prestada de forma clara e compreensível aos seus destinatários, sob pena de não serem atingidos os objetivos republicanos, atentando-se contra o respectivo direito fundamental.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Acesso à informação; transparência da Administração Pública; Controle social; Lei 12.527/11

Key words: Fundamental rights; Information access; Public Administration transparency; Social control; Law n. 12.527/11

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN: UN ANÁLISIS DESDE LA CARGA DE PREVENIR EL DAÑO EN EL PANORAMA JURÍDICO COLOMBIANO

*CITIZEN PARTICIPATION IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: AN ANALYSIS FROM THE
PREVENTING THE DAMAGE IN THE COLOMBIAN JURIDICAL OVERVIEW*

WILLIAM IVAN GALLO APONTE

Universidad Externado de Colombia

Estudiante de Derecho

RESUMEN

El fenómeno de la corrupción penetra en lo más profundo de la conciencia de los pueblos, y transgrede el adecuado andamiaje de las instituciones, que fungen como escenarios para el diseño, la construcción y la ejecución de las políticas públicas tendientes a lograr el desarrollo económico y social. En este sentido, uno de los focos a través del cual se gesta o simplemente, tiende a tomar expansión la corrupción, es la contratación estatal. Por esta razón, frente a la necesidad de establecer mecanismos para contrarrestar sus nefastos efectos, el uso de la figura de la prevención del daño antijurídico, en la presente investigación, toma amplia relevancia, puesto que, aun siendo una figura propia del derecho privado antiguo (aún en vigencia), permite entender la dinámica de los actores que participan en una relación contractual, donde se atribuye al perjudicado, la carga de evitar o mitigar el daño. De ahí, la población civil cumple un papel importante, por cuanto, sin ser parte directamente en la celebración de los contratos, se presentan como terceros relativos, a quienes los efectos de los mismos, pueden llegar a perjudicarlos. De esta manera resulta apropiada la figura, en la medida que, involucra en las actividades y decisiones públicas a los ciudadanos, brindando legitimidad a las mismas, y proyectando el elemento democrático como uno de los pilares del Derecho Administrativo contemporáneo. Así, se permite determinar que, los ciudadanos, en tanto son perjudicados por la indebida celebración y/o ejecución de los contratos que adelante el Estado, tienen cargas; las cuales, invitan a los mismos, a realizar actuaciones en su propio beneficio, por ejemplo, ayudar a preservar y garantizar el adecuado desarrollo de los fines del Estado. Estas cargas, tienen origen en la misma constitución, y se presentan como deberes genéricos positivos. Sin embargo, a nuestro juicio, el entendimiento adecuado que se les debe dar, es de simplemente “cargas” por cuanto el deber, es un elemento estructural de una obligación. En ese entendido, si por alguna razón, se desatienden dichas cargas, no generan una obligación de resarcimiento, ya que, son sólo una invitación. Es decir, si los ciudadanos omitieron ejercer determinado control frente a una situación que

de alguna u otra manera genera corrupción, no pueden ser sujetos de responsabilidad civil así se generen indeseados perjuicios. Es por esto, que es necesario un empoderamiento de la población civil para que de manera activa y cooperativa, participe en el escenario público. Particularmente, en los eventos donde se vean involucrados los intereses sociales y económicos a gran escala. Este objetivo, de alguna u otra manera, lo ha entendido el ordenamiento jurídico colombiano, pues ha dispuesto un armazón legislativo en aras de lograr una adecuada participación ciudadana en diferentes escenarios de la administración, tales como la contratación pública. Sin embargo, se evidencia, que las garantías otorgadas por el Estado, para el cabal y adecuado desarrollo del objetivo requieren de un mayor fortalecimiento, en términos de incentivo, reconocimiento y protección.

Palabras claves: Corrupción; Prevención, Daño; Participación ciudadana; Contratación pública.

Key words: Corruption; Prevention; Damage; Community participating; Public contract law.

Este livro foi composto nas tipologias Clearface Gothic
LT e Swis721 Cn, impresso em cartão 250g e papel
offset 75g 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