

ANAIS
DO
1º SEMINÁRIO DE PESQUISA DE
DIREITO ADMINISTRATIVO DA USP
DIAS 01 e 02 DE JUNHO DE 2011

Organização dos Anais
Professor Thiago Marrara

Comissão Organizadora do Evento
Professor Thiago Marrara
Professor Gustavo Assed

Breve Introdução	3
Resumo 01	4
Autor: Bruno Santos Cunha.....	4
Resumo 02	7
Autor: Fabio Gomes dos Santos	7
Resumo 03	9
Autor: André Castro Carvalho.....	9
Resumo 04	11
Autor: Bráulio Santos Rabelo de Araújo	11
Resumo 05	14
Autor: Denise Martins Moretti	14
Resumo 06	17
Autor: Fabio Gomes dos Santos e Fernanda de Mello Matos	17
Resumo 07	20
Autor: Gabriel Abdallah Mundim	20
Resumo 08	22
Autor: Vítor Monteiro	22
Resumo 09	24
Autor: Miguel Etinger	24
Resumo 10	26
Autor: Thiago Stuchi Reis de Oliveira	26
Resumo 11	28
Autor: Natália Pasquini Moretti	28
Resumo 12	30
Autor: Luciano Alves Rodrigues dos Santos e Rosane da Rosa Cachapuz.....	30
Resumo 13	32
Autor: Beatriz Auxiliadora Rezende Machado	32
Resumo 14	34
Autor: Vicente de Paula Marques Filho e Fernanda Vicentini.....	34
Resumo 15	36
Autor: Fernando Moreno Machado	36
Resumo 16	38
Autor: Francisco Emílio Baleotti e João Carlos Leal Júnior	38
Resumo 17	41
Autor: Melanie Merlin de Andrade	41
Resumo 18	43
Autor: Shirlei Silmara de Freitas Mello	43
Resumo 19	45
Autor: Alex Facciolo Pires	45
Resumo 20	47
Autor: Naiara Souza Grossi e Roberto Brocanelli Corona.....	47
Resumo 21	48
Autor: Saulo Lindorfer Pivetta	48
Resumo 22	51
Autor: Lilian Ponchio e Silva e João Bosco Penna	51
Resumo 23	53
Autor: Marina Zuan Benedetti e Marlene Kempfer Bassoli.....	53

Breve Introdução

O 1º Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo, evento gratuito realizado na FDRP/USP nos dias 01 e 02 de junho de 2011, abrangeu palestras e sessões de apresentação de trabalhos científicos, objetivando, de modo geral: 1) incentivar a pesquisa de direito administrativo no Brasil; 2) disseminar os resultados de pesquisas no setor; 3) estimular o engajamento do corpo discente da USP na produção de pesquisa em direito administrativo e 4) fomentar o diálogo entre pesquisadores de instituições de pesquisa brasileiras.

No primeiro dia do evento realizou-se palestra da Professora Titular Maria Sylvia Zanella Di Pietro (FDUSP) e, no segundo dia, do Professor Fernando Dias Menezes de Almeida (FDUSP/FAPESP). Tais palestras trataram dos rumos da pesquisa de direito administrativo no Brasil, apontando suas tendências e principais problemas.

Em seguida a cada palestra foram realizadas sessões de comunicação. Nelas foram apresentadas vinte e três pesquisas desenvolvidas por alunos de pós-graduação *stricto sensu* e docentes provenientes de cinco universidades brasileiras, a saber: Universidade de São Paulo (USP); Universidade Federal do Paraná (UFPR); Universidade Estadual Paulista (UNESP); Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e Universidade Estadual de Londrina (UEL).

As pesquisas reunidas trataram, em geral, de serviços públicos, processo administrativo, controle da Administração Pública e responsabilidade. Dentre tais temas, cumpre anotar a grande presença de estudos sobre serviços públicos e formas de concessão, bem como sobre processo administrativo. Note-se, ainda, a presença de vários trabalhos sobre direito da saúde, revelando a crescente importância desse tema para os administrativistas. Esta publicação traz a público os resumos dos trabalhos apresentados, servindo para demonstrar a amplitude e o conteúdo do evento.

Resumo 01

Autor: Bruno Santos Cunha

Tema: O princípio da eficiência e o direito fundamental à Boa administração pública

Em rápida contextualização histórica, é de ver-se a impossibilidade de se pensar o Estado Moderno dissociado da noção de controle. Assim, em uma linha evolutiva, é interessante delimitar três momentos distintos desta correlação entre 'Estado' e 'Controle' para que possamos chegar ao patamar atual da matéria, de forma a apresentar as conexões entre os sistemas de controle da Administração, o princípio da eficiência e o conseqüente direito fundamental à boa Administração Pública.

Em um primeiro lugar, resta claro que a formatação do Estado Moderno teve como eixo central a concentração do Poder Político (soberania) nas mãos de uma só autoridade: o monarca (Estado absolutista). A vontade soberana era a própria vontade do rei e, portanto, infensa a qualquer espécie de controle. Tinha-se, pois, a noção de um Estado-Polícia, que impunha normas aos indivíduos e não se submetia às mesmas.

Em seqüência – e já em um segundo momento –, as revoluções liberais burguesas, em resposta ao poder absoluto então existente, buscaram a despersonalização de tal poder, sobretudo com base nas teorias contratualistas, segundo as quais a vontade geral substituiria a vontade do soberano para melhor expressar as finalidades estatais. E essa vontade geral seria dada pela lei, formulada pelos representantes do povo nos Parlamentos. Em tal contexto – Estado de Direito –, o controle da Administração baseava-se na assunção formal de cumprimento ou não da lei (controle-sanção), sendo a Administração Pública eficiente e otimizada ao passo que cumprisse fidedignamente os ditames legais (legalidade estrita).

De fato, nem a emergência do chamado *Welfare State* (Estado Social – burocracia-prestacional) em complementação ao liberalismo individualista então vigente (Estado Liberal – burocracia-guardiã) alterou, de logo, o paradigma de Administração cumpridora mecanizada das leis, já que se tentou meramente uma mudança nas leis, a abarcar prestações positivas. O necessário, certamente, seria uma reformulação da atuação estatal, eis que as novas tarefas da Administração não poderiam ser amoldadas a estruturas e métodos tradicionais.

Em um salto histórico – e nessa apertada síntese –, é possível ver que a alteração do paradigma de controle é visto como um dos instrumentais para efetiva concretização desse novo escopo estatal, que, como é sabido, traz consigo um nítido conteúdo de justiça material.

Neste passo, substitui-se a legalidade estrita e a atuação mecanizada pela legitimidade ou juridicidade da Administração (sujeição ao Direito, não à legalidade estrita), baseada nos paradigmas de finalidade, eficiência e resultados, a evidenciar verdadeiro direito fundamental à

boa administração pública, construído não apenas no sentido de detecção da ilegalidade formal, mas para implementação de ações corretivas no sentido de alcance de resultados e de melhora de desempenho da atuação administrativa em termos materiais.

O que se vê, por fim, é uma necessidade de releitura da atuação administrativa, sobretudo no tocante ao controle e à discricionariedade, que não pode ser vista como mera eleição entre alternativas igualmente válidas ou indiferentes jurídicos, já que limitada pelo Direito por regras, princípios e postulados normativos, dentro os quais – e o que se pretende abordar no presente trabalho – o da eficiência e conseqüente direito fundamental à boa Administração. É que, por certo, o Direito não pode se escusar da tomada de boas decisões (ou, em outras palavras, da boa administração), sendo notória a necessidade de que o controle da decisão final administrativa traga consigo aspectos procedimentais e de responsividade afetos à boa administração, com o colorido dos direitos fundamentais e norteados pelas finalidades estatais.

Em tal quadrante, o Direito ganha papel de relevo como instrumento de promoção da qualidade da ação administrativa, emprestando vinculação jurídica à noção de boa administração, eis que inevitável o tratamento da qualidade administrativa como objeto e escopo do Direito Administrativo, com a sistematização, sobretudo a partir do princípio da eficiência, do direito fundamental à boa Administração.

Resultados Atingidos pela pesquisa

Muito embora ainda não haja expressão formal do direito fundamental à boa Administração no ordenamento brasileiro (ao contrário do ordenamento comunitário europeu e italiano, por exemplo, que o trazem de forma textual expressa), toda sua concretização e formulação prática, seja no ambiente brasileiro ou internacional, é decorrente direta e imediatamente dos princípios informativos da Administração (e do direito administrativo).

No ponto, o princípio da eficiência apresenta-se como sustentáculo da formulação dogmática de tal direito fundamental, sendo certa a necessidade de que as atuações estatais sejam pautadas, em termos de qualidade, pelo resultado, a ampliar o espectro de controle da Administração. Assim, ainda que se tenha como legítimo o planejamento e a execução de uma política pública, o resultado também há de ser sopesado sob tal ótica, eis que, como anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os bens ou serviços entregues à coletividade devem garantir uma utilização eficiente por parte de seus destinatários, tal como razoavelmente estaria nas expectativas de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos.

O que se pretende apresentar, pois, são os fundamentos de tal direito à luz de nosso ordenamento, dando enfoque aos princípios de direito administrativo como supedâneo para tal. Dentre tais princípios, sobreleva-se o da eficiência, a fim de se demonstrar que já é possível elencar tal direito no rol de direitos fundamentais do cidadão-administrado no Brasil, sobretudo

pela existência de inúmeros mecanismos aptos a concretizá-lo (mormente mecanismos de controle da Administração).

Resumo 02

Autor: Fabio Gomes dos Santos

Tema: Uma fundamentação para a participação popular na administração com base nos direitos políticos.

Dentro de um quadro de expansão da democracia no cenário mundial, verifica-se um movimento de aproximação entre a Administração e cidadão. Este último passa a ser tido não apenas como sujeito passivo das normas expedidas pelo Poder Público, mas como sujeito ativo, colaborando na atividade administrativa. A satisfação do interesse público se torna uma busca conjunta, perseguida em condições onde os cidadãos possuem direitos e obrigações que devem ser levados em consideração quando da atuação estatal.

Este é o contexto do debate sobre uma Administração Pública Democrática, calcada participação dos cidadãos, como meio de fortalecimento não só da democracia, mas da própria Administração. Tal participação é tratada no Brasil, conforme boa parte da doutrina, como decorrência de uma característica essencial da República Federativa do Brasil ser um Estado Democrático de Direito¹. Presentes no texto constitucional² encontram-se ainda diversos mecanismos a prestigiar a participação popular na Administração, assim como também existem no ordenamento diversos dispositivos infraconstitucionais que a instrumentalizam³.

O que é possível questionar, e será este o objeto desta pesquisa, é se o direito à participação administrativa poderia ser tomado como direito fundamental, entendido inclusive dentro do contexto dos direitos políticos. Embora a soberania popular mencionada no parágrafo único do artigo 1º, assim como no artigo 14 da Constituição de 1988 seja entendida tradicionalmente como atinente a participações episódicas, no Governo do país – no processo eleitoral ou legislativo, principalmente –, é possível pensar também no exercício de direitos políticos em uma acepção mais ampla, ligada à possibilidade de uma participação mais constante, na Administração.

Ao falar do direito à "participação na direção dos assuntos públicos", O Pacto de São José da Costa Rica⁴, por exemplo, apresenta redação que ampara tal modo de pensar. Muito embora os direitos políticos não sejam geralmente tomados em tal amplitude, não seria razoável que o exercício da soberania popular também se desse por meio da abertura à participação na seara

¹ Conforme informa o *caput* do artigo primeiro da Constituição.

² Tais como os artigos 10; 31 §3º; 37, §3º; 74, §2º; 198, III, 206, VI; 216, § 1º dentre outros apontados pela doutrina no diploma de 1988.

³ Tais como as audiências e consultas públicas mecanismos previstas na lei 9784/99, a gestão democrática das cidades no Estatuto das Cidades (lei 10.257/01), as audiências públicas previstas e oportunidade de impugnação de edital previstas na lei 8666/93, a participação dos usuários em órgãos colegiados para a fiscalização das concessões (lei 8987/95), dentre vários outros dispositivos legais que tendem a se multiplicar.

⁴ Em seu artigo 23.1, "a", sob a rubrica dos "direitos políticos":

"1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de seus representantes livremente eleitos;"

administrativa? Não é dentro do Poder Público, de fato, onde muitas vezes se efetivamente decide os assuntos públicos, concretizando-se ou não os programas aprovados pelas urnas? Não é a Administração que vai implementar as decisões, de um modo ou de outro?

É com a proteção devida a um direito de natureza política, a ser resguardado enquanto direito fundamental, que se cogita fundamentar e fortalecer, em conjunto com outros fundamentos oferecidos pela doutrina, a participação popular na Administração.

Finalmente, serão feitas considerações acerca dos benefícios possíveis de tal fundamentação jurídica, assim como quanto a cuidados a serem tomados caso se opte por ela. Principalmente, observações quanto à necessidade de prudência, essencial ao se lidar com matérias de tamanha importância, mormente na seara administrativa, onde o interesse público deve ser sempre prevalente, pelo bem de toda a sociedade.

Resumo 03

Autor: André Castro Carvalho

Tema: Novos horizontes para uma qualificação jurídica do pedágio no Brasil

Este trabalho tem como escopo um breve estudo da qualificação jurídica do pedágio do Brasil, analisando como o tema tem sido tratado até o momento, para, ao final, trazer uma proposta nossa de qualificação jurídica. A razão para esse estudo tratar de um tema aparentemente pacificado na doutrina é seu constante ressurgimento na praxe das concessões rodoviárias brasileiras – o qual ocorre, comumente, de forma distorcida. Para tanto, é realizado inicialmente um estudo acerca do histórico das concessões do Brasil e explicitado em breves linhas as teses existentes na comunidade acadêmica, para então se passar à análise do Recurso Extraordinário nº 181.475-6/RS no Supremo Tribunal Federal, utilizado comumente – e de forma equivocada – como fundamento para qualificar a natureza jurídica do pedágio como taxa. É realizada também uma análise jurisprudencial dessas discussões no Estado de São Paulo, o qual conta com o maior número de concessões rodoviárias no Brasil, bem como é verificada a atual estrutura do pedágio no ordenamento jurídico. Ao final, propomos uma forma de qualificá-lo juridicamente, o que dependerá das características traçadas como essenciais para a cobrança do pedágio em cada caso.

Resultado da pesquisa: nossa proposta de qualificação jurídica

Diante das considerações, como qualificar juridicamente o pedágio? Consoante observado, há posições que o defendem tanto como taxa quanto preço público, com cada tese aplicada para situações distintas: uns defendem que sempre será taxa, outros que será taxa ou tarifa de acordo com o sujeito ativo que preste o serviço, e existem aqueles para quem sempre será preço público, além de outras construções doutrinárias.

Seguindo o critério jurisprudencial, pela análise de casos traçada neste trabalho podemos afirmar que o pedágio, hodiernamente, tem sido considerado como preço público. A despeito de faltar um julgado específico no Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito (já que o RE 181.475 foi específico para o caso do selo-pedágio, não podendo ser usado como precedente para o pedágio na configuração atual), é possível afirmar que a decisão apreciando o pedido cautelar na ADI nº 800-5/RS, por ora, definiu a natureza jurídica de preço público para o pedágio, ainda que cobrado pelo poder público (*in casu*, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem – DAER).

Dessa forma, hoje o pedágio é preço público, tanto cobrado pelo poder público como por alguma empresa privada concessionária de rodovia. Mas adicionaríamos que nada impede que outro regime jurídico seja utilizado para a cobrança do pedágio, qualificando como tributo no caso de cobrança diretamente pelo Estado. Nesse caso, havendo lei específica que autorize a

sua cobrança, fixando sua base de cálculo e finalidade dos recursos, já será suficiente para a sua caracterização como taxa. Ressalte-se que não é uma decisão desprovida de qualquer critério, beirando a arbitrariedade, mas sim é dependente das características adotadas no regime de cobrança.

Assim, não há uma natureza jurídica pré-definida para a figura do pedágio no Brasil. O regime jurídico adotado pelo legislador ou administrador público (por meio do respectivo poder normativo, como na edição de um decreto sobre o tema) para a sua cobrança diretamente pelo Poder Público irá qualificar o pedágio para aquela situação específica, a qual deverá ser analisada pela doutrina ou, se for o caso, pelo Poder Judiciário. Logo, o pedágio será, nesse caso, ou taxa ou tarifa de acordo com a qualificação trazida pelo regime jurídico adotado. Já no caso das concessões e permissões de serviços públicos, o regime é definido pela própria Constituição Federal como sendo tarifário, não se sustentando quaisquer dúvidas quanto à afirmação de que o pedágio, nesse caso, é qualificado como preço público.

Resumo 04

Autor: Bráulio Santos Rabelo de Araújo⁵

Tema: A inconstitucionalidade do controle de outorgas de radiodifusão por políticos titulares de mandato eletivo

A pesquisa tem por objeto a análise da constitucionalidade do controle de concessões, permissões e autorizações de serviços de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados.

O controle de outorgas de radiodifusão por políticos é uma prática antiga no Brasil, conduzida ao longo da ditadura militar, reproduzida na época da redemocratização e nos governos posteriores à Constituição de 1988 (AMORIM, 1983, p. 59; MOTTER, 1994; LOBATO, 2002; 2006; LIMA; LOPES, 2007, p. 8; 40). Na atual legislatura, 52 deputados (10,15%) e 18 senadores (22%) são sócios ou associados de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de radiodifusão (TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2011).

O tema é relevante. A radiodifusão é o meio de comunicação mais influente do país, essencial para a atividade da imprensa, para a distribuição da produção cultural, para o equilíbrio entre os partidos políticos e para a realização de eleições livres, o que a torna objeto de intensa disputa política. Nesse cenário, o controle de veículos de radiodifusão por políticos, chamado de coronelismo eletrônico, é criticado por (i) gerar uma relação clientelista entre políticos e grandes redes de radiodifusão, com as quais eles celebram contratos de filiação, (ii) submeter a imprensa e a produção cultural ao controle político e (iii) sustentar a influência dos políticos radiodifusores sobre os eleitores, perpetuando-os no poder (SANTOS, CAPPARELLI, 2005, p. 77-101; LIMA; LOPES, 2007, p. 3; 2-10; DINES apud VIANNA, 2005).

A constitucionalidade de referido controle é questão jurídica controversa que, apesar de debatida pelo governo e pela imprensa⁶, ainda não foi enfrentada pela doutrina nem pela jurisprudência. A controvérsia refere-se à constitucionalidade de referido controle face a preceitos constitucionais fundamentais e à interpretação dos artigos 54, I, "a" e 54, II, "a" da Constituição Brasileira.

⁵ O autor agradece ao apoio da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo para a realização desta pesquisa.

⁶ Em 2005 e em 2010, o Ministério das Comunicações afirmou que a Constituição Brasileira não proíbe políticos de participarem da composição societária de empresas de rádio e televisão (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2005, p. 53-57; MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES apud MILITÃO, 2010). Essa afirmação também foi feita pela imprensa (BÄTCHOLD; FREIRE, 2010). Em outros momentos, a imprensa afirmou que a Constituição proíbe o controle de outorgas por políticos, mas que tal proibição carece de regulamentação para ser eficaz (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011). Já a partir do final de 2010, o Poder Executivo manifestou uma posição distinta. Em novembro de 2010, o então Ministro Franklin Martins, afirmou a inconstitucionalidade do controle de outorgas de radiodifusão por políticos (TAVARES; ÉBOLI, 2010). Em janeiro de 2011, o novo Ministro das Comunicações Paulo Bernardo reafirmou a referida inconstitucionalidade (OLIVEIRA, 2011; LOBATO, 2011).

Inicialmente, a pesquisa analisa se o controle de veículos de radiodifusão por políticos viola preceitos constitucionais fundamentais tais como a liberdade e a autonomia da imprensa, a divisão entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão, o direito à informação, o direito à realização de eleições livres, o pluralismo político e a probidade administrativa.

Em seguida, a pesquisa analisa o artigo 54, I, “a” da Constituição, que estabelece que “Deputados e Senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com (...) empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”. A interpretação desse artigo é controversa em virtude da incerteza quanto à noção de contratos que obedecem a cláusulas uniformes. Nesse ponto, o estudo verifica primeiro se há contrato entre deputados/senadores e as pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão das quais são sócios ou associados. Caracterizado o contrato, analisa-se se ele obedece ou não a cláusulas uniformes. Em seguida, analisa-se se contratos precedidos de licitação, como o contrato de concessão ou de permissão de radiodifusão, obedecem ou não a cláusulas uniformes⁷.

Por fim, a pesquisa analisa o artigo 54, II, “a” da Constituição que estabelece que “Deputados e Senadores não poderão, desde a posse, ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada”. Aqui a pesquisa verifica se empresa que mantém contrato de concessão ou de permissão com a Administração goza de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público.

Em suma, trata-se de uma pesquisa que se refere ao regime jurídico do serviço público de radiodifusão e que, para resolver a questão proposta (a constitucionalidade do controle de outorgas de radiodifusão por políticos), enfrenta os seguintes temas: (i) as proibições de contratar aplicáveis à Administração em virtude do artigo 54 da Constituição, (ii) o caráter uniforme ou não das cláusulas de contratos precedidos de licitação, (iii) o alcance da distinção constitucional entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão (art. 223), e (iv) a autonomia dos prestadores de radiodifusão frente ao Estado.

As fontes utilizadas nesta pesquisa foram doutrina, jurisprudência nacional e internacional, em especial a dos tribunais superiores, legislação e documentos oficiais de órgãos públicos nacionais e internacionais.

Resultados atingidos pela pesquisa

⁷ Note-se que esse foi o motivo pelo qual o Ministério das Comunicações (2005) afirmou que a proibição do artigo 54, I, “a” não se aplica aos prestadores do serviço de radiodifusão. Segundo o Ministério, o contrato de concessão ou de permissão de radiodifusão, por ser precedido de licitação, obedece a cláusulas uniformes e por isso enquadra-se na exceção prevista pelo artigo 54, I, “a”.

A pesquisa concluiu que o controle de concessões, permissões e autorizações de serviços de radiodifusão por pessoas jurídicas das quais políticos titulares de mandato eletivo sejam sócios ou associados é inconstitucional pois:

1. O controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados viola os seguintes preceitos constitucionais fundamentais: a liberdade e a autonomia da imprensa, o direito à informação, a divisão entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão, o direito à realização de eleições livres, a soberania popular, o pluralismo político, o princípio da isonomia, o direito à cidadania, a isenção e independência dos membros do Poder Legislativo, a proibição administrativa e a democracia.

2. O sistema estatal de radiodifusão é administrado pelos que exercem o poder estatal; os sistemas público e privado, por sua vez, destinam-se à sociedade civil. Não podem, portanto, os políticos titulares de mandato eletivo controlar canais de radiodifusão nos sistemas público e privado sob pena de desrespeitarem a distinção constitucional entre os sistemas de radiodifusão e de excederem o espaço que lhes foi concedido pela Constituição para o exercício da radiodifusão (art. 223).

3. O artigo 54, I, "a" da Constituição proíbe deputados e senadores de serem sócios ou associados de pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão pois: (i) as relações entre sócio e sociedade e entre associado e associação são contratuais, isto é, sócios e associados mantêm contratos (contrato plurilateral) com suas sociedades e associações, e (ii) o contrato entre sócio e sociedade e o contrato entre associado e associação não obedecem a cláusulas uniformes e, portanto, não se enquadram na exceção prevista pelo artigo 54, I, "a" da Constituição.

4. Diversamente do que afirmou o Ministério das Comunicações, responsável pela condução e pela fiscalização dos processos de concessão, permissão e autorização de radiodifusão, a exceção prevista pelo Artigo 54, I, "a" não se refere ao contrato do Poder Público com a empresa concessionária de serviço público (contrato precedido de licitação), mas sim ao contrato dos parlamentares com a concessionária.

5. De toda forma, ainda que se referisse, os contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes e, portanto, não se enquadrariam na exceção prevista pelo artigo 54, I, "a" da Constituição.

6. O artigo 54, II, "a" da Constituição proíbe deputados e senadores de serem proprietários e controladores de pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão, pois estas gozam de favor (benefício de contratar com a Administração, imunidade de ICMS e isenção de Condecine) decorrente de contrato (contrato de concessão e de permissão de radiodifusão) celebrado com pessoa jurídica de direito público (a União).

Resumo 05

Autor: Denise Martins Moretti⁸

Tema: A educação como serviço público ou privado. O papel do Estado Brasileiro na expansão do ensino superior privado na década de 90

A presente pesquisa envolve uma análise teórica e empírica acerca da caracterização da educação como serviço público ou serviço privado e o papel do Estado Brasileiro na expansão do ensino superior privado no Brasil, a partir da década de 90.

A educação, concebida como direito social, que pressupõe intervenção ativa do Estado, no sentido de prestações materiais para sua concretização, é reconhecida na Constituição Brasileira (art. 205), como um direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada em colaboração com a sociedade. Nos termos do artigo 209 da Constituição, o ensino no Brasil é “livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

Nesse contexto, a educação, quando oferecida pelo Estado, é considerada serviço público. No entanto, quando prestada por particulares, é questão jurídica controversa. Parte da doutrina e jurisprudência (MELLO, 2011, p. 695; DI PIETRO, 2006, p. 119; GRAU, 2010, p. 123; STF, ADI 1.266/BA, ADI 1.007/PE) entendem ser serviço público não privativo ou não exclusivo do Estado, uma vez que se trata de serviço que o Estado deve desempenhar, sob regime de Direito Público, sem, entretanto, impedir o exercício desta atividade pela iniciativa privada, independentemente de concessão ou permissão (MELLO, 2011, p. 695, DI PIETRO, 2006, p. 119; STF, ADI 1.266/BA). Outros doutrinadores (MEIRELLES, 2006, p. 230; MEDAUAR, 2006, p. 315, 317; JUSTEN, 2006, p. 495, 497), no entanto, entendem tratar-se de serviço privado por não preencher adequadamente os elementos subjetivo e formal dos serviços públicos. Considerar a educação, mesmo quando oferecida por prestadores privados, um serviço público realça o interesse público e a relevância social desta atividade, bem como a necessidade de constante atuação do Estado para sua efetiva prestação. Na educação superior privada a atuação do Estado envolve, sobretudo, o controle da abertura, funcionamento e qualidade dos cursos oferecidos. Ademais, o fato de a Constituição estabelecer que o ensino é livre à iniciativa privada não significa que ele possa ser organizado com a liberdade de iniciativa que caracteriza o exercício das atividades econômicas em sentido estrito (GRAU, 2010, p. 100-103), já que se trata de atividade fiscalizada e avaliada pelo Poder Público, que deve observar normas constitucionais e infraconstitucionais (v.g. a Lei no 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases) para o seu funcionamento (SIFUENTES, 2001, p. 73).

⁸ A pesquisadora agradece à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP pelo apoio dado a esta pesquisa.

No entanto, a definição sobre o que é ou não serviço público depende da concepção política dominante, dos limites da atuação do Estado e da iniciativa privada numa determinada atividade (MEDAUAR, 2006, p. 314; JUSTEN, 2006, p. 492). Nesse sentido, a pesquisa passa a analisar as políticas públicas adotadas nas últimas décadas pelo Estado Brasileiro com relação à educação superior. A partir da década de 90, dentro de um contexto de reforma do Estado, verificou-se um processo acelerado de crescimento do setor privado na educação superior brasileira - o número de estabelecimentos privados passou de 671 (75,14% do total), em 1991, para 2.069 (89,41% do total), em 2009; ao mesmo tempo em que o número de alunos matriculados em instituições de ensino superior privadas cresceu de 959.320, em 1991 (61,3% do total), para 4.430.157 (74,41% do total), em 2009 (INEP, 2010). Esse crescimento foi impulsionado por mudanças constitucionais (ECs 14/96, 53/06 e 59/09) e legislativas (LDB, Plano Nacional de Educação, Lei do Bolsa Escola e Leis de Financiamento Estudantil). As novas regras (i) focalizaram os gastos e esforços do Poder Público na universalização da educação fundamental e expansão gradativa do ensino médio; (ii) permitiram a criação de novas formas de organização acadêmica (centros universitários, faculdades integradas e institutos superiores), que podem funcionar sem desenvolver as funções indissociáveis de ensino, pesquisa e extensão que as universidades devem cumprir, conforme artigo 207 da Constituição; (iii) flexibilizaram as exigências para a abertura de novos cursos e para a avaliação das instituições de ensino superior;⁹ e (iv) criaram novas formas de financiamento de estudos, como o FIES e ProUni. Tais medidas acompanharam recomendações feitas nesse período pelo Banco Mundial, que incentivou a diminuição da atuação do Estado e o aumento da participação privada no ensino superior, a aproximação entre instituições de ensino superior e empresas e o direcionamento dos investimentos estatais para a educação fundamental (BANCO MUNDIAL, 1995).

Com essas mudanças, o ensino superior tornou-se mais atrativo à iniciativa privada, que passou a atuar com mais vigor nesse setor, com a participação de grandes grupos empresariais, nacionais e internacionais, num ambiente de grande competição e livre concorrência por um expressivo mercado consumidor. Ao mesmo tempo, cresceram as disputas em torno do regime jurídico da educação. Na década de 90, os países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) debateram acerca da inclusão da educação no Acordo Geral sobre Comércio em Serviços (GATS ou AGCS), assinado em janeiro de 1995. A aprovação desse acordo permitiria a livre circulação da oferta de serviços de educação sem limitações nas legislações nacionais, sujeita apenas às regras relativas ao comércio internacional de serviços, incrementando a mercantilização da área e a internacionalização da oferta (OLIVEIRA, 2009, p. 740). Face a essa proposta, os países dividiram-se e o Brasil votou contra a inclusão (ABREU, 2008, p. 92). Desde a assinatura do GATS em 1995 até a presente data, o debate sobre a classificação da educação, em especial da educação superior, como

⁹ Durante os sete anos em que se aplicou o Provão – 1997- 2002 não houve nenhum fechamento de curso por determinação superior, muito menos de IES isolada, centro universitário ou universidade. (SGUISSARD, 2008, p. 1008).

serviço público ou serviço privado tem sido constante nos fóruns nacionais (v.g. debates no STF, com opiniões divergentes entre os ministros¹⁰) e internacionais (v.g. debates na OMC e Conferências Mundiais sobre Ensino Superior de 1998 e 2009) - em alguns momentos ressalta-se o caráter público e, em outros, elementos que privilegiam o caráter privado da atividade.

Em suma, a análise dos acontecimentos acima em confronto com a concepção da educação como serviço público ou como serviço privado constitui o foco da pesquisa.

Resultados atingidos pela pesquisa

A pesquisa concluiu que:

- (i) a educação pode ser considerada serviço público, mesmo quando prestada pela iniciativa privada, o que realça o interesse público envolvido na atividade, sujeita ao controle e fiscalização pelo Estado;
- (ii) o Estado Brasileiro adotou, a partir da década de 90, políticas públicas, fundadas em alterações constitucionais (ECs 14/96, 53/06 e 59/09) e legislativas (LDB, Plano Nacional de Educação, Lei do Bolsa Escola e Lei do FIES e ProUni) que direcionaram os investimentos públicos para a educação básica e incentivaram o avanço do setor privado na educação superior brasileira;
- (iii) o resultado das políticas adotadas pelo Estado Brasileiro foram: (a) a quase universalização do ensino fundamental, com apenas 2,3% das crianças entre 7-14 anos fora da escola, em 2008 (INEP, 2009); (b) crescimento do ensino médio, passando de 3.772.689 matrículas, em 1991, para 8.357.675, em 2010 (INEP, 2011); (c) crescimento do ensino superior, passando de 1.565.056 matrículas, em 1991, para 5.954.021, em 2009 (INEP, 2010); (d) atuação preponderante do setor público na educação básica, responsável por 85,4% das matrículas, em 2010 (INEP, 2011); e (e) atuação preponderante do setor privado no ensino superior, responsável por 74,41% das matrículas, em 2009 (INEP, 2010);
- (iv) a expansão acelerada do setor privado no ensino superior, a partir da década de 90, agregou a esse serviço elementos de atividade privada lucrativa, mediante a atuação de grandes grupos empresariais no setor, disputando um mercado consumidor atrativo;
- (v) a classificação da educação, em especial da educação superior, como serviço público ou como serviço privado é um debate atual nos fóruns nacionais (v.g. debates no STF, com opiniões divergentes entre os ministros) e internacionais (v.g. debates na OMC e Conferências Mundiais sobre Ensino Superior de 1998 e 2009) - em alguns momentos ressaltando-se o caráter público e, em outros, elementos que privilegiam o caráter privado da atividade.

¹⁰ Vide STF, ADI 1.007/PE e ADI 1.266/BA.

Resumo 06

Autor: Fabio Gomes dos Santos e Fernanda de Mello Matos

Tema: O equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão de serviço público

A prestação de serviços públicos ocupa um lugar importante nos fins do Estado. O serviço público tem, por força da Constituição, de corresponder a uma atividade que, pela sua própria natureza, só o Estado tem condições de prestar com vistas a propiciar melhores condições para o atendimento do interesse de toda a coletividade.

A execução dos serviços públicos pode ser realizada diretamente pela Administração Pública ou através de entes privados, mediante contrato de concessão, permissão de serviços públicos, entre outros institutos.

O contrato de concessão de serviços públicos é um contrato administrativo, e possui características peculiares que se diferem dos contratos regidos unicamente pelo Código Civil. A concessão de serviços públicos tem-se mostrado através dos tempos como um dos meios mais eficazes de o Poder Público assegurar a prestação de tal serviço com a colaboração de particulares.

A concessão representa, pois, a utilização do estímulo da iniciativa privada e da sua flexibilidade e experiência para proveito do interesse público. Entretanto, o serviço público pelo fato de passar a ser gerido por uma entidade privada não perde a sua natureza. O que se transfere não é a titularidade do serviço, mas apenas seu exercício. Assim, o Estado permanece como sendo titular do serviço público, tendo delegado, através de um contrato apenas a execução do mesmo.

Ao utilizar-se do instituto da concessão de serviço públicos, a Administração Pública delega, à empresa privada a prestação de serviços públicos. A empresa privada, diz-se, tem maior sentido da economia, produtividade e da eficiência do que as entidades públicas. E assim, condicionada por um contrato de concessão, e sujeita aos regulamentos administrativos, apertados pela fiscalização oficial e pelas exigências do público, servirá esta melhor do que uma entidade pública instalada para tal fim.

Entretanto, enquanto para o Estado, a concessão visa satisfazer o interesse da coletividade com a efetiva e adequada prestação dos serviços públicos, para o concessionário, a prestação do serviço é o meio pelo qual ele obtém o fim que almeja, qual seja, o lucro. Assim, os interesses e finalidades visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos. Na concessão de serviço público a Administração, quer a prestação adequada do serviço, ou seja, a satisfação de um interesse geral, e o particular objetiva o lucro, a satisfação de um interesse individual.

O particular mesmo sabendo das prerrogativas inerentes à Administração, em decorrência da existência das cláusulas exorbitantes inerentes aos contratos dessa natureza, manifesta sua vontade em participar da formação do vínculo, desde que tenha a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, ao longo de toda sua duração.

Nesse sentido, a concessionária tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial da concessão da concessão ao longo de todo o prazo de duração do contrato. Assim, a intangibilidade da equação financeira, apresenta-se como o mais intangível direito do concessionário.

A equação econômico-financeira do contrato traduz-se no equilíbrio entre as obrigações assumidas pelo concessionário, os encargos que serão suportados e a contraprestação devida pela concedente, ou seja, a remuneração do concessionário.

Ressalte-se que todo o contrato de concessão fica submetido a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As primeiras disciplinam o modo e a forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário. Por isso, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

Assim, as normas regulamentares ou de serviço são todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado. Já as cláusulas econômicas ou financeiras são as que coadunam com a retribuição pecuniária do serviço ou encargos patrimoniais do concessionário e que mantêm o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Vê-se, dessa forma, que existe uma série de fatores que podem desequilibrar o contrato de concessão de serviço público. Se a Administração entender necessário alterar cláusulas do contrato, sem modificação do objeto contratual, para bem satisfazer o interesse público, poderá fazê-lo, ficando o concessionário com o direito de ser ressarcido total ou parcialmente do efeito de causas que venham a interferir direta ou indiretamente sobre a economia da concessão. Há ainda a hipótese de o desequilíbrio contratual advir fatos alheios à vontade de ambos os contratantes, caso em que o desequilíbrio gerado no contrato também poderá ser discutido pelos contratantes.

Nesse sentido, a pesquisa se destina, portanto, a analisar de que forma a Administração Pública e os particulares, após firmarem um contrato de concessão de serviços públicos, podem viver harmoniosamente, respeitando seus interesses próprios, quais sejam o interesse público e o lucro do concessionário, tendo por base a vinculação das condições do contrato ao inicial equilíbrio econômico-financeiro estabelecido entre as partes.

Resultados atingidos pela pesquisa

A presente pesquisa procura explorar a relação entre a Administração Pública e os concessionários de serviços públicos quando há qualquer alteração contratual e a implicação dessa alteração ao inicial equilíbrio econômico-financeiro estabelecido entre as partes.

A pesquisa encontra-se em seu estágio inicial em que estão sendo analisados primeiramente todos os contratos de concessão de rodovias vigentes firmados pelo Governo do Estado de São Paulo com as concessionárias, especialmente quanto ao aspecto das normas que regulamentam o equilíbrio econômico-financeiro destes contratos. Após essa primeira etapa, serão analisados todos os contratos de concessão de rodovias vigentes em âmbito nacional firmado pelo Governo Federal com demais concessionárias de serviço público também quanto ao equilíbrio contratual.

Pelos resultados obtidos pode-se observar que em todos os contratos de concessão de rodovias já analisados existem cláusulas específicas sobre a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, e a forma pela qual esses contratos poderão ser reequilibrados, no caso de haver alguma das hipóteses de desequilíbrio.

A presente pesquisa se mostra de extrema importância uma vez que se não fosse assegurada a manutenção da equação financeira dos contratos de concessão de serviços públicos ao longo de toda a relação contratual, não haveria interesse por parte dos particulares de contratar com o Estado, por absoluta falta de segurança jurídica.

Resumo 07

Autor: Gabriel Abdallah Mundim

Tema: As concessões de estádios da Copa do Mundo de 2014

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Lei de PPPs”), introduziu no sistema jurídico brasileiro duas novas modalidades de concessão, notadamente: a concessão administrativa e a concessão patrocinada. São as chamadas parcerias público-privadas (“PPPs”).

Dentre as principais novidades trazidas pela Lei de PPPs, está a possibilidade de o parceiro público remunerar o parceiro privado por meio do pagamento de uma contraprestação pública. Com isso, pretendia-se, sobretudo, viabilizar projetos que não eram sustentáveis economicamente apenas com a cobrança de tarifas, antes principal fonte de receitas (juntamente com as receitas acessórias) das concessões.

Mesmo sendo tal novidade muito bem vista pelo mercado, que se sentiu imediatamente atraído pela idéia de existir uma participação pública nos grandes projetos de infraestrutura, inicialmente poucos foram os empreendimentos licitados sob essa nova forma.

Do ponto de vista jurídico/institucional, isso se justificava pelo fato de se tratar de arcabouço jurídico novo e, portanto, que exigia assimilação dos agentes públicos e também da iniciativa privada (para usar o termo da economia, seria necessário superar o custo de aprendizado).

Economicamente, tal atraso no lançamento das PPPs também se justificava já que se tratava de momento de recessão econômica mundial e baixos investimentos em infraestrutura no Brasil.

Mais recentemente, entretanto, com a reviravolta no contexto econômico, a aprovação de novos Programas de Aceleração do Crescimento (“PACs”) e, mormente, o advento da realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 no Brasil, as PPPs ganharam novo fôlego e começaram a se desenvolver principalmente no âmbito estadual.

Dos nove estádios públicos eleitos para sediar a Copa do Mundo de 2014, quatro são objeto de PPPs, quais sejam: Estádio da Fonte Nova (Bahia), Castelão (Ceará), Arena Recife (Pernambuco) e Arenas das Dunas (Rio Grande do Norte); o Estado do Rio de Janeiro ainda estuda a possibilidade de uma PPP.

Resta claro, portanto, que a figura das PPPs foi a eleita para a consecução dos projetos de estádios para a Copa do Mundo de 2014.

É diante deste cenário que nossa pesquisa se apresenta, tendo como principal objetivo justamente investigar a natureza das referidas concessões de estádios da Copa do Mundo de

2014. Muito embora tais projetos já tenham sido licitados – ou estejam prestes a ser – na forma de PPPs (na modalidade concessão administrativa), procuraremos estudar a real natureza desses arranjos contratuais e, conseqüentemente, buscar identificar seus regimes jurídicos.

Em outras palavras, pretendemos discutir se a PPP e, por conseguinte, o regime jurídico a ela aplicável, revela o instrumento jurídico mais adequado para esse tipo de projeto.

Para tanto, pretendemos realizar extensa análise dos editais e contratos de PPP de estádios firmados até o presente momento, dando especial enfoque a certos pontos que, a nosso ver, podem ser determinantes para que identifiquemos a natureza dessas concessões, quais sejam: (i) o objeto e o valor contratual; (ii) a existência de garantias públicas; (iii) a divisão contratual de riscos; e (iv) o pagamento de remuneração pública.

Uma vez concluída tal análise, almejamos concluir se, de fato, tais concessões se enquadram no regime jurídico das PPPs ou se, caso contrário, traduzem verdadeiras concessões de obra pública ou até mesmo contratos de empreitada. Vale destacar que dizer que tais concessões não têm a natureza de PPPs implicaria imediatamente em identificar o novo regime jurídico aplicável a tais contratos o que nos remeterá também a essa discussão.

Além disso, caso concluamos que os contratos de PPPs de estádios da Copa do Mundo de 2014 possuam natureza diversa, enfrentaremos igualmente o porquê da opção da Administração Pública pela figura da PPP em detrimento de outras eventualmente mais adequadas (do ponto de vista jurídico) para esse tipo de projeto.

Resumo 08

Autor: Vítor Monteiro

Tema: Competências constitucionais dos entes federados no serviço de saneamento básico

A temática do saneamento básico não é nova. Contudo, a ausência de um conjunto robusto de estruturas para ofertar a toda a população este serviço afronta a proposta de um país que se pretende desenvolvido. A carência na oferta do serviço público de saneamento básico tem múltiplos fatores, a pesquisa empreendida, por sua vez, objetivará examinar as dificuldades que a conformação constitucional da matéria, no que concerne à distribuição de competências deste serviço, impõe ao Estado brasileiro, ofertando uma solução federativa harmonizadora para a questão.

Sob este foco, a pesquisa examinará a inovação da Constituição de 1988 ao alocar no plano da Lei Maior o serviço de saneamento básico. Sua indicação, além de relacionar-se a aspectos do direito à saúde, tem profunda relevância para a Administração Pública, principalmente diante da estrutura federativa pela qual esta atua.

Assim, a Constituição impõe como de competência comum dos entes federativos “promover a melhoria das condições de saneamento básico” (Constituição Federal, art. 23, IX). Além disso, indica o texto constitucional taxativamente caber à União Federal instituir diretrizes para o saneamento (Constituição Federal, art. 21, XX). No exercício desta competência, a União Federal editou a Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

Essas orientações, embora tragam algum norte, não respondem à problemática situação sobre a titularidade para a execução do serviço de saneamento básico. Mesmo que seja possível interpretar que, por se tratar de competência material de todos os entes federados, não há distinção quanto à titularidade do serviço, esta pesquisa procurará formular um entendimento capaz de relacionar a competência em razão da matéria de cada ente com uma execução articulada do serviço, especialmente por se tratar esta de uma necessidade em face das particularidades do serviço de saneamento básico.

Para tanto, sob a orientação da legislação vigente, a pesquisa adentrará na doutrina preocupada em examinar a questão da regulação e prestação deste serviço, além de analisar a perspectiva de mudança de orientação aventada sobre o assunto pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos votos proferidos nos julgamentos pendentes das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.842 e 2.077.

Também, tomando em conta a premência de uma execução coletiva do serviço de saneamento básico, a oferta de uma resposta para a questão constitucional colocada perpassará o exame

de alguns conceitos e figuras jurídicos indicados no texto constitucional, como “região metropolitana” (Constituição Federal, art. 25, § 3º), “interesse local” (Constituição Federal, art. 30, I) e “interesse comum” (Constituição Federal, art. 25, § 3º).

Postas tais considerações, a pesquisa caminhará a fim de verificar a pertinência jurídica do argumento que propõe a seguinte conformação constitucional para o prestação do serviço de saneamento básico. Em primeiro lugar, a competência material da União Federal sobre o referido serviço estaria apontada no próprio texto constitucional, quando indica, no rol de competências materiais da União, competir a esta instituir diretrizes gerais para o serviço de saneamento básico. Por sua vez, o fato de o serviço de saneamento básico ter profunda pertinência com elementos locais realçaria a titularidade municipal, como regra, para legislar, observada as diretrizes fixadas pela norma geral da União, prestando este serviço à comunidade. Por fim, a regra será excepcionada sempre que verificada a ocorrência de um interesse que ultrapasse os limites da municipalidade, afigurando-se como um interesse comum de uma determinada região. Em face desta situação, a Constituição Federal admite a transferência da titularidade para o Estado-membro legislar, também conforme as orientações gerais formuladas pela União Federal, sobre o serviço de saneamento básico, desde que, presentes os requisitos constitucionais para a instituição de uma Região Metropolitana, o Estado-membro a criar, a fim de que esta preste o serviço de saneamento.

Portanto, a pesquisa tentará promover uma leitura que prestigie a forma federativa do Estado brasileiro, consagrada já no art. 1º da Constituição de 1988, em face de um serviço público, para o qual a Carta da República determinou como de objetivo comum de todos os entes federados.

Resumo 09

Autor: Miguel Etinger

Tema: Regiões metropolitanas brasileiras e autonomia municipal: eficácia da norma constitucional brasileira e de experiências estrangeiras na gestão dos interesses regionais.

O atendimento às demandas de determinada parcela da população que vive nas chamadas Regiões Metropolitanas no Brasil tem apresentado acentuada dificuldade em obter resultados satisfatórios, na medida em que estes espaços territoriais estejam situados em diferentes jurisdições político-territoriais. Tais dificuldades têm origem, sobretudo, na necessidade da composição de arranjos governamentais que possam atuar de forma conjunta e coordenada, abrangendo Estados e Municípios envolvidos nesta dinâmica metropolitana, e que abrange aspectos fiscais, sociais, ambientais e jurídicos. O presente trabalho analisa este último aspecto, sobretudo, em relação à questão das competências constitucionais dos entes envolvidos e o papel a ser desempenhado por cada um na regulação do solo urbano, um dos aspectos mais relevantes em relação ao tema metropolitano. Se a dependência de um eventual acordo entre os entes federativos tem se mostrado raro na história federativa brasileira, tal fato não pode constituir-se em um fator impeditivo do alcance dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, principalmente levando-se em consideração que uma regulação adequada do solo urbano em uma perspectiva regional (metropolitana) é uma meio fundamental para o alcance de vários direitos, como moradia e meio ambiente equilibrado. Identificando o Estado-Membro como figura principal deste mister, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, e reconhecendo o cenário de constitucionalização do direito administrativo atual bem como da chamada “crise da lei”, verifica-se que este ente federativo pode e deve assumir plenamente suas competências, elaborando um estudo técnico de planejamento regional, não necessariamente aprovado por lei formal, e vinculante para os Municípios.

A idéia de que à Administração Pública só seria lícito atuar nos estritos limites que a lei formal a autorizar vem sendo substituída pela idéia de juridicidade administrativa, que se traduz na possibilidade desta Administração Pública buscar o fundamento de sua atuação diretamente na Constituição em casos que não lhe fosse obrigatória sua atuação com fundamento direto na lei. Neste sentido, a adoção da primazia do constitucionalismo sobre o legalismo no período Pós-Guerras, leva ao reconhecimento da Constituição como instituidora e garantidora de princípios e valores dotados de carga jurídica suprema. A Constituição se presta não só como norma direta e imediatamente autorizadora da atuação administrativa, mas também lhe serve como critério imediato de decisão. Esta constitucionalização do Direito, e mais especificamente do Direito Administrativo, identifica uma atuação da Administração Pública com fundamento direto nos princípios constitucionais, sem a imprescindibilidade da lei mediadora.

Na questão da regulamentação do solo urbano, a Constituição Federal não traz uma reserva de lei formal ou material, e tampouco reserva de lei absoluta ou relativa quanto ao grau de densificação normativa, quando vedaria a possibilidade de delegação de competência normativa a órgão da Administração. É que a Constituição Federal determina em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, que o direito de propriedade é garantido, mas que esta propriedade deverá atender à sua função social. O artigo 182, por seu turno, estabelece em seu caput que a política de desenvolvimento urbano será executada conforme diretrizes gerais fixadas em lei (que veio ser o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01), e no parágrafo 2º estipula que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (que deverá ser aprovado por lei municipal). Ora, o princípio da reserva de lei refere-se, portanto, às “diretrizes gerais” e às “exigências fundamentais”, permitindo, deste modo, uma atividade integradora por parte da Administração Pública, cuja atividade estaria inserida em uma das etapas de produção da norma jurídica, concretizando de forma gradual, pontual, as normas jurídicas precedentes.

Esta construção jurídica amplia as possibilidades de conformação dos espaços urbanos, locais ou regionais, cabendo à sociedade construir seu modelo possível de atuação na regulação de diversos assuntos, em especial na questão do solo urbano.

Resumo 10

Autor: Thiago Stuchi Reis de Oliveira

Tema: Responsabilidade civil do Estado por dano nuclear

Esta pesquisa objetiva analisar a maneira como, no Brasil, o instituto da responsabilidade civil é aplicado em caso de danos decorrentes de atividades nucleares.

O trabalho ganha relevância na medida em que se observa freqüentemente, por meio dos veículos de comunicação, a ocorrência de catástrofes nucleares em todo o mundo (Ucrânia, Estados Unidos, Suíça, Japão, etc.). No Brasil, embora não tenha ocorrido nenhum caso emblemático nesse sentido (o caso do Césio 137, em Goiânia, em 1987, não é entendido como dano decorrente de atividade nuclear), é crescente o investimento público em tal tipo de fonte energética, o que de fato aumenta a possibilidade de ocorrência de um evento danoso nuclear. Urge o estudo da maneira como o Direito pátrio lida com o advento e o avanço dessa nova tecnologia, portanto.

Inicialmente, analisamos o conceito de responsabilidade civil e suas principais vertentes – contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva -, detendo-nos um pouco mais na responsabilidade civil extracontratual do Estado, com ênfase no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em seguida, avançamos para a seara do direito nuclear ou atômico, expondo o que a doutrina clássica entende acerca de sua abrangência.

Passamos então à análise do conceito de atividade nuclear, a partir dos principais tratados internacionais, da Constituição da República e da legislação brasileira (Lei nº 6.453/77 e Decreto nº911/93, por exemplo) sobre o assunto, etapa necessária para se delimitar o alcance do conceito de dano nuclear.

Fixados os pressupostos, analisamos como a doutrina e a jurisprudência brasileiras, a partir dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais vigentes, encaram a aplicação do dever estatal de indenizar terceiros que tenham sofrido dano decorrente de atividade nuclear.

Atentando-se para a evolução histórica, observamos que a possibilidade de ocorrência de dano nuclear provocou uma necessidade de se criar um regime de responsabilidade civil próprio para a solução de tais problemas. Mas ainda existem dúvidas quanto à aplicação do instituto.

O debate passa por questionamentos sobre a recepção da citada Lei nº 6.453/77 (dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal por danos nucleares) pela Constituição de 1988, abarcando aí a dúvida quanto à vigência de seu artigo 9º, que estabelece limite ao valor da

reparação, e acerca da recepção do artigo 8º do Decreto nº 911/93 (promulga a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares) pela Carta Maior.

Ademais, e por fim, toda essa discussão é construída para que se chegue a uma conclusão acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil aplicável aos danos nucleares. Partindo-se da idéia de que a responsabilidade é objetiva, por previsão constitucional, o estudo analisa se há ou não excludentes de ilicitude, isto é, se deve ser aplicada a teoria do risco integral ou a do risco administrativo.

Resultados atingidos pela pesquisa

Em suma, concluímos no desenvolvimento da pesquisa o seguinte: a) no Brasil, danos nucleares aptos a ensejarem o dever estatal de reparação civil envolvem apenas aqueles decorrentes do exercício de atividade nuclear, prevista no artigo 177, V, da Constituição Federal, não se incluindo naqueles, por exemplo, danos radioativos provenientes de equipamentos de raios-X; b) a responsabilidade civil adotada nos casos em discussão é a objetiva; c) a Lei nº 6.453/77 e o Decreto nº 911/93 foram recepcionados pela Constituição Federal; d) não há que se falar em limitação dos valores das indenizações; e e) a legislação infraconstitucional prevê excludentes de responsabilidade, o que impõe, na ocorrência de dano nuclear, a aplicação da teoria do risco administrativo, e não do risco integral, conforme têm sustentado a jurisprudência e a doutrina majoritária brasileiras.

Resumo 11

Autor: Natália Pasquini Moretti

Tema: A responsabilidade do advogado público em decorrência do exercício de suas atribuições na área consultiva

A Constituição Federal de 1988 prevê a Advocacia Pública dentre as funções essenciais à justiça, com a mesma importância atribuída às demais funções instituídas do Estado (Seção II, do Título IV, denominado “Da Organização dos Poderes”).

O advogado público é aquele que presta serviços de representação judicial e extrajudicial ou de consultoria jurídica para a União, Estado, Distrito Federal, Município ou autarquia, sob regime estatutário.

A Constituição Federal atribui à advocacia pública dois tipos de competências: (1) preventivas, que se referem à consultoria e ao assessoramento jurídico, destinados a evitar que o gestor adote um comportamento em desacordo com a lei; e (2) postulatórias, que compreendem a defesa propriamente dita de interesses públicos cometidos às entidades políticas, com parcialidade, junto ao Poder Judiciário.

Nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico, o advogado público é questionado pelo administrador público acerca da solução que lhe pareça a melhor para conferir formatação jurídico-constitucional e viabilizar políticas públicas, obras, serviços, compras e alienações, procedimentos licitatórios, contratos administrativos, dentre outras ações administrativas. Assim, o advogado público participa ativamente do controle interno da Administração, orientando tecnicamente o administrador público, a fim de sustentar e aperfeiçoar, como dever pleno, a ordem jurídica instituída.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 133, caput, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça e reconhece, por esse motivo, a inviolabilidade “por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, da qual decorre a independência técnica, necessária para o exercício livre da advocacia. Na área consultiva o advogado público não pode sofrer pressões políticas para elaborar pareceres que favoreçam atividades administrativas ilegais ou ilegítimas.

No exercício de função de consultoria, o advogado público apresenta sua opinião técnico-jurídica sobre o caso que lhe foi submetido à apreciação por meio de um parecer jurídico, que consiste em um texto, no qual manifesta seu juízo de valor acerca de questão jurídica submetida a sua apreciação.

Muito embora os pareceres jurídicos tenham, em regra, caráter opinativo, é preciso destacar-se que sua elaboração depende da interpretação da lei, atividade intelectual complexa, atribuída exclusivamente ao profissional da área jurídica.

Há responsabilidade do advogado público pelo mau desempenho de sua função técnico-jurídica seja pela inércia ou demora, seja pela emissão de parecer em ato posteriormente tido como irregular.

O advogado público que não elabora o parecer solicitado é responsável porque se omite no cumprimento do dever que a lei lhe atribui. Há também a possibilidade de responsabilização do advogado que emite o parecer requisitado intempestivamente. Em ambos os casos ocorre violação aos princípios constitucionais da legalidade, da eficiência e da razoável duração do processo.

De outra via, há responsabilidade do advogado público pela emissão de parecer jurídico utilizado como subsídio para a prática de ato considerado ilegal pelos órgãos de controle da Administração.

O Direito não é uma ciência exata e pode existir, por tal motivo, divergência na interpretação das normas. Aliás, a existência de opiniões jurídicas diversas é salutar para enriquecer os debates e produzir melhores resultados na descoberta do sentido e do alcance das normas jurídicas. Assim, ainda que o órgão de controle discorde da posição defendida pelo parecerista não poderá responsabilizá-lo apenas por essa divergência de opinião. Somente haverá responsabilidade do parecerista público que tiver agido com dolo ou culpa grave, nos termos do artigo 32, caput, do Estatuto da OAB.

O advogado público em função de consultoria poderá ser punido em razão da adoção de uma conduta culposa em sentido estrito ou, com maior razão, de uma conduta dolosa. Contudo, é necessário que a culpa se manifeste de forma grosseira (grave) ou que se constate a existência de intenção de violar deliberadamente a ordem normativa a que estava obrigado a observar no exercício de suas atribuições (dolo).

A responsabilidade do advogado público em função de consultoria deverá ser aferida conforme sua própria atividade e não pela conduta do gestor público. Deve ser levada em conta a intenção do advogado público de praticar uma conduta contrária à ordem jurídica, independentemente da espécie de parecer.

Por fim, é indispensável que sejam respeitadas as prerrogativas de inviolabilidade profissional e de liberdade intelectual inerentes ao exercício da advocacia pública, para viabilizar a realização dessa função essencial à justiça com responsabilidade e independência, como deve ser num Estado Democrático de Direito.

Resumo 12

Autor: Luciano Alves Rodrigues dos Santos e Rosane da Rosa Cachapuz

Tema: A utilização de meios extrajudiciais na resolução de conflitos envolvendo negócios jurídicos públicos

A presente pesquisa enfoca diretamente a efetiva utilização de meios extrajudiciais na resolução de conflitos envolvendo negócios jurídicos públicos, com ênfase à arbitragem, uma vez que é comum, dentre demandas e contratos administrativos avençados — quer sejam entre outro ente público ou um particular —, a presença dos quesitos tempo e carência resolutive. A partir desta problemática, intende-se expor toda a base resolutive sobre o instituto da arbitragem, calcado na Lei n. 9.307/96, que, além da celeridade, não recursividade e desburocratização que alberga, possui vetores legais que por si só conduzem as partes a uma verdadeira administração dos conflitos emergentes; e jamais a uma forma equidistante, como se mostra o Judiciário, ainda que se tenha, da mesma forma, contraditório e ampla defesa. Isso porque as partes, quando investidas na resolução de conflitos por meio do Estado, usam de veias maquiadas e convencionadas, focadas unicamente na postergação. Na arbitragem, ao contrário, atuam conjuntamente, com o intuito de verem tão-logo solvida a crise perpetrada. A partir desse intróito, há que se gastar alguns verbos acerca do instituto da arbitragem, que se molda sob a égide de um processo, de modo idêntico ao modelo estatal e de mesmas garantias, embora célere, de modo que se administre ou resolva, eficazmente, conflitos envolvendo pretensões em crise. Além disso, baseia-se exclusivamente em duas características principais: a) um acordo de vontade das partes, firmado quando do nascimento do contrato, pela inserção da cláusula compromissória; ou mesmo pós-lide, pelo compromisso arbitral — ambos formadores da convenção de arbitragem; b) o poder de julgar que recebe(m) o(s) árbitro(s), subtraindo no todo a jurisdição estatal. Trata-se, de modo específico, de um meio alternativo de administração ou resolução de controvérsias que versem sobre direitos disponíveis e patrimoniais, pelo qual as partes excluem a possibilidade de julgamento pelo Poder Judiciário e as entregam a um terceiro por elas escolhido e de sua confiança — o árbitro —, que possui conhecimentos técnicos suficientes para diluir toda a crise que daqueles exsurgiu. Contudo, nova problemática surge a partir do momento que se está a atuar face ao Direito Administrativo, já que é eminente, ao se lançar na efetiva possibilidade de se resolver conflitos por ele regidos, atentar-se ao caráter indisponível que alberga. E sabe-se, contudo, que a arbitragem versa apenas sobre direitos patrimoniais — e disponíveis —, conforme bem preconizam os termos da lei supracitada. Desse viés conspurcado, também se tem como premissa que todos os bens públicos, por regra, plasmam-se pela indisponibilidade. Mas, a *contrario sensu*, há atos que o Estado promove cujo bojo contém apenas força de gestão, e que, por óbvio, estão imersos no campo da disponibilidade. Sendo assim, é plenamente possível fazer uso da arbitragem quando qualquer vício advier. Para esta tarefa, é preciso que

se encontre uma porção de disponibilidade na indisponibilidade. Ademais, quando se está a depreender tais vertentes face ao campo exclusivamente pragmático, o próprio Tribunal de Contas da União se mostra contrário a todo o posicionamento elucidado, pois usar de meios extrajudiciais feriria, no todo, os princípios norteadores da administração pública, conquanto careçam apenas de regulamentação. Porém, a Corte Excelsa tem reconhecido, de modo pleno, a formação de juízo arbitral face à Fazenda Pública. Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça já formou convencimentos fortes no sentido de que: se possível é o emprego em âmbito internacional, não há que se afastar a forma extrajudicial do plano administrativo, que se mostra, vez outra, rodeado de controvérsias e conflitos sem solução célere, o que provoca um senso de descaso face ao Poder Executivo e Judiciário. Além disso, não há um porquê maior para que não se lhes admitam, até bem porque não se está a atuar no campo da indisponibilidade quando se está a tratar de pura gestão negocial, seja face a um particular ou ante a outro ente público. E pontos positivos devem ser ressaltados: a) a arbitragem possui, no máximo, seis meses para que dos atos sobrevenha sentença, com força de coisa julgada, revestida em título executivo judicial, diferentemente da jurisdição secundária do Estado, que percorre por passos incipientes e lentos; b) o árbitro, igualado ao juiz togado, não consiste em pessoa alienígena ao fato inquinado, mas sim naquele com cognoscibilidade suficientemente possível e dotado de capacidade resolvente. Outrossim, como a administração pública labora em prol à gestão e promoção social, de modo que a esta própria sejam revertidas todas as consequências e benesses que produz, é imprescindível que celeridade seja a meta primeira a se galgar quando face a uma relação infeccionada que envolva, v.g., um contrato de parceria público-privada, um contrato de concessão etc. Enfim, a presente pesquisa versa unicamente sobre a problemática que se expôs, de modo sucinto, tendo como base maior a obra “A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro”, tema este que também se difunde nos projetos e orientações em campo maior.

Resumo 13

Autor: Beatriz Auxiliadora Rezende Machado

Tema: Registro: o processo administrativo de tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro à luz da lei n° 9.784/99

Cuida-se de pesquisa versada na confrontação da estrutura procedimental do processo de registro, disciplinado primordialmente pelo Decreto Federal n.º 3551/2000 e pela Resolução n.º 01/2006/IPHAN, com o arquétipo de devido processo legal administrativo insculpido pela Constituição da República de 1988 e pela Lei Federal n.º 9.784/99. Está estruturada, metodologicamente, em incursão bibliográfica nacional dedutiva, com assentamento conceitual tratado pela técnica da análise textual, temática e interpretativa, paralela ao estudo comparativo, por análise de conteúdo, dos instrumentos normativos acima enunciados, tomados como fontes primárias de pesquisa documental. Em resposta à proteção constitucionalmente assegurada ao acesso, produção e preservação de seu patrimônio cultural imaterial, e atendendo a ditames internacionais de efetivação do direito fundamental à cultura, a teor do exposto na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003, a União estruturou processo administrativo de registro, cuja tramitação e atos decisórios reservou à esfera de atribuições do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Num primeiro momento, e considerada sua efetiva aplicação em mais de duas dezenas de processos instaurados e concluídos, se há de reconhecer a existência de regulamentação infraconstitucional específica para o registro administrativo. Contudo, compulsados seus termos com o fito de compatibilização com a abertura constitucional à participação popular nos atos decisórios, proteção ao contraditório como garantia de inserção na dialética processual previamente à tomada de decisões, e estruturação das atribuições de decisão e recurso de forma a propiciar pluralidade de instâncias, nota-se que as disposições da Lei n.º 9.784/99 assumem função mais notória que a mera aplicação subsidiária; em lugar disso, constituem fonte justificadora de múltiplos atos processuais não previstos em seu encadeamento procedimental originalmente proposto. Ainda na fase de instauração, vem do art. 9º a ênfase na legitimidade de organizações e associações que representam a sociedade civil no intuito de proteção do acervo patrimonial que lhe é caro, e a quem por certo, justamente por não dispor dos meios de atuação técnica reunidos pela Administração Pública, deve ser mitigado o rigorismo da prova pré-constituída tal como previsto no art. 3º do Decreto n.º 3551/2000 e no art. 4º da Resolução n.º 01/2006/IPHAN. Sobre o juízo de admissibilidade efetuado pela Câmara do Patrimônio Imaterial, não assegura formalmente aos administrados, nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei n.º 9.784/99, a ciência da tramitação do processo, com potenciais prejuízos ao contraditório em caso de ordem nesta fase confirmada de arquivamento. Ao longo da instrução, pela complexidade da produção da prova e necessidade de participação dos interessados, reclama-se a transparência dos atos da iniciativa de delegação, bem como a

oferta de meios pelo poder público para viabilização das medidas probatórias relevantes, solicitadas por sujeito hipossuficiente para sua produção. Em apreço à discussão mais ampla de seus termos e à lisura da instrução, é aplicável a vedação à prova ilícita, conforme disposto na Lei n.º 9.784/99, e noutro norte recomendável a realização de consulta e audiência públicas, bem como reunião com agentes de outros órgãos e entidades administrativas. Por fim, mas sem esgotar a temática, fala-se ainda em necessidade de formação de instância recursal, sobretudo para os casos de arquivamento do pedido por decisão do Conselho Consultivo, diferente do exposto no art. 5º do Decreto n.º 3551/2000 e no art. 14 da Resolução n.º 01/2006/IPHAN, levando-se em consideração ainda a impropriedade de se reservar ao Presidente do IPHAN, mesma autoridade a quem endereçado o requerimento de instauração do processo, a competência recursal superior ao órgão colegiado de caráter técnico e representativo. Em síntese, a conclusão deste trabalho é pela compatibilização dos instrumentos normativos próprios do registro com as regras enunciadas pela Lei n.º 9.784/99, em especial para fins de instrução, atendimento ao contraditório e viabilidade de recurso, para se alcançar prática processual mais consentânea com a proposta constitucional de tratamento pluralista do bem tutelado transindividual.

Resumo 14

Autor: Vicente de Paula Marques Filho e Fernanda Vicentini

Tema: O conselho de contribuintes: definitividade das decisões e controle jurisdicional

As discussões sobre o processo administrativo tributário federal revelam-se notadamente instigantes, principalmente quando se trata das controvérsias entre a definitividade das decisões administrativas, que se caracteriza como uma imunidade de alto grau de certas decisões, em confronto com a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional como forma de efetivo acesso à justiça.

A relevância do presente estudo apresenta-se na tentativa de responder até que ponto deverão prevalecer as decisões administrativas proferidas, em última instância, pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que estão cobertas pela definitividade. É um desafio aos juristas modernos buscarem um equilíbrio entre conflitos dignos de soluções judiciais em confronto com outros que não devem ser jurisdicionados.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais- CARF (Lei 11.941/2009) é o órgão máximo processo administrativo tributário na esfera federal, e busca uma decisão no âmbito da própria Administração Pública, não se desincumbindo de garantir efetividade à garantia constitucional do devido processo legal. Trata-se de órgão colegiado e paritário de controle da legalidade sobre atos da fiscalização da Receita Federal do Brasil.

O processo administrativo federal é uma opção ao contribuinte, que não é obrigado a esgotar a esfera administrativa para só então se dirigir ao judiciário; mas a opção pela via judicial importa em renúncia à esfera administrativa, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830/80.

Mencionado processo tem princípios informadores. O art. 37 do texto constitucional estabelece a obediência, por parte da administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da mesma forma que o procedimento administrativo apresenta os princípios da celeridade, formalismo moderado, acessibilidade e gratuidade do processo.

Ainda, por força dos princípios Constitucionais (art. 5º, inciso XXXV), quais sejam o da segurança jurídica e do acesso à justiça, fala-se na definitividade de certos atos da Administração pública, ou seja, fala-se em eficácia preclusiva das decisões terminativas (semelhante à coisa julgada do processo judicial) proferidas pelos órgãos de julgamento da Administração Fazendária em relação ao fisco, com a possibilidade unilateral de discussão das matérias em juízo, vez que passíveis de serem feitas apenas pelo contribuinte.

Tal definitividade das decisões tem influenciado diretamente no planejamento tributário das empresas, e por vezes consubstanciam instrumento de técnica elisiva, o qual pode ser manejado para diminuir a carga tributária e maximizar os lucros, com um custo e duração muito inferiores ao do processo judicial.

Em virtude da eficácia preclusiva de que se revestem tais decisões, não podem ser elas alteradas por conveniência e oportunidade da Administração Pública, ou seja, esta não pode ir a juízo em busca de uma decisão que desconstitua aquela proferida por ela própria visto que acarretaria manifesta violação ao princípio da segurança jurídica, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, bem como, atentaria contra o princípio da moralidade administrativa - além de acarretar a inutilidade de existência do Conselho, visto que tais decisões não teriam valor e poderiam ser desconstituídas.

Tem-se assim, um controle jurisdicional limitado. Considerando que o poder jurisdicional não altera, não modifica atos administrativos, nem poderá revogá-los em regra, muito menos poderia fazê-lo a pedido da própria Administração, sob risco de ferir o princípio a separação dos Poderes.

Ademais, a imunidade de tais decisões administrativas frente a possíveis controles judiciais justifica-se pela necessária estabilidade das relações jurídicas buscada pela administração, como interesse público.

Resumo 15

Autor: Fernando Moreno Machado

Tema: Sanções administrativas na Lei de Licitações

Cuida-se de tema integrante de pesquisa para elaboração de dissertação de mestrado, cujo tema envolve, em síntese, a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, pela administração pública, de licitantes sancionados com suspensão temporária do direito de participar de licitação, impedimento para contratar com a administração pública ou declaração de inidoneidade, que buscam burlar tais penalidades por meio de operações societárias, mormente constituindo outras empresas, com mesmo objeto e quadro social.

Para tanto, a intenção desta etapa do trabalho abrange o estudo da lei de licitações, principalmente em seus artigos 86 a 88, com a análise, dentre outras questões, das origens dos institutos, evolução, hipóteses de cabimento, princípios aplicáveis, eficácia das sanções no tocante à preservação do patrimônio público e revisão jurisdicional das penalidades impostas pela administração.

Além dos fundamentos teóricos a respeito do regime sancionatório, cuida-se da análise, também, de pontos peculiares que merecem destaque.

Há considerável concordância doutrinária a respeito de certa similitude entre o regime jurídico das sanções administrativas e o direito penal, com aproximação relevante no que se refere à aplicação dos princípios que embasam a atuação da administração pública, com destaque para a legalidade estrita na previsão das penalidades e proporcionalidade entre o ato tido por irregular e a respectiva consequência sancionatória.

Quanto à imposição das penalidades no caso concreto, pelo fato de a lei não trazer a hipótese de incidência de cada tipo, autores de peso, como Marçal Justen Filho, adotam posição radical ao defender que as penalidades previstas na lei nº 8.666/1993 são inaplicáveis, por não atenderem ao princípio da especificação. Vale dizer, referido normativo estabelece a imposição de penalidades por conta da inexecução parcial ou total do contrato, sem especificar qual a punição específica para cada conduta, o que equivaleria, no direito penal, a impor um rol de sanções “pela prática de ato criminoso”, defendendo ser incabível a concessão de tamanha discricionariedade à administração neste âmbito.

Surge como relevante, também, a adequada aplicação do princípio do personalismo da sanção, que acarretaria a impossibilidade de estender os efeitos das penas para além da pessoa que praticou o ilícito, o que tornaria necessária reflexão nos casos concretos, na hipótese em que nem todos os sócios ou quotistas da empresa tenham colaborado para a prática do ato sancionado.

Do mesmo modo, há discussões quanto ao aspecto de norma geral dos artigos da lei nos resultados buscam a consolidação dos fundamentos sobre o regime jurídico sancionatório, figurando como etapa necessária ao alcance das conclusões acerca dos temas controversos apresentados, que serão objeto de progressiva reflexão durante a elaboração do trabalho.

Resumo 16

Autor: Francisco Emílio Baleotti e João Carlos Leal Júnior

Tema: A razoável duração do processo administrativo e as repercussões do princípio no âmbito do CADE

Conforme a lição de Cruz e Tucci (1998), dentre os acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem, centra-se o fenômeno tempo. E esse objeto de experimentação em muitos campos repercute, tendo especial relevância nos quadrantes do direito, tanto em âmbito material, quanto processual.

Partindo dessas premissas, o presente esboço volta-se à análise do direito fundamental à razoável duração do processo administrativo, incorporado ao texto constitucional com a promulgação da emenda constitucional 45/04 (inciso LXXVIII do artigo 5º), focando-se nas repercussões jurídico-econômicas geradas pela demora nos processos administrativos que tramitam no âmbito do CADE.

Diante disso, faz-se necessário esclarecer que o processo é um fenômeno em movimento (PIETRO, 1994), instrumento para o legítimo exercício do poder estatal (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 1994), cuja existência no âmbito administrativo se justifica segundo a lição de Medauar (2010): o ordenamento jurídico por vezes impõe a precessão de uma série encadeada de fases para que se chegue a um ato administrativo válido e legítimo. Apesar de divergências terminológicas, processo não se confunde com procedimento (PIETRO, 1994), representando este o modo de ser daquele. Assim, entende a melhor doutrina (MARRARA; NOHARA, 2009; MELLO, 2003; MEDAUAR, 2010) adequado o uso da expressão processo administrativo da forma como se apresenta na Constituição e em demais textos de lei no direito positivo brasileiro.

O processo administrativo, então, além do liame entre os atos que o conformam, ostenta vínculos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, ônus, faculdades e poderes na relação processual que com ele surge. Demais disso, recebe influxo de princípios constitucionais, tais como o *due process of law* e a razoabilidade temporal, ora em apreço.

Aplicando o tema ao direito administrativo econômico, avulta sua importância. Alvejando atender ao disposto no §4º do artigo 173 da Constituição – a repressão ao abuso do poder econômico, isto é, estratégias adotadas pelo Estado que, mediante intervenção no domínio econômico, “tem o objetivo de neutralizar os comportamentos causadores de distorção nas condições normais de mercado em decorrência do acúmulo de riquezas” (CARVALHO FILHO, 2009, p.870) – foi criada a lei nº 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. O Conselho em questão tem atribuições administrativas de natureza repressiva, preventiva e educativa. É de

sua alçada julgar denúncias de abuso do poder econômico, assim como atos de concentração entre empresas. A constituição deste ato decisório pressupõe processo administrativo anterior, que naturalmente exige certo tempo para sua tramitação, em razão da diversidade de atos requeridos.

Por força da previsão constitucional aventada, contudo, o trâmite processual deve também neste âmbito cingir-se aos lindes do razoável. O conceito, porém, de larga abertura, mostra-se indeterminado (MARRARA; NOHARA, 2009), não conferindo ao administrado um parâmetro objetivo para avaliar eventual desrespeito ao direito.

Assim, a expressão, que se liga ao princípio da eficiência administrativa (ANDRADE, 2007), faz necessária interpretação justa e idônea a precisar sua significância (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, 2010). Entre os critérios para aferição, tem-se, em primeiro lugar, que, “existindo previsão de prazos predeterminados em lei, os mesmos devem ser necessariamente obedecidos, não se admitindo seu desrespeito por quem quer que seja, salvo fundado motivo” (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, 2010). Diante desta tessitura, o prazo razoável será aquele que seguiu as determinações previstas em lei. Em situações em que não houver fixação, por seu turno, afigura-se imperioso que o julgador lance mão do imperativo de eficiência como principal elemento balizador. A doutrina elegeu critérios norteadores, sendo relevantes neste estudo os seguintes i) a repercussão da solução jurídica para o meio social e ii) a afetação do litigante pelas consequências da demora (RIGHI, 2008).

Assim, em termos concretos, no que concerne a processo instaurado para averiguar ofensa à concorrência (processo administrativo sancionador), eventual demora na decisão do CADE faz gerar prejuízos jurídicos e econômicos de grande vulto: se há de fato abuso, até que se chegue ao resultado, permanecerá ele sendo perpetrado, gerando lesões ao mercado, aos consumidores e a outras empresas; constatada a inexistência, a demora só terá ocasionado delonga na insegurança e no temor da empresa acusada, com prováveis repercussões no mercado de consumo e no valor de suas ações. Por outro lado, com relação à análise de atos de concentração de empresas (processo administrativo de outorga), a demora na resposta da autarquia pode gerar prejuízos consideráveis, especialmente se o ato ocorreu previamente, como faculta a lei, e se o Conselho acaba, tempos depois, por desaprová-lo, gerando a desconstituição da operação.

Enfim, a atuação do CADE, forma patente de intervenção do Estado na ordem econômica, algo imprescindível no modelo estatal desenhado na Constituição brasileira de 1988, mostra-se de grande valia, de forma a garantir os preceitos constitucionais de defesa da ordem econômica e da concorrência e, mediatamente, a justiça social e a dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2003). A essencialidade de processo administrativo prévio para a confecção de uma grande gama de atos nesta seara liga-se à busca de melhor conteúdo das decisões, legitimação de poder, justiça efetiva (MEDAUAR, 2008) e democratização da atuação estatal. A real

concretização destes intentos só será possível a partir de uma tramitação ocorrida em prazo razoável, para que não haja prejuízos desnecessários e injustos para os administrados.

Assim sendo, delongas injustificadas e sem amparo legal possibilitam ao administrado prejudicado impetrar mandado de segurança a fim de contornar a situação e, além disso, buscar judicialmente mesmo a responsabilização do Estado, se presentes seus requisitos. Devem ser criadas, ademais, sanções eficazes para as partes procrastinadoras, assim como efeitos para a demora injustificada do julgador.

De toda a sorte, resta o bom senso dos litigantes em âmbito administrativo e do Estado, no caso representado pelo CADE, a fim de ser concretizada a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Resultados

Diante da pesquisa que vem sendo realizada, ora em trâmite, chegou-se aos seguintes resultados: i) grande importância do processo administrativo para a democratização das decisões estatais e legitimação do poder; ii) diferença de processo e procedimento administrativo: delimitação dos conceitos; iii) informalismo e gratuidade do processo administrativo; iv) essencialidade do processo administrativo para a tomada de determinadas espécies de decisão do poder público; v) abertura conceitual da expressão razoável duração do processo, o que, contudo, não gera a inefetividade do direito; vi) estipulação de critérios norteadores para aferição do conceito no caso concreto; vii) importância da ordem econômica como realizadora de justiça social e outros princípios constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana; viii) imprescindibilidade da defesa da concorrência; ix) destaque do papel do CADE; x) importância da empresa no cenário contemporâneo, em virtude notadamente de sua função social imanente e responsabilidade social que deve, sempre que possível, cumprir; xi) necessidade de tramitação célere dos processos administrativos no âmbito do CADE, especialmente em consideração à repercussão que geram suas decisões na ordem econômica em sentido amplo.

Resumo 17

Autor: Melanie Merlin de Andrade

Tema: O princípio da motivação como instrumento de controle: discricionariedade na instrução processual e sanção administrativa

Com a equiparação do processo administrativo ao processo judicial, em virtude do contido no art. 5º, inciso LV¹¹, surgiu para a Administração Pública a necessidade de observar em sede de processos administrativos as garantias e os princípios constitucionais aplicáveis aos processos judiciais.

No dia a dia do Processo Administrativo Disciplinar e em contato com as Comissões de Instrução e Julgamento desses processos, verificaram-se reais dificuldades na aplicação das normas e princípios atinentes, especialmente no que tange à instrução processual e à prolação do relatório final, no qual se deve optar pela aplicação de penalidade administrativa ou pela inocência do processado.

Apesar de o princípio da legalidade imperar na Administração Pública, conforme consta no caput do art. 37 da Constituição Federal¹², as normas referentes ao processo administrativo ainda são, em sua grande maioria, ultrapassadas ou muito abertas, deixando certa liberdade ao agente público.

Não bastasse isso, a lei confere grande parcela de discricionariedade à comissão, no momento de elaborar o relatório final, e à autoridade julgadora, no momento de aplicar a sanção administrativa, sem contar que os princípios da verdade material e o do formalismo moderado permitem liberdade na busca por provas na instrução e na forma de conduzir o processo.

Essa ausência de parâmetros estabelecidos faz com que a condução da instrução e a decisão final de grande parte dos processos administrativos disciplinares revelam-se ilegítimas, por estarem viciadas pela ilegalidade, pelo abuso de poder, pelo autoritarismo, pela pessoalidade ou ainda pela falta de motivação.

Na pesquisa em desenvolvimento, busca-se utilizar no Processo Administrativo Disciplinar o princípio da motivação como instrumento de compatibilidade entre o princípio da legalidade e os princípios da busca pela verdade material e do formalismo moderado, de modo a propor parâmetros para a atuação do agente público, nos casos em que a lei lhe confere discricionariedade ou é silente.

¹¹ Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹² Art. 37, *caput*. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Isso porque o princípio da motivação é atípico, pois deixa o campo essencialmente formal do direito, ocupando-se dos fatos, que é justamente o antagonismo que se impõe: a obediência à legalidade e a liberdade necessária para permitir ao agente público buscar os fatos. Desse modo, esse princípio acaba por criar um elo entre dois tipos de racionalidade, de acordo com a doutrina de Max Weber: a racionalidade formal e a racionalidade material.

Segundo o professor Egon Bockmann Moreira¹³, a motivação exige uma relação lógica entre os fatos e a norma:

A motivação exige congruência interna ao texto da decisão e relativa ao conteúdo do processo, provas e pleitos dos interessados. Não basta um provimento congruente em si mesmo, mas alheio ao processo. Deve observar uma relação harmônica, lógica e razoável entre os fatos que deram origem ao processo, os requerimentos deduzidos pelos interessados (deferidos ou não), as provas produzidas e o fundamento jurídico da decisão. Esse requisito é reforçado pelo inciso VII do parágrafo único do art. 2º (“indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”) c/c o § 1º do art. 38 da Lei nº 9.784/1999 (“Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão”).

Somente por meio da utilização adequada da liberdade que lhe é dada, o agente público estará agindo de forma legítima e é este parâmetro que se está pretendendo propor.

¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei nº 9.784/1999*. 2 ed. atual. rev. e aum. p. 333.

Resumo 18

Autor: Shirlei Silmara de Freitas Mello

Tema: Inflexões do princípio da eficiência no processo administrativo disciplinar federal brasileiro: tutela de urgência e controle consensual

Considerando que o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público, os termos função e dever se reiteram no exercício da função administrativa, em contraposição ao papel desempenhado pela vontade no que tange à manifestação do particular. Função é a prática de atos manejando interesse titularizado por outrem. Dever carrega conteúdo cogente, obrigatório, distanciado de subjetivismos e voluntarismos do agente.

Nesse contexto, é impensável afetar legitimamente a esfera jurídica de alguém sem o devido processo legal, vale dizer, o Estado deverá observar roteiros legalmente estabelecidos para impor restrições a alguém. A Constituição da República, no artigo 5º, incisos LIV e LV, garante aos interessados, isto é, aos sujeitos que figuram no processo administrativo, o direito de participação (contraditório e defesa), bem como a via processual como caminho legítimo de exercício das funções estatais.

Inicialmente, concebe-se processo como modo de exercício das funções estatais, forma de concretização do poder estatal;¹⁴ ainda, como situação jurídica ou relação jurídica, que reflete instrumento de realização do direito material; a seu turno, procedimento indica revestimento externo do processo, rito, forma de desenvolvimento do processo consubstanciada na seqüência de atos logicamente encadeados visando à produção do provimento estatal.

Na esteira do exposto, destaca-se o conceito de processo administrativo, que é o “procedimento participativo¹⁵ de exercício da função administrativa conduzido por agentes públicos¹⁶ capazes, competentes e isentos, segundo balizas previamente disciplinadas no ordenamento jurídico (Regime Jurídico Administrativo)”.¹⁷

No processo administrativo, assim como no processo penal¹⁸, prevalece a verdade real ou verdade material, posto que o conteúdo de ambas as atividades estatais gira em torno de direitos indisponíveis: o exercício da pretensão punitiva estatal como modo de recompor a legalidade, e a proteção do interesse público. Existe, no Direito francês, a “regra do exame

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2.010. P. 83.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10 ed. SP: Malheiros, 2.002. p.83.

¹⁶ A) Agentes Políticos (chefes do Executivo e auxiliares imediatos; senadores, deputados, vereadores); B) Servidores Públicos (estatutários; empregados públicos CLT; temporários: art. 37, IX, CR); C) Militares (Estatuto: Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, DF e Territórios - art. 42, CR; Forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica, CR, art. 142); D) Particulares em Colaboração (delegatários, gestores de negócio).

¹⁷ O conceito já foi reiteradamente exposto e discutido em palestras e cursos ministrados no âmbito da Administração Pública Federal. Citando-se a última oportunidade: MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Processo administrativo federal: reflexões sobre a Lei nº 9.784/99*. Material (apostila) destinado a subsidiar curso de capacitação de servidores da Universidade Federal do Tocantins. Uberlândia, 2.011.

¹⁸ RHC-62054/RJ DJ 14-09-84 p. 14915. Ministro Francisco Rezek 24/08/1984.

particular das circunstâncias”, que enfatiza a importância dos elementos do caso concreto para a formação das decisões administrativas. Em virtude de jurisprudência que remonta aos anos 20, é necessário que, em cada situação na qual deva haver uma decisão, a Administração determine o conteúdo desta levando em consideração os dados específicos do caso concreto.¹⁹

A finalidade do processo sancionador é apurar materialidade e a autoria da imputação, ponderar as circunstâncias que aí concorrem e aplicar, se for o caso, as sanções pertinentes, iniciando-se de ofício ou mediante provocação. Segundo o art. 65 da Lei nº 9.784/99, os processos administrativos dos quais resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, mediante provocação ou de ofício, quando emergirem fatos ou circunstâncias que tornem a decisão proferida desarrazoada. Tal revisão dar-se-á por meio de processo administrativo, posto que “o que em processo administrativo se afirmou só em outro poderá ser desfeito”²⁰ (Cf. STJ. MS 6.787/DF. DJ 28/08/2000. p. 53).²¹

Resultados

Isso posto, conclui-se que a norma do artigo 147 da Lei 8.112/90 possibilita o afastamento preventivo de qualquer agente, seja o acusado ou qualquer outro, que obste a instauração, o desenvolvimento saudável e o caminho para a conclusão do processo administrativo disciplinar federal. Na lição de Diniz,²² o afastamento preventivo não constitui penalidade, devendo ser aplicado quando a apuração assim o exigir, como quando o acusado (ou qualquer agente público subordinado à autoridade competente para instaurar o processo e aplicar penalidade) coagir testemunhas, dificultar a coleta de provas,²³ intimidar qualquer agente que funcione no processo, fizer desaparecer ou inutilizar documentos.

Como expressão da consensualidade, o ajustamento de conduta “com aplicação principalmente no âmbito de ações que visam à proteção de direitos coletivos e difusos, irradia-se também para outras áreas, como alternativa de solução de litígios.”²⁴²⁵ Ressalta-se, desse modo, o caráter humanista do instituto, que reconhece a falibilidade do ser humano, apostando em suas infinitas possibilidades de reajuste, na presença dos requisitos legais que viabilizam a SUSPAD. Entre os pressupostos da suspensão, figura a vontade sincera e materializada, que expressa a boa fé subjetiva, comprovando-se a boa fé objetiva pelo cumprimento do ajustamento de conduta, privilegiando, em estilo louvável, a dignidade humana.

¹⁹ CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tomo 1. Paris: Montchrestien, 1.995. p. 987.

²⁰ FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2.001. p. 45. (grifo nosso)

²¹ STJ. MS 6899/DF. DJ 19/02/2001. p. 134. Vide Recurso de Reconsideração. Tribunal de Contas da União. Acórdão 56/98 - Segunda Câmara - Ata 05/98. Processo TC nº 001.591/90-8. DOU de 17/03/1998, página 92.

²² DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Lei 8112/90 comentada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2.004. p. 447.

²³ LOUBACK, Gilberto Fernando. *Processo administrativo disciplinar e sindicância: doutrina, prática e jurisprudência*. BH: Palpite, 1.999. p 88.

²⁴ ROZZA, Claudio. *Ajustamento de conduta e suspensão de processo administrativo disciplinar*. Disponível em http://claudiorozza.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=59:ajustamento-de-conduta-e-suspensao-de-processo-disciplinar&catid=5:processo-disciplinar-a-sindicancia&Itemid=6 Acesso em 21/03/11.

²⁵ Cf. Diário da Justiça do Estado do Tocantins. DJ 2021,18/08/2008. Seção I. p.01 e 02.

Resumo 19

Autor: Alex Facciolo Pires

Tema: A Regulamentação pelo Estado da probidade administrativa

A improbidade administrativa é um câncer que corrói a gestão pública. É maldade, corrupção e desonestidade. Pelo seu efeito perverso acaba por minar os princípios basilares que estruturam o Estado Democrático de Direito. Com efeito, a comunidade, de forma indivisível, é titular de direito público subjetivo a uma gestão pública proba, ética e honesta. É nesse sentido que a pesquisa em lume tem por objetivo discorrer sobre a regulamentação do Estado nos atos de improbidade administrativa/corrupção.

Destarte, num contexto de regulamentação pelo Estado da probidade administrativa na gestão pública estão inseridos os princípios constitucionais da Administração Pública. O enfoque da pesquisa é dar ênfase aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não se olvidando da importância dos demais princípios constitucionais, os quais também são objeto de estudo e pesquisa: legalidade, impessoalidade, publicidade, transparência e eficiência.

Com efeito, o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1.988 tratou das disposições gerais sobre a Administração Pública, prevendo os atos de improbidade administrativa e suas sanções. E a normatização constitucional da improbidade administrativa foi regulada pela Lei n. 8.429/92; Lei de Improbidade Administrativa – a normatização e regulamentação do Estado na gestão pública. Referido diploma legal é intensamente objeto de estudo e pesquisa. São analisadas as modalidades dos atos de improbidade administrativa e as espécies de cominações: sanções políticas, civis e administrativas. A ênfase da pesquisa em tela é no tocante aos sujeitos passivos dos atos de improbidade, notadamente no que pertine à aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos. Há possibilidade de eles figurarem no pólo passivo da ação civil por ato de improbidade administrativa? E qual o regime jurídico a eles aplicado? Poderão sofrer apenas a sanção cível dos atos de improbidade administrativa (ressarcimento do dano/multa civil/perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente) ou podem eles perder o cargo/função pública através da ação civil pública por ato de improbidade administrativa?

Há diversas discussões do que seria o ato de improbidade administrativa. Seria apenas um ato em desconformidade com a fria letra da lei, ou uma ilegalidade qualificada pela imoralidade, fraude, desonestidade e má-fé. A controvérsia existente a respeito da natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade (penal ou extrapenal), a problemática no tocante ao foro competente dos sujeitos passivos, a época em que podem ser executadas as penalidades impostas, a prescrição, etc..

Mas a pesquisa dá ênfase à aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos. Isso em razão de recente decisão do Supremo Tribunal Federal (Reclamação n. 2138-STF) decidindo-se que aos agentes políticos se aplica o regime jurídico político-administrativo previsto na Constituição Federal (inteligência dos artigos 85, 86 e 52) afastando a hipótese da aplicação da Lei n. 8.429/92 (6 votos a 5).

A pesquisa ainda discute a importância do papel firme, atuante e eficaz das Instituições do Estado na regulação e combate a improbidade administrativa e corrupção, tais como o Ministério Público, Tribunal de Contas, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Polícias e Poder Executivo.

Resumo 20

Autor: Naiara Souza Grossi e Roberto Brocanelli Corona

Tema: A tutela do direito transindividual à probidade administrativa: ação de improbidade

O presente trabalho estuda a Ação de Improbidade administrativa como um instrumento, autêntico, válido e eficiente de efetivar os direitos difusos e coletivos. Os direitos difusos e coletivos têm a sua origem determinada na chamada segunda geração dos direitos humanos, conhecidos como direitos de solidariedade. Cumpre ressaltar a preocupação que diversos doutrinadores têm ao dividir os direitos humanos em gerações, como se uma se sobrepusesse a outra que se finda. A distinção terminológica não é ignorada pelo nosso trabalho, razão pela qual nos apoiamos em Paulo Bonavides utilizando a terminologia dimensão dos direitos humanos. A Constituição Federal irá consagrar os referidos direitos ao lado dos direitos sociais, elevando-os a categoria protetiva dos próprios direitos individuais. Nesse sentido, a Carta de 1988, ao mesmo tempo em que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais.²⁶ Todavia, para o adequado funcionamento das instituições que compõe o Estado Democrático de Direito, não basta um estatuto jurídico que organize e distribua suas funções. Assim, a Constituição Federal é apenas a face formal do Estado Democrático que, para constituir-se em verdadeiro sistema democrático, é necessário que o desempenho das funções estatais em busca dos objetivos da república seja eficiente. Entre os vários pressupostos para que isso ocorra, certamente um deles constitui na existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público e que adote entre suas práticas os princípios da boa administração: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art.37). Nesse diapasão, o direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, como decorre, do Estado Democrático de Direito, não pertence a ninguém individualmente, seu titular é o povo, e será em nome e em benefício dele que o poder deverá ser exercido. Se a probidade administrativa é a essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas de seus agentes. E assim o fez por meio da ação popular, ação civil pública e a ação de improbidade administrativa que serão objetos de análise no presente trabalho.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2.ed.São Paulo: Max Limonad, 1997. Nota à 2ª Edição. p. 62

Resumo 21

Autor: Saulo Lindorfer Pivetta

Tema: A concretização do direito fundamental à saúde pela Administração Pública: políticas públicas e a democratização da esfera administrativa brasileira

O trabalho, basicamente, promove uma reflexão a respeito da efetivação do direito à saúde a partir da realidade jurídico-administrativa brasileira. Mais que isso, são investigados os mecanismos que possibilitam inserir a participação popular nos processos decisórios da Administração Pública, notadamente no momento de formulação das políticas públicas de saúde. Trata-se de analisar a utilização de instrumentos que permitam democratizar a gestão da saúde pública no Brasil, passo fundamental e indispensável para que a realidade sanitária brasileira seja modificada.

São vislumbrados três grandes blocos de estudos para que o tema possa ser compreendido adequadamente: a Administração Pública brasileira, o direito à saúde e a implementação de políticas sanitárias. Para aprofundá-los é realizado o seguinte itinerário teórico:

(i) O primeiro bloco aborda a configuração constitucional da Administração Pública brasileira a partir de 1988 (especialmente no que tange ao princípio da legalidade e à discricionariedade administrativa), sendo inclusive analisada a chamada “Reforma Administrativa” (Emenda Constitucional nº 19/98), que tentou modificar as bases estabelecidas pela redação originária da Constituição. Complementando o estudo inicial, é analisado como a Constituição dispôs a respeito da democratização das decisões administrativas (com enfoque no direito de participação popular), bem como quais instrumentos foram previstos para viabilizar este projeto democrático (ênfase aos Conselhos Municipais de Saúde como âmbito privilegiado de formulação de políticas públicas sanitárias);

(ii) O segundo bloco tem por objeto a análise do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em específico. De início, é investigada a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF), bem como os aspectos subjetivo e objetivo desses direitos, apresentando por fim a classificação funcional dos direitos fundamentais. Na seqüência, é analisado o embate entre a eficácia jurídica (aplicabilidade imediata garantida pelo art. 5º, § 1º da CF) e a efetividade concreta, muitas vezes negada com base na “reserva do possível”; em razão disso, é apresentada a construção teórica do mínimo existencial, que busca salvaguardar determinado conteúdo do direito ao qual não se pode opor resistência. Afunilando a questão para o direito à saúde, é realizada uma aproximação inicial a respeito do conteúdo desse direito; em seguida, é estudada a configuração jurídico-constitucional do direito à saúde (principalmente art. 6º e 196-200 da CF e Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90);

(iii) O último bloco é dedicado ao tema da concretização do direito à saúde pela Administração Pública. A princípio, é trabalhada a noção de políticas públicas para a esfera jurídica, buscando-se fornecer elementos que permitam compreendê-las como instrumento não só de intervenção do Poder Público na realidade social, mas também de definição do conteúdo material do direito à saúde. Finalmente, é desenvolvida reflexão a respeito da experiência brasileira de efetivação do direito à saúde através do Sistema Único de Saúde (SUS). Para compreender a real extensão do SUS, é realizado um breve resgate histórico, investigando-se sua origem e os movimentos que tornaram possível a sua formação; por fim, são analisados os principais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que estruturam o Sistema, bem como os pujantes problemas que o atingem atualmente, passando rapidamente pela problemática da judicialização do direito à saúde.

A partir dessa problematização e delimitação do tema geral, a pesquisa realiza aponto para algumas conclusões, as quais, ainda que parciais, podem ser sistematizadas da seguinte forma:

(i) Quanto aos assuntos abordados no primeiro bloco, demonstra-se que, a partir da Constituição de 1988, o princípio da legalidade adquiriu uma noção ampliada, restringindo o exercício de competências discricionárias pelo administrador deve estar de acordo com os ditames constitucionais, tendo em vista que se encontra vinculado diretamente à Carta Magna. Ainda, a Constituição estruturou uma Administração burocrática, de modo que a efetivação dos ditames constitucionais deve ocorrer de acordo com os procedimentos estabelecidos em lei (procedimentalização), o que representa garantia de que a atuação administrativa será não só transparente, mas também integrada pelos cidadãos cuja esfera jurídica poderá ser alterada em razão da atividade administrativa. Contudo, na tentativa de implantar reformas neoliberais na estrutura da Administração Pública, foi tomada uma série de iniciativas durante a década de 1990. Mesmo com a aprovação de uma Emenda Constitucional (EC nº 19/98), o modelo burocrático da Administração Pública brasileira não foi superado. Ainda, é apresentado como a Constituição delineou as bases democráticas do Estado brasileiro, especialmente com o direito de participação administrativa; ou seja, além de burocratizada, a Administração também deve ser democrática, sendo inclusive previstos diversos mecanismos através dos quais o cidadão pode interferir na esfera administrativa.

(ii) O segundo bloco é dedicado à investigação da fundamentalidade formal e material dos direitos sociais: aquela decorre basicamente da localização desses direitos no Título II do texto constitucional (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”); a fundamentalidade material, por sua vez, é definida pelo fato de que os direitos sociais se direcionam à realização da igualdade material, viabilizando que as liberdades civis possam ser usufruídas pelos indivíduos. Ainda, demonstrou-se que os direitos fundamentais são dotados de aspecto subjetivo (atuando como direitos subjetivos individuais), bem como atuam conformando o ordenamento jurídico (aspecto objetivo). Defendeu-se também utilização da classificação funcional dos direitos fundamentais,

segundo a qual eles poderão atuar como direitos de defesa ou como direitos a prestações (em sentido amplo e restrito). E, apesar de possuírem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF), muitas vezes é negada a aplicação dos direitos sociais a partir do argumento de reserva do possível (é realizada uma abordagem crítica dessa teoria, tendo em vista que seu nascedouro é o ambiente alemão da segunda metade do séc. XX, de modo que sua recepção à realidade brasileira não deve ser automática); adentrando o direito à saúde, demonstrou-se inicialmente como a idéia de vida saudável não é unívoca; ainda, foi apresentado como o regime jurídico-constitucional desse direito mostra-se bastante complexo, notadamente quanto a seu conteúdo e sua extensão (abarcando uma série de direitos de defesa e direitos a prestações).

(iii) O último bloco trabalho, inicialmente, a utilização do conceito de políticas públicas na esfera jurídica, defendendo-se que representam instrumento privilegiado de concretização dos mandados constitucionais, sobretudo os direitos sociais. Ademais, como a idéia de políticas públicas pressupõe a participação popular, a comunidade deverá tomar parte no processo de formulação, execução e fiscalização da política; na etapa de formulação, destaca-se que a participação popular se direciona, sobretudo, no momento de definição do conteúdo do direito à saúde a ser concretizado (promovendo verdadeira densificação normativa), ao qual fica vinculado o administrador público. Na seqüência, foi analisada a experiência brasileira de efetivação do direito à saúde através de políticas públicas, tendo como enfoque o Sistema Único de Saúde. Inicialmente, foi realizado um resgate histórico, demonstrando-se que a luta pela saúde esteve muito próxima à luta pela redemocratização do Brasil, no final da década de 1970 e durante a década de 1980. A organização popular, articulada a práticas inovadoras em termos de saúde pública, configurou o Movimento pela Reforma Sanitária, que culminou com a estruturação do SUS na Constituição. Finalmente, é delineada a estrutura normativa do Sistema Único de Saúde, analisando-se os principais problemas que o atingem (sobretudo a questão do financiamento, com a falta de regulamentação da EC nº 29/2000, e da falta de democracia na gestão da saúde pública), o que promove, em diversos casos, a judicialização excessiva da busca pelo direito à saúde.

Resumo 22

Autor: Lilian Ponchio e Silva e João Bosco Penna

Tema: A bioética e o poder público: uma análise política, filosófica e social

Toda reflexão feita pelo ser humano tem por necessidade conhecer o mundo e, por isso, também conhecer a si, pois o homem faz parte do todo. Daury Cesar Fabríz afirma que o ser humano não é uma simples parte do todo, mas sim a parte mais importante, por deter em suas mãos o seu próprio destino e o destino das demais partes. Assim, todas as questões que envolvem a ciência da vida, passam pelos posicionamentos filosóficos sobre o papel do ser humano no quadro de um sistema social.²⁷ É imprescindível destacar o entendimento de Jean Paul Sarte ao afirmar que “[...] o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não criou a si próprio; e, no entanto, livre, porque uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer”.²⁸

Há uma profunda responsabilidade em toda escolha feita pelo homem, pois não há a possibilidade de deixar de escolher, envolvendo a humanidade inteira em cada decisão tomada. Nesse sentido, o homem, condenado a ser livre, carrega em seus ombros o peso do mundo inteiro. A realidade social, em constante transformação, é construída pelos sujeitos em relação, independentemente da consciência que tenham sobre estes processos. Sendo assim, o acúmulo de descobertas feitas pelo ser humano gera o progresso científico, tendo em vista que uma descoberta em determinada área do conhecimento, necessariamente interfere nas demais. Nesse contexto, a Bioética representa um dos maiores desafios que envolvem o universo jurídico a serem enfrentados, pois acalora importantes questionamentos em diversas searas do saber: inclusive relacionadas ao Poder Público.

Em assim sendo, decorrem algumas questões, tais como: o que é fazer o bem na seara da saúde? Qual é a melhor política pública em relação à saúde? Daury Cesar Fabríz revela que tais indagações implicam muito mais atitudes políticas do que morais. Assim, uma normatização jurídica deve conter disposições que indiquem as ações a serem estabelecidas como procedimentos adequados a serem seguidos, voltados para a melhoria da saúde.²⁹ Campbell, professor de Ética na Medicina da Universidade de Bristol, conta uma história muito interessante sobre um vilarejo no qual havia um grande penhasco em sua fronteira. A grande preocupação nesse local era com o número de pessoas que poderia despencar desse penhasco na escuridão e que, então, tinham de ser resgatadas lá do fundo. Como forma de solucionar tal problema, foi arrecadado dinheiro suficiente para comprar uma grande e boa

²⁷ FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 55.

²⁸ SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução de Vergílio Ferreira. 2. ed. Lisboa: Presença, [19--]. p. 254.

²⁹ FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 108.

lanterna que iluminasse todo o fundo do penhasco, bem como uma ambulância que retirasse os feridos e os encaminhasse ao hospital. No entanto, o que os moradores do vilarejo não constatarem foi o fato de que um refletor na extremidade do penhasco e um parapeito efetivo teriam evitado todas essas causalidades. Da mesma forma, o Poder Público, através das políticas relativas à assistência médica ignoram os meios realmente eficazes de fazer com que as doenças não se alastrem, que ocorram menos acidentes e outras enfermidades.³⁰ Em suma, precisam ser estabelecidas premissas a respeito da atenção médica da cidadania. A tal respeito, Kottow, professor da Faculdade de Medicina e Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade do Chile, já se manifestou sustentando que a vontade política deve abandonar seus postulados de “direitos universais em saúde”, que são “fórmulas vazias e impossíveis de cumprir”. A decisão política deve, efetivamente, determinar as prioridades na área sanitária.

Resultados

É por tais razões que se pode concluir que os recursos públicos devem ser utilizados de forma que se ofereça cobertura equânime. Desse modo, torna-se especialmente interessante analisar os princípios universais da Bioética de acordo com a realidade social de diversos países.

Em sendo assim, como decorrência do princípio da beneficência, o que é mais eficaz? E para o Poder Público: o que é fazer o bem? Investir na prevenção de doenças, numa efetiva educação ou investir apenas em pesquisas que tragam possíveis tratamentos para tais doenças? Será que todos os cidadãos têm acesso aos benefícios trazidos pelo desenvolvimento da ciência? Nesse sentido, a Bioética está, inevitavelmente, atrelada às questões sociais, políticas e administrativas.

³⁰ CAMPBELL, Alastair. *Uma visão internacional da bioética*. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (Org.). *A bioética no século XXI*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. p. 30.

Resumo 23

Autor: Marina Zuan Benedetti e Marlene Kempfer Bassoli

Tema: Direito social fundamental à saúde: aspectos jurídicos e sociais da eficácia de promoção por meio de uma nova perspectiva hermenêutica e a política de controle gerencial

A Constituição Federal de 1988 consolidou a Saúde como um direito social (Art. 6º) e um dever do Estado (196). A responsabilidade para viabilizar esse direito é da Federação Brasileira por meio da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, regidos pelo valor da solidariedade. A Constituição possibilita a atuação da iniciativa privada na saúde (Art. 199), de forma complementar ao sistema público único de saúde (SUS - 198 e 199§1º) permitindo, portanto, a atuação tanto em regime de mercado (com fins lucrativos), quanto pelo regime da sociedade civil sem fins lucrativos (terceiro setor). Mesmo diante desta opção, deve se considerar que a regulação é própria do regime de direito público, pois submete às relações jurídicas a um sistema especial normativo e de fiscalização. Consta-se atualmente que a prestação do serviço de saúde é feita sob essas três possibilidades, mas, infelizmente, a qualidade da prestação deixa a desejar. Sob esta verificação empírica é que surgiu o interesse em analisar academicamente os possíveis problemas que impedem a maior eficiência na prestação deste dever. Para tanto, recorreu-se à proposta da reforma administrativa do Estado, positivada pela EC 19/98, que tem por fundamento os princípios da administração gerencial e que busca definir com maior nitidez as atuações pública e privada com vistas a delimitar as atribuições do Estado diante das questões sociais.

De acordo com a evolução da pesquisa, foram selecionados quatro problemas para a investigação: 1) as indefinições conceituais quanto ao direito social da saúde; 2) implementação da proposta da reforma administrativa e a definição dos setores de atuação pública e privada nos serviços de saúde, proposta por Luiz Carlos Bresser Pereira; 3) A partir da sistematização do direito à saúde como direito à saúde preventiva e direito à saúde curativa, identificar, nas demandas sociais, qual a predominância das lesões a estes direitos que foram encaminhadas como pleitos judiciais, bem como a interpretação destas decisões, levando em consideração o contexto universalizante em confronto com a reserva do possível; 4) Analisar o tema da responsabilidade extracontratual do Estado, considerando as pesquisas anteriormente efetuadas, especialmente sobre a dimensão do Direito Social à Saúde e as opções atuais que o Estado Brasileiro adotou, de recorrer à iniciativa privada, tendo em vista que é considerado pela reforma do Estado como um setor de interesse público não-estatal.

Sobre as indefinições conceituais na esfera das ações, no plano jurídico, que tangenciam o Estado, em resumo, não existe no Brasil um conceito jurídico objetivo de direito fundamental social à saúde expresso na Constituição Federal de 1988. Este núcleo temático gerou um

artigo, a ser publicado na Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo. Neste aporte da pesquisa, estabelece-se o ponto de partida para os estudos a seguir, partindo de um contexto de desigualdades sociais profundamente enraizadas na cultura brasileira, promotor de uma estrutura prejudicial à efetivação dos preceitos que visam o bem comum, além de identificar no Brasil, o Estado, em razão de peculiaridades históricas, um caráter híbrido miscigenado pelas perspectivas liberal e social. Esse é um dos fatores geradores do problema de interpretação do direito social à saúde na esfera constitucional atual. Esse panorama, de insegurança do ponto de vista teórico e jurídico, gera dificuldades na execução das políticas públicas. Nesse contexto, fundamental estabelecer conceitualmente o Direito Social de Saúde, além de delimitar a esfera da saúde pública no Brasil e os alcances de atuação estatal na promoção desse direito como meio de efetivação das políticas públicas em prol da coletividade.

O segundo aspecto desta pesquisa foi em torno da proposta de uma administração gerencial mais eficaz trazida pela tese de Luiz Carlos Bresser Pereira. Infelizmente, nem mesmo por meio desses processos de modernização administrativa a eficiência pretendida foi alcançada, conforme denunciam os meios de comunicação e organizações não-governamentais. Assim, considerando os sistemas de controles apresentados pela denominada reforma do Estado (político, econômico e social) e da forte intervenção estatal, pretendeu-se, em artigo a ser enviado para o próximo Encontro Nacional promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, apontar as prováveis causas desta ineficiência e as possíveis soluções encontradas no molde de administração pública gerencial.

A questão da responsabilidade civil por danos provocados na prestação do serviço de saúde no Terceiro Setor, também foi abordada, discutindo-se o dever de ressarcimento, especialmente, pelo Estado. Esse tema foi discutido em um artigo no XIX Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido no ano de 2010, vinculada a uma ideia de limites orçamentários para a realização tanto das políticas quanto para o pagamento das indenizações foi descrito em trabalho apresentado no I Seminário Interinstitucional dos Mestrados em Direito, promovido pela Universidade Estadual de Londrina, também em 2010.

Importante ressaltar que para esse módulo da pesquisa, referente à questão de fornecimento de medicamentos e tratamentos, principalmente quando alheios às listas estabelecidas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, disponível no site da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) representa um exemplo concreto deste problema na gestão. De acordo com uma pesquisa efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça, existem mais de duzentas e quarenta mil ações que envolvem o SUS, sendo a maioria delas relativas a medicamentos. Partindo da proposta de uma nova Administração Gerencial de Bresser Pereira, composta pela definição de saúde construída por essa pesquisa, trazendo ao pólo da discussão o princípio da isonomia, considerando que a atuação nesse sentido deva ser de forma global, impessoal, igualitária e atenda aos planos orçamentários traçados nos artigos

165 e 167 da Constituição Federal, este artigo pretende discutir um novo prisma para o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, de forma a prestigiar a coletividade.