ISSN - 0101-1480

Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

v.33 n.69
janeiro/junho de 2012

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 33	n. 69	p. 1- 294	jan./jun. 2012

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-
v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.
Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catalogação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Pessoal
Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar
90119-900 Porto Alegre/RS
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652
E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br
Site: http://www.pge.rs.gov.br

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

TARSO FERNANDO HERZ GENRO
Governador do Estado

BETO GRILL
Vice-Governador do Estado

CARLOS HENRIQUE KAIPPER
Procurador-Geral do Estado

ROSELAINE ROCKENBACH
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

BRUNO DE CASTRO WINKLER
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN
Corregedor-Geral da PGE

JULIANO HEINEN
Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Henrique Kaipper
(Presidente)
Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
José Luis de Bolzan Morais
Juliano Heinen
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Max Möller

EQUIPE TÉCNICA
(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb10/1343

Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas

Imprensa Oficial do Estado
do Rio Grande do Sul

Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora_tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL 7

DOUTRINA

A Falência das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista
Felipe do Canto Zago 9

Decadência da Potestade Invalidante do Ato Administrativo
Cássio Benvenutti de Castro 35

O Valor do Silêncio da Administração Pública na Hipótese de Ausência de Pronúncia em Face do Reclamo do Administrado
Felipe Estrela de los Santos 89

A Relação entre os Serviços Públicos Concedidos e o Direito do Consumidor
Marcos Alan Scariot 125

O Marco Legal das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público no Estado do Rio Grande do Sul
Renata da Silva Rodrigues 165

A Processualidade do Direito Administrativo Contemporâneo
Rogério Garcia Mesquita 203

Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº 12.527/2011): democracia, república e transparência no Estado constitucional
Marco Antonio Karam Silveira 231

PARECERES

Parecer 15724 - Gestão do Hospital Tramandaí. Possibilidade de firmatura de convênio. Atendimento de pacientes de convênio – ressarcimento do SUS e custeio pelo plano privado
Marlise Fischer Gehres 261

EDITORIAL

Não se tem dúvidas de que o direito administrativo ganhou um papel protagonista no cenário nacional. Aquele que era o ramo da ciência jurídica tão relegado somente às questões de Estado, cresce e toma espaço nas relações mais triviais da sociedade, passando a dialogar cotidianamente com a realidade. Apesar disso, não podemos nos enganar ao pensar que ele tenha chegado à fase adulta. Acredita-se que viva a mais pulsante adolescência, repleto de conflitos, dúvidas, acertos e erros, mas completamente vivo e mergulhado nas mais intensas aspirações (e contradições...) que esta fase deste ciclo da existência revela.

Espelhando exatamente esse momento que vive o direito administrativo, a Revista da Procuradoria-Geral do Estado pauta seu eixo temático nestes limites teóricos. Uma edição que compõe um acervo de artigos de expressividade teórica e dogmática, em áreas de palpitante debate. Muito já se discutiu sobre a possibilidade de se decretar a falência ou a recuperação judicial das empresas públicas ou das sociedades de economia mista, a par dos dispositivos legais incidentes à espécie. Na mesma linha, amplos são os debates sobre a decadência da potestade na anulação dos atos administrativos, tendo, como pano de fundo, a segurança jurídica. Da mesma forma, o silêncio administrativo é típico tema pouco abordado na literatura nacional, apesar de ser por deveras explorado no direito comparado. Ainda, é certa a relevância da pesquisa sobre a incidência das normas consumeiristas na prestação dos serviços públicos, porque a definição desta questão traz consequências substanciais à atividade administrativa.

Por outro lado, o Estado brasileiro passou a ser amplamente remodelado nas duas últimas décadas, reorganizando-se de variadas formas. Em nenhum outro ponto da história, tantas instituições e institutos jurídicos foram acoplados ao direito administrativo, tudo para cumprir a agenda constitucional e legal imposta aos órgãos prestadores das funções públicas. E este catálogo de imposições esta

sendo compartido com a sociedade civil de várias maneiras (v.g. convênios, parcerias público-privadas etc.). Entre elas, por meio das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Além disso, a atuação administrativa passou a ganhar fôlego a partir da incidência de um viés processual, potencializador das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal. E, mais recentemente, com a edição da Lei do Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), a relação entre a Administração Pública nacional e os particulares acaba sofrendo uma transformação substancial, enaltecendo a transparência, valor tão caro à democracia.

Para finalizar, não se pode deixar de registrar que este periódico mantém sua vocação de ser um canal de disseminação do conhecimento científico, com a preocupação de propiciar o debate sobre os temas afetos à Advocacia Pública. E, para tanto, esta cientificidade não pode ser esquecida (sob qualquer pretexto) quando se projeta uma publicação desta envergadura.

Que este número, então, proporcione-lhe uma boa leitura.

Juliano Heinen,
Coordenador da PIDAP.

A FALÊNCIA DAS EMPRESAS PÚBLICAS E DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Felipe do Canto Zago

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de apresentar a grande discussão doutrinária acerca da possibilidade ou não da falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

A Lei n.º 11.101/05 (Lei de Falências), trouxe em seu art. 2º, inciso I, a impossibilidade da falência dessas empresas estatais. Todavia, na contramão dessa Lei infraconstitucional, existe sustentação hermenêutica baseada em dispositivo constitucional, no art. 173 da CF, que possibilitaria a falência dessas empresas públicas da administração indireta.

É uma tentativa, com efeito, de destacar os aspectos mais relevantes desse assunto, uma vez que a discussão jurídica em comento é muito complexa, e poucos se aventuraram a debruçar-se sobre o tema. Trata-se, assim, uma questão insuficientemente apreciada pela doutrina e pela jurisprudência.

Dessa forma, a análise afigura-se relevante, pois se destina a analisar a (in) constitucionalidade do art. 2, I, da Lei Falimentar numa interpretação sistemática com o art. 173, §1º, da CF, bem como apresentar eventual solução para essa questão que vem trazendo inquietações aos juristas dedicados a esse assunto tanto na órbita do Direito Empresarial como do Direito Administrativo.

2 EVOLUÇÃO LEGAL DO ASPECTO FALIMENTAR DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E EMPRESAS PÚBLICAS

O Decreto Lei 7.661/45, antiga Lei de Falências, não fazia menção à falência das sociedades de economia mista e das empresas

públicas, justificando o esforço doutrinário para compreender se as estatais estariam ou não abrangidas pelo instituto falimentar.

A única referência que, indiretamente, poderia ser aplicada ao tema era encontrada nas Disposições Especiais da antiga Lei de Falências (Título XII, da LF), quando o art. 201 aduzia sobre a falência das concessionárias de serviços públicos federais.

Ainda que haja entendimento diverso, o indigitado artigo preocupava-se mais com o destino dos serviços públicos dados em concessão que em vedar a falência das concessionárias, como se deflui do §2º, da disposição legal citada acima. Com isso, conclui-se que a antiga Lei de Quebras nada aduzia sobre esse assunto.

Outra norma que também faz alusão à falência de concessionárias de serviços públicos é a Lei 8.987/95, que regulamenta o artigo 175, da CF/88. Nessa Lei Infraconstitucional, constava no artigo 35, VI, que a falência é uma das formas de extinção da concessão, acarretando a imediata assunção do serviço pelo poder concedente e a reversão de todos os bens necessários à continuidade do serviço concedido ao poder público.

Um dos grandes pontos de discussões legislativas sobre o assunto era mesmo o art. 242 da Lei 6.404/76 (Lei das S/A). Esse artigo não está mais em vigor, pois foi revogado pelo art. 10, da Lei 10.303/01, mas sempre provocou polêmicas a respeito do tema:

> Art. 242. As Companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.

O desencontro de opiniões era total. Para alguns, a aplicação do artigo era de rigor, como lecionava Rubens Requião, "pois a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações".[1] Assim, a única saída para o Estado, ao perceber a falência que se aproximava, seria dissolver o ente criado.

Outra corrente entendia que o artigo era simplesmente desnecessário, pois a falência não poderia mesmo atingir as estatais,

[1] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 55.

já que interpretavam que o art. 173, da CF já as excluía, qualquer que fosse seu ramo de atuação (exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público), vez que do texto constitucional não se deduziria nenhuma diferenciação, sendo vedado ao intérprete fazê-lo. Esta é a doutrina de Marcos Juruena Villela Souto:

> Ora, por óbvio tal linha não pode prevalecer diante da empresa pública (ainda que não mencionada na Lei de S/A) e da sociedade de economia mista, porque criadas por lei (ato do Poder Legislativo em parceira – na iniciativa e na sanção – com o Poder Executivo) para atendimento de um relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conceitos que não podem ser afastados por ato do Judiciário para satisfação de um interesse privado.[2]

Para essa corrente, a necessidade de extinção das estatais somente por meio de lei (já que devem ser assim criadas), e a possibilidade de o Estado intervir na economia somente nos casos expressamente previstos na Constituição (de onde se presumiria a necessidade de tais empresas estatais continuarem a existir), seriam empecilhos suficientes para vedar a falência destas, a qualquer custo, de forma que qualquer interpretação diferente feriria a Constituição.

Como as empresas públicas e as sociedades de economia mista só podem ser criadas por lei, art. 37, XIX, da CF, somente por lei deveriam ser dissolvidas. Ademais, as leis Federais criadoras das empresas estatais já regulam, em princípio, a forma de sua extinção. Dessa forma, a esses tipos de sociedade não se aplicaria, em princípio, a Lei de Falências, pois possui mesma hierarquia.

Grande parte da doutrina, todavia, entendia que o art. 242, da Lei de S/A não poderia ser aplicado de maneira uniforme a qualquer sociedade de economia mista, havendo antes que se perquirir se a estatal era ou não concessionária de serviço público.

Aquelas que não o fossem, exatamente para não desfrutarem de vantagens sobre as empresas privadas, estariam sujeitas à falência, e a entidade criadora não responderia, nem subsidiariamente, pelas obrigações da falida, não sendo inviável cogitar do falimento.

---

[2] SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos do planejamento econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 117-118.

Põe-se, aqui, o problema de saber se, tendo forma mercantil, podem vir a desaparecer em decorrência de falência. Cremos que, a solução não pode ser dada uniformemente, nem para as sociedades de economia mista como pretendeu fazê-lo a lei citada (Art. 242, da Lei S/A), nem para as empresas públicas. Entre tais entidades, é necessário distinguir as que são prestadoras de serviço público das exploradoras de atividade econômica.

Essas indagações fazem sentir a necessidade de que seja afinal regulado por lei o estatuto jurídico das sociedades de economia mistas e das empresas públicas que fala o art. 173, §1º, da CF, extremando-se, definitivamente, as diferenças de regime daquelas exclusivamente vocacionadas para a prestação de serviços públicos daquelas destinadas a explorar a atividade econômica *stricto sensu*.

Diferentemente do texto do Decreto Lei 7.661/45, a Lei 11.101/05, a atual Lei de Falências traz expressa menção às sociedades de economia mista e às empresas públicas, no seu artigo 2º, I, ao dispor: "Art. 2º. Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista".

A inserção de tal referência, pura e desacompanhada de maiores discussões, é muito simplista.

Como se vislumbra do citado artigo, o legislador adotou um critério negativo direto, a partir de juízo de valor não explicitado, ao afastar a incidência do novel diploma jurídico-falimentar às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Quis o legislador afastar categoricamente a incidência da legislação falimentar sobre as empresas públicas e as sociedades de economia mista, iniciando-se assim a polêmica sobre a verdadeira natureza jurídica de tais entes empresariais e por quais motivos deveriam ser tratadas diferentemente.

De certo, com fundamento no princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o particular, desejou o legislador reservar à legislação especial a recuperação e a falência de tais empresas, observado assim, princípios oriundos do Direito Administrativo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

> É lamentável que o legislador, quando estabelece normas sobre empresas estatais, não leve em conta a distinção. Isto teria

> que ser feito, por exemplo, quando estabelece normas sobre falência, sobre contratos, sobre seleção de pessoal, sobre direito de greve, sobre dispensa de licitação par ao Poder Público contratar suas empresas, sobre processo de execução e tantas outras matérias em que a diversidade de tratamento se impõe.[3]

A análise da possibilidade ou não da falência das sociedades de economia mista e empresas públicas é tema de notável relevância econômica dos interesses que lhes são confiados.

O artigo 173, da CF/88, tem por finalidade evitar que as estatais logrem disputar o mercado em que atuam, com alguma vantagem sobre quaisquer outras empresas privadas.

Respeitadas as posições em contrário, é exatamente isso o que aconteceria se, sem indagarmos qual a sua atuação efetiva, simplesmente aceitássemos a idéia de que as estatais não podem falir, como laconicamente faz o texto da atual Lei de Falências. Seriam mais confiáveis essas empresas, e o regime de igualdade buscado na Constituição não estaria atingido.

Entendíamos tal privilégio de intolerável convivência com o espírito da Constituição Federal, quando esta exige que, quando o Estado desempenha uma atividade de exploração de atividade econômica stricto sensu, deva fazê-lo em regime de estrita concorrência leal com as empresas privadas.

Simplista, pois, é tratá-las igualmente em bloco único e, apenas por serem estatais, entender que não podem falir. É fundamental estabelecer uma diferenciação entre aquelas constituídas para prestar serviço público e aquelas cujo objeto é explorar a atividade econômica, pois, quando uma estatal atua explorando serviço público, não se afigura, para efeitos constitucionais, atividade econômica. Se entendida essa diferença, há solução, pois a estatal prestadora de serviço público não seria empresária, já que lhe faltaria a exploração da atividade econômica; logo, não sendo empresária, não estaria sujeita à falência.

O fato é que, no Brasil, as sociedades de economia mista e as empresas públicas desempenham um importante papel, constituindo

---

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** São Paulo: Atlas, 1996, p. 40-41.

elas o instrumento pelo qual do qual o Estado realiza a sua finalidade no campo econômico.

Fixados tais pontos, já é possível indagar qual seria a melhor interpretação a se conferir ao artigo 2º, inciso I, da nova Lei de Falências, que, peremptoriamente e sem nenhuma ressalva, exclui da sua aplicação as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Como já asseverado, pelo menos quanto à sociedade de economia mista, é antiga a discussão quanto à sua sujeição ao regime falimentar, que, em virtude do revogado artigo 242 da Lei 6404/76, já existia antes mesmo da entrada em vigor da atual constituição.

Uma satisfatória análise da questão passa necessariamente pela verificação do tipo de atividade exercida pela empresa estatal, até porque do texto constitucional se extrai, sem qualquer traço de dúvida, que o objeto das sociedades de economia mista e das empresas públicas pode abranger, além da exploração de atividade econômica em sentido estrito (art. 173), a prestação de serviços públicos (art. 175). Além do mais, tal entendimento é coerente com a própria justificativa apresentada quando da votação da Lei 10.303/01.

O art. 173, da CF, permite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, restando ao legislador ordinário a definição quanto ao significado e à correta aplicação dos termos segurança nacional e relevante interesse coletivo. E se o Poder Público opta por se valer da organização em forma societária para o exercício de atividade puramente econômica, em regime de franca concorrência com as companhias privadas, teria ele que se submeter às mesmas regras a elas aplicáveis.

É da leitura do artigo 173, §1º, inciso II, da CF, que se pode extrair a conclusão de que as sociedades de economia mista e a empresas públicas que exploram atividade econômica destinada pelo próprio caput à iniciativa privada sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Quando discorre sobre interpretação a ser conferida ao dispositivo constitucional, Maria Sylvia Di Pietro se declara pela sujeição de tais entidades exploradoras de atividade econômica em sentido estrito àquele regime jurídico, resumindo: "Estas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal,

deve ser interpretado restritivamente".[4] Se o comando constitucional é no sentido da aplicação de tais normas, inadmissível é afastá-las por meio de lei infraconstitucional.

Para Jorge Miranda:

> Há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei. Só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for.[5]

Nesse passo, o processo de entendimento do texto requer análise de todo o sistema constitucional, sua interpretação diante de uma dada realidade histórica, assim como uma leitura do dispositivo legal dentro de uma visão sistemática do seu texto, inserida no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado, inclusive se tais atos vêm com vantagem cronológica.

Essa é a opinião defendida por Norberto Bobbio, quando da análise do Ordenamento Jurídico, dispondo sobre conflitos hierárquicos e cronológicos das normas:

> [...] esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-superior é antinômica em relação a uma norma posterior-inferior. O conflito consiste no fato de que, se se aplicar o critério hierárquico, prevalece a primeira, se se aplicar o critério cronológico, prevalece a segunda. O problema é: qual dos dois critérios tem preponderância sobre o outro? Aqui a resposta não é dúbia. O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior. Em outras palavras, pode-se dizer que o princípio *lex posterior derogat priori* não vale quando a lex posterior é hierarquicamente inferior à *lex prior*. Essa solução é bastante óbvia: se o critério cronológico devesse prevalecer sobre o hierárquico, o princípio mesmo da

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 444.

[5] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 253.

> ordem hierárquica das normas seria tornado vão, porque a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores.[6]

Assim, quanto à análise do art. 173, da CF, verificou-se que o escopo dessa norma constitucional visou assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante.

É de se inferir que, à guisa da previsão constitucional, há extensão às empresas públicas e sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas. Consequência disso seria a obrigatória inclusão das citadas empresas no regime jurídico-falimentar, pois a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais.

Admitir que o Estado desempenhe atividade econômica sem reconhecer a possibilidade de falência, além de coroar e incentivar a incompetência, importa em diferenciação injustificável, capaz de comprometer a livre concorrência e impor restrições à liberdade de iniciativa.

Entretanto, com muita propriedade, José Alexandre Corrêa Meyer, em seu artigo, alerta:

> O mesmo não se dirá, entretanto, quanto à sociedade de economia mista e as empresas públicas que tenham como objeto a prestação de um serviço público. Parece não ter sido sem propósito que o parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição da República não faz referência às empresas que exploram atividade econômica de prestação de serviços públicos. Tais entidades têm o seu regramento estabelecido no artigo 175, que ao dispor sobre a forma indireta de exploração de atividade dessa natureza-concessão ou permissão – remete para a lei

[6] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 107-108.

> ordinária à fixação do regime jurídico aplicável as empresas concessionárias ou permissionárias.[7]

Nesse ponto, é preciso esclarecer que a utilização da expressão "atividade econômica de exploração de serviço público" também não é sem motivo. Segundo Roberto Eros Grau:

> A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviços Públicos - dir-se-á mais, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, nota-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.[8]

Em seu artigo sobre as sociedades de economia mista, José Alexandre Corrêa Meyer aduz:

> A necessidade de se estabelecer distinção entre o regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos e aquele próprio das que atuam na área da iniciativa privada se justifica pela evidente presença e predominância do interesse público naquelas.

E finaliza "Impõe-se então o entendimento de que, em tais entidades, princípios de direito público necessariamente irão se destacar".[9]

Dessa forma, a melhor interpretação que se dá é que as sociedades de economia mista e as empresas públicas nas condições acima, ou seja, que se dediquem à prestação de serviços públicos devem distanciar-se das empresas mercantis; logo, não se aplicaria a

---

[7] MEYER, José Alexandre Corrêa. A sociedade de economia mista e sua exclusão da nova lei de falências. In: SANTOS, Paulo Penalva ... [et al.]. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas:** Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

[8] GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 138-139.

[9] MEYER, José Alexandre Corrêa. **A sociedade de economia mista e sua exclusão da nova lei de falências.** In: SANTOS, Paulo Penalva ... [et al.]. (Coord.). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25.

hipótese de falência, por se regerem pelas normas do direito público. Acrescentem-se, ainda, motivos ligados à exigência da continuidade da prestação dos serviços públicos visando aos interesses coletivos definidos em lei quando necessários aos imperativos da segurança nacional.

Ainda em relação à questão falimentar das empresas estatais, a legislação atribui às sociedades de economia mista e às empresas públicas a natureza de pessoa jurídica de direito privado, sem fazer distinção quanto ao objeto explorado. Miranda Valverde[10] opta pela possibilidade de falência, pelo menos das sociedades de economia mista, ainda sob a égide do DEC. - Lei n.: 2.627 de 1940, sob o fundamento de que, como a sociedade de economia mista invariavelmente se reveste da forma de Sociedade Anônima, qualquer que seja o seu objeto, ela é mercantil e se rege pelas leis do comércio.

De outro lado, há comercialistas que sequer admitem a possibilidade de tais entes irem à falência, como Fábio Ulhoa Coelho, comentando a Nova Lei de Falências:

> A lei prevê, no art. 2°, a exclusão completa e absoluta dessas sociedades. Em relação às hipóteses albergadas no inciso I, isso é verdade desde logo. A sociedade de economia mista e a empresa pública não estão em nenhuma hipótese sujeitas à falência, nem podem pleitear a recuperação judicial.[11]

Nessa esteira, as lições de Sérgio Campinho:

> A Lei n° 11.101/2005, em seu artigo 2°, exclui, explicitamente, a sociedade de economia mista e a empresa pública de sua incidência, retornando, em relação a primeira, ao conceito central traduzido na versão original da Lei n° 6.404/76 (Lei das S/A). Assim, não podem ser sujeito passivo de falência ou de recuperação judicial extrajudicial ditas pessoas jurídicas.[12]

---

[10] VALVERDE, Miranda. **Comentários à lei de falências.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 18.

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas:** (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

[12] CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 4 ed. 2009, p. 24.

Acrescenta ainda que,

> No caso de estarem insolventes, cabe ao Estado a iniciativa de dissolvê-las, arcando com os valores necessários à integral satisfação dos credores, sob pena de não se poder realizar uma dissolução regular, a que está obrigado, em obediência aos princípios da legalidade e da moralidade, inscritos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.[13]

No entanto, se considerarmos os dispositivos constitucionais inseridos no título destinados à ordem econômica e financeira, em especial os artigos 173 e 175, no sentido de se estabelecer, para a definição do regime jurídico aplicável, distinção entre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentindo estrito e as empresas estatais prestadoras de serviço público, tem-se como bastante duvidosa a constitucionalidade da regra que exclui do regime falimentar, sem qualquer ressalva, as sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividade econômica.

Essa segunda forma de interpretar o artigo 2º, inciso I, da Lei 11.101/05, ainda que não satisfaça àqueles que admitem a falência também da sociedade de economia mista e da empresa pública prestadora de serviço público, ressalvados os bens afetados à prestação desse serviço, é a que poderia salvar a norma de uma completa invalidade, já que favorece a sua aplicação em harmonia com o sistema constitucional vigente.

Como se afirmou no início da exposição, a norma do artigo 2º, inciso I, da lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, certamente fez voltar a atenção da doutrina e da jurisprudência para as sociedades de economia mista e para as empresas públicas, já que seu afastamento de falência, pelo menos no que se refere às empresas estatais exploradas de atividades econômica de produção e comercialização de bens ou prestação de serviços, desatende a um dos princípios em que se assenta a própria ordem econômica constitucional (artigo 170, IV) e parece não ser compatível com os ditames do artigo 173,§1º, II, da Constituição da República.

[13] Ibidem, p. 24.

Corroborando essa mesma opinião hermenêutica, José dos Santos Carvalho Filho assim se pronuncia:

> De plano, o dispositivo da Lei de Falências não parece mesmo consentâneo com a ratio inspiradora do art. 173, § 1º, da Constituição Federal. De fato, se esse último mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa obviamente a nova Lei de Falências, parece incongruente admitir a falência para estas últimas e não admitir para aquelas. Seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional. Na verdade, ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade. Além disso, se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar.[14]

Dessa forma, mediante uma análise sistemática do artigo 2º, inciso I, da lei de Falências e do art. 173, §1º, I, da Constituição da República, pode-se concluir pela possibilidade de a sociedade de economia mista e a empresa pública que explorem atividade econômica *stricto sensu*, em concorrência com o setor privado, virem a sofrer o processo falimentar.

Segundo ensinamentos de Luís Roberto Barroso "Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental".[15]

Ainda quanto à falência das empresas estatais, numa interpretação do art. 173, §1º, II, CF, para o doutrinador Hely Lopes Meirelles,

> A nova Lei de Falências (Lei 11.101, de 9.2.2005, que `regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência

[14] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 559.

[15] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 150.

> do empresário e da sociedade empresária') dispõe expressamente, no art. 2º, I, que ela não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista. Não obstante, a situação continuará a mesma. Tal dispositivo só incidirá sobre as empresas governamentais que prestem serviço público; as que exploram atividade econômica ficam sujeitas às mesmas regras do setor privado, nos termos do art. 173, §1º, II, da CF [...].[16]

Também ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, então, a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara. É que a Constituição, no art. 173, §1º, II, atribui-lhes sujeição "ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais (...).
>
> Quando, pelo contrário, forem prestadoras de serviço ou obra pública, é bem de ver que os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir.
>
> Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. O mesmo se dirá em relação a obras servientes da coletividade. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial em caso de falência.[17]

Como salienta Juarez Freitas, as melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar pela soberania da vitalidade do sistema sem desprezar o texto, mas indo além dele, como exige o próprio texto constitucional.

Ilustra-se:

---

16 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 387.

17 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 206.

> O próximo preceito ilustrativo de interpretação constitucional sistemática, intimamente associado ao anterior, reza que, sem desprezo da intenção do constituinte originário ou derivado, importa zelar pela soberania da vitalidade do sistema constitucional em sua inteireza, adotando, quando necessário e com extrema parcimônia, a técnica da exegese corretiva, sem incorrer na prática da amputação afoita.[18]

Assim, numa interpretação sistemática, projeta-se eventual inconstitucionalidade do disposto no art. 2º, I, da Lei 11.101/05 frente ao art. 173, §1º, II da CF. Esse último mandamento equipara as sociedades de economia mista e as empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa a nova Lei de Falências. Destarte, vislumbra-se certa incoerência da Lei 11.101/05 quanto à possibilidade da falência para as empresas do âmbito privado e a não possibilidade da falência para as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem a atividade econômica *stricto sensu* de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços.

Segundo o doutrinador lusitano José Carlos Vieira de Andrade:

> Se a inconstitucionalidade for evidente, deve prevalecer o princípio da vinculação constitucional directa das autoridades administrativas. Um suporte dogmático para a solução poderá ser constituído pela aplicação da teoria da evidência em matéria de invalidade, ligando a um vício de inconstitucionalidade desse tipo a conseqüência da nulidade-inexistência. Não haverá conflito, porque a lei, em rigor, não existe, não produz efeitos e não obriga a Administração.[19]

Analisando o nosso sistema constitucional vigente, deduz-se que a interpretação da questão falimentar das empresas estatais passa pela diferenciação na atuação das que prestam serviço público das que exploram atividades econômicas.

---

[18] FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206.

[19] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987, p. 216-217.

A interpretação que parece mais aceitável seria que as estatais que prestam serviço público não praticam atividade econômica para fins constitucionais; todavia, aquelas que exploram atividade econômica não podem imaginar-se inseridas em um regime jurídico diverso de qualquer outra empresa privada. Isso, por si só, tornaria viável a falência das sociedades de economia mista e das empresas públicas que explorem atividade econômica forte no art. 173, §1º, II da CF.

3 INFERÊNCIAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA EXISTENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As decisões a respeito do tema são raríssimas. Assim, no plano jurisprudencial, as análises relativas à possibilidade ou não de falência das empresas estatais têm de ser inferidas de decisões que tratam de tema próximo, mas diverso, relativo a execuções judiciais individuais propostas contra as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Ao começar pelo Superior Tribunal de Justiça, encontramos o entendimento do Ministro Ari Pargendler, que diferencia as estatais prestadoras de serviços públicos das estatais exploradoras de atividade econômica para permitir, somente no segundo caso, a penhora de seus bens.

Segue-se sua ementa:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. **PENHORA EM BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE PRESTA SERVIÇO PÚBLICO.**
>
> A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente

> comprometidos com a prestação do serviço público.
> Recurso especial conhecido e provido.[20]

Ainda nessa esteira, preocupado com a continuação do serviço público, mas ignorando a diferenciação acima sobre prestação de serviço público ou exploração da atividade econômica das paraestatais, o Ministro Luiz Fux ressalta que nada importa se a sociedade de economia mista presta serviço público ou não, todavia permite a penhora de bens desde que a execução da função da empresa estatal não reste comprometida pela constrição. Em outras palavras, o Ministro privilegia a continuidade do serviço público, mas não se preocupa com a distinção entre as empresas prestam serviços públicos e as que exploram a atividade econômica:

> PROCESSUAL CIVIL. **PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.**
> 1. A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes.
> 2. Recurso Especial desprovido.[21]

Extrai-se dos julgados acima que, embora não tenha sido apreciada especificamente a possibilidade de falência das sociedades de economia mista em questão, é possível ilacionar que o STJ deve aceitar a falência das que exploram a atividade econômica em regime de concorrência com o setor privado, se esta vier a ser submetida à sua análise. Nos julgamentos mais recentes sobre temas semelhantes, restou firmado o entendimento que direciona, em nossa ótica, a solução da questão para a aceitação da falência das sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, mas o mesmo não se dirá das que prestam serviços públicos.

O mesmo parece ser o direcionamento do STF, cujo posicionamento, ainda antes da Emenda Constitucional nº 19/98, considerando

---

[20] BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. T2 - Segunda Turma. **REsp. 176078/SP.** Ministro Ari Pargendler. DJ 08/03/1999, p. 200 (Grifo nosso).

[21] BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. T1 - Primeira Turma. **REsp 521047/SP.** Ministro Luiz Fux. DJ 16/02/2004, p. 214 (Grifo nosso).

que o artigo 173, da CF, não é aplicável a toda e qualquer sociedade de economia mista.

Especificando o acima exposto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 172.816 – Rio de Janeiro, em que atuou como relator o eminente Ministro Paulo Brossard, o Tribunal Pleno, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, ao analisar a questão em que se discutia a possibilidade de desapropriação, por ente da federação, de bem de propriedade de sociedade de economia mista federal, assim decidiu quanto à interpretação do artigo 173, §1º, da CF:

> EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO, POR ESTADO, DE BEM DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL QUE EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIVO DA UNIÃO. 1 (...). 5. A Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de explorar o serviço portuario em regime de exclusividade, não pode ter bem desapropriado pelo Estado. 6. Inexistência, no caso, de autorização legislativa. **7. A norma do art. 173, par. 1., da Constituição aplica-se as entidades publicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação as sociedades de economia mista ou empresas publicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade. 8. O dispositivo constitucional não alcanca, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado a União.** (...) RE não conhecido. Voto vencido.[22]

Da leitura do trecho acima, depreende-se que a discussão envolvia o desempenho de serviço público em regime de exclusividade. Então, não é desarrazoada a conclusão de que também o Egrégio Supremo Tribunal Federal levou em consideração, para restringir a aplicação do artigo 173, da CF, às sociedades de economia mista que atuam na exploração de atividade estritamente econômica, a proteção ao princípio da livre concorrência estatuído no

[22] BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RExt 172816/RJ** - Rio de Janeiro. Relator(a): Min. Paulo Brossard. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 13-05-1994, p. 11365.

artigo 170, IV, da Carta Magna. Destacando a forte controvérsia existente na doutrina, o Ministro Carlos Velloso pronunciou-se, acompanhando o voto do eminente relator, reiterando posicionamento já defendido em sede doutrinária, no sentido de distinguir empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito daquelas que não exploram a atividade econômica, mas que executam serviços públicos. Vejam-se os trechos:

> [...] Sustento o entendimento de que é possível a distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica daquelas outras empresas públicas ou sociedades de economia mista que não exploram atividade econômica, mas que executam serviços públicos [...].[23]

Embora transpareça não considerar a prestação de serviço público como uma espécie do gênero atividade econômica, a orientação seguida pelo eminente Ministro confirma a adoção de um regime jurídico híbrido e está em absoluta consonância com o nosso entendimento que defende tal distinção, no sentido de que os bens da sociedade de economia mista que estejam afetados à prestação de um serviço público devem ser considerados como bens públicos por natureza, insuscetíveis de penhora ou excussão para pagamento de credores. O principal fundamento alegado em defesa da tese é o de que, caso fosse possível a alienação dos bens afetados ao serviço público, invertida estaria a regra da prevalência do interesse público, sobre o particular. Nesse sentido, segue o voto do eminente Ministro Carlos Veloso:

> Então, parece-me razoável, parece-me possível sustentar que, no caso, é também possível distinguir aqueles bens da sociedade de economia mista, que estão comprometidos com a realização imediata de uma necessidade pública, daqueles outros bens que não estão comprometidos imediatamente com a realização de uma necessidade pública.[24]

Em consonância, a discussão jurisprudencial tem posto ênfase

---

[23] BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RExt 172816 /RJ.** Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno. DJ 13-05-1994, p. 11365.

[24] BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RExt 172816 /RJ**. Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno. DJ 13-05-1994, p. 11365.

particular na distinção das empresas estatais, públicas ou mistas, conforme exerçam atividade econômica em caráter subsidiário da livre iniciativa ou prestem serviço público por delegação do Estado.

Sobre as dimensões da Jurisdição Constitucional, J. J. Canotilho já alertava:

> O Tribunal Constitucional é um órgão de jurisdição. É, nos termos constitucionais, um tribunal. Isso não significa que a jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional esteja desprovida de especificidades metódicas em relação à actividade jurisdicional desenvolvida por outros tribunais. Em primeiro lugar, o Tribunal trabalha com um parâmetro de controlo – os princípios e regras constitucionais – com fortes cambiantes políticas. Esta dimensão política do direito constitucional acabará, de forma mais ou menos explícita, por tornar o Tribunal Constitucional num regulador político. Num processo contínuo de concretização e desenvolvimento das normas constitucionais, o Tribunal decide questões políticas de grande relevância político-constitucional.[25]

Corroborando novamente o debate relativo à questão da diferenciação das paraestatais que prestam serviço públicos com as que exploram atividade econômica, em decisão monocrática de relatoria, o Ministro Sepúlveda Pertence, no RExt 234173 – MG, relembra trechos da decisão do RExt 172816 /RJ, da relatoria Ministro Paulo Brossard – Pleno do STF –, quando da questão da tentativa de penhorabilidade de bens de sociedade de economia mista que explora serviço público. Vejam-se trechos do RExt 234173 – MG:

> Para concluir, sempre com as vistas sobre o art. 173 e §§ 1º e 2º: "Somente as empresas estatais que explorem atividade econômica em regime de mercado - setor reservado primariamente para a iniciativa privada - "reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas". Ou seja, tal se dará se o Estado, via seus entes, agir no mercado como Estado-empresário." Recordo, aliás, que a tese já foi expressamente acolhida por este Plenário, com as únicas exceções dos Ministros Marco Aurélio - que a rejeitou - e Rezek - que, no

[25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1305.

> caso, com ela não se quis comprometer. É ver o RE 172816, 09.02.94, relator o em. Ministro Paulo Brossard; no acórdão - para decidir da expropriabilidade pelo Estado de bem afeto ao serviço portuário delegado a empresa mista federal - recusou-se a pertinência ao caso do art. 173 e seu § 1º, da Constituição, fundamento do RE, conforme sintetizado na ementa.[26]

Pela interpretação jurisprudencial, é de se ver que a norma do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade. O dispositivo constitucional não alcança, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado à União.

Ainda, sob análise das correntes interpretativistas do Judiciário, J. J. Canotilho alerta:

> As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o literalismo – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite –, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático – a decisão pelo judicial não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática -, isto é, o papel da rule of Law não pode transmutar-se ou ser substituída pela *Law of judges*.[27]

Em relação ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no REext 234173 – MG, são citadas na decisão brilhantes considerações de Maria Sylvia di Pietro sobre a diferenciação dessas estatais:

> [...] dentre as entidades de administração indireta grande parte presta serviços públicos", parte de sua vez a Prof. Maria

---

[26] BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **REext 234173-MG.** Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 01/02/2001, publicado em DJ 01/03/2001, p. 00146.

[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1195.

> Sylvia di Pietro para afirmar que ( ) "a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes à União, Estados e Municípios, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da administração indireta afetados à realização de serviços públicos." "É precisamente essa afetação" - acentua - que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários". A conclusão tem sido aceita pacificamente com relação às autarquias e fundações públicas - observa a autora ilustre - mas "é também aplicável às entidades de direito privado, com relação aos seus bens afetados à prestação de serviços públicos". "É sabido" - prossegue - "que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da continuidade dos serviços públicos. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade de sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico". Tudo para concluir que "são bens públicos de uso especial os bens das autarquias, das fundações públicas e os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos desde que afetados diretamente a essa finalidade [...].[28]

Enfim, o posicionamento dos Tribunais Superiores está inclinado no sentido de tratar diferentemente as estatais que exploram atividade econômica daquelas que prestam serviços públicos, aceitando a penhora de seus bens e permitindo deduzir com segurança que a conclusão sobre a falência das empresas públicas e sociedade de economia mista é possível, desde que explore a atividade eminentemente econômica em concorrência com o setor privado.

---

[28] BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RExt 234173-MG.** Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 01/02/2001, publicado em DJ 01/03/2001, p. 00146.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo surgiu da expectativa de discutir uma solução constitucionalmente viável que possibilite corroborar com a possibilidade da falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Quando as sociedades de economia mista e as empresas públicas exercem atividades econômicas, como são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem operar como verdadeiros particulares no campo mercantil.

As empresas estatais só se justificariam quando suas congêneres particulares forem insuficientes para atender à demanda do mercado. O Poder Público só deveria competir com a indústria ou o comércio, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, quando as atividades fossem necessárias aos imperativos da segurança nacional ou houvesse relevante interesse coletivo, a teor do art. 173, da CF/88.

Entretanto, a inserção do Estado em atividade típicas da iniciativa privada ocorre há muito tempo, beneficiando-se dessa prática sem sofrer as consequências às quais estão sujeitas as empresas particulares, como, por exemplo, a aplicação do regime falimentar.

A revogação do art. 242, da Lei 6.404/76 (Lei S/A), que expressamente dispunha estarem excluídas do regime falimentar as sociedades de economia mista, propiciou terreno fértil para discussões sobre a aplicação ou não da falência a tais sociedades, mormente agora, quando a nova Lei de Falências dispõe que as sociedades de economia mista e as empresas públicas estarão fora do alcance do regime falimentar, no seu art. 2, II.

O artigo 2º, I, da Lei 11.101/05, que trouxe expressa menção às sociedades de economia mista e às empresas públicas, tratando-as em bloco único, apenas por serem estatais, declara não serem elas atingidas pelas regras falimentares. Isso despertou a atenção para uma possível inconstitucionalidade, se interpretado sistematicamente com o artigo 173, §1º, inciso II, da CF.

Dessa forma, a possível inconstitucionalidade da norma falimentar passa necessariamente por uma análise da diferenciação da finalidade das sociedades de economia mista e das empresas

públicas: se prestam serviço público, concedido pelo ente federativo titular do serviço, nos termos do art. 175, da CF, ou se exercem atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173 da Constituição Federal.

De acordo com essa diferenciação, apresentou-se a idéia de que não se aplicam às sociedades de economia mista e às empresas públicas prestadoras de serviço público as mesmas regras destinadas àquelas que exercem atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, pois estas últimas se sujeitariam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no âmbito do Direito Comercial, a teor do art. 173, da CF, no qual se insere a Lei de Falências.

Dessa forma, aceitar a diferença entre a exploração de atividade econômica e a prestação de serviço público permite que os fins buscados pela regra constitucional no art. 173 sejam atingidos, sem trazer a noção de inconstitucionalidade da lei falimentar.

Caso contrário, acredita-se que a novel norma falimentar estaria fadada a uma possível inconstitucionalidade, por proibir a falência das empresas estatais, sem nenhuma ressalva.

O artigo 173, da CF/88, tem por finalidade evitar que as estatais logrem disputar o mercado em que atuam, com alguma vantagem sobre quaisquer outras empresas privadas. Entendemos tal privilégio de intolerável convivência com o espírito da Constituição Federal, quando esta exige que, ao desempenhar uma exploração de atividade econômica *stricto sensu*, o Estado deverá fazê-lo em regime de estrita concorrência leal com as empresas privadas.

Essas indagações fazem sentir a necessidade de que seja afinal regulado por lei o estatuto jurídico das sociedades de economia mista e das empresas públicas de que fala o art. 173, §1º, da CF, extremando-se, definitivamente, as diferenças de regime entre aquelas exclusivamente vocacionadas para a prestação de serviços públicos e as que exploram a atividade econômica stricto sensu.

É lamentável que o legislador, quando estabelece normas sobre empresas estatais, não leve em conta tal distinção, pois as empresas estatais que prestam serviço público não praticam atividade econômica para fins constitucionais. Todavia, aquelas que exploram atividade econômica em regime de concorrência com o setor privado não podem imaginar-se inseridas em um regime jurídico

diverso de qualquer outra empresa privada. Isso, por si, tornaria viável a falência das sociedades de economia mista e das empresas públicas que explorem atividade econômica, baseado no art. 173, §1º, II da CF.

Reforçando essa opinião, as ilações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores vão ao encontro dessa diferenciação, inclinando-se no sentido de tratar diferentemente as estatais que exploram atividade econômica daquelas que prestam serviços públicos, aceitando, por exemplo, a penhora de seus bens e permitindo deduzir com segurança que a conclusão sobre a falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista é possível, desde que explorem a atividade eminentemente econômica em concorrência com o setor privado.

Assim, a particularidade reside no fato de que o dispositivo da Lei de Falências não parece mesmo consentir com o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, quando as paraestatais exploram atividade eminentemente econômica. Esse último mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, acenando de forma expressa ao direito comercial, dentro do qual, por corolário óbvio, se encontra a Lei de Falências.

Incongruente seria admitir a falência para sociedades empresárias e não admiti-la para as sociedades de economia mista e as empresas públicas que exploram a atividade econômica.

Seria uma discriminação não avalizada pelo dispositivo constitucional (art. 173), pois ficaram as empresas estatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa:** o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 4.ed. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas:** (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanela. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Parcerias na administração pública.** São Paulo: Atlas, 1996.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: RT, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEYER, José Alexandre Corrêa. A sociedade de economia mista e sua exclusão da nova Lei de Falências. In: SANTOS, Paulo Penalva ... [*et al.*]. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas:** Lei 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos do planejamento econômico.** 2 ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2000.

VALVERDE, Miranda. **Comentários à lei de falências.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

DECADÊNCIA DA POTESTADE INVALIDANTE DO ATO ADMINISTRATIVO

Cássio Benvenutti de Castro[1]

Sumário: 1.Considerações preliminares. 2. Legalidade pressuposta do estado de direito: concepção liberal-burguesa. 3. Estado de direito (neo)constitucionalista e juridicidade pós-positiva: concepção axio-deontológica da legalidade. 4. Retirada do ato inválido: paradigma de confronto normativo para categorização da 'sanção' nulificadora. Natureza decadencial do prazo sanatório. 5. Limitação material à retirada invalidante do ato administrativo: segurança jurídica e seu consectário positivo - art. 54 da Lei 9.874/99. 5.1. Fundamentos jurídico-dogmáticos da concepção da boa-fé no direito administrativo brasileiro. 5.2. Incoerência endonormativa. Contra-eficiente despropocionalidade em sentido estrito. 5.3. Aplicação metajurídica do princípio da boa-fé: reflexão pragmática à guisa da 'exigibilidade de conduta diversa'. 6. Considerações finais articuladas. Referências bibliográficas.

Resumo: A compreensão sistematizada do Direito Administrativo organiza-se a partir do princípio da legalidade e desta respectiva evolução consolidadora do Estado moderno. Da gênese revolucionária e liberal do Estado de Direito, enfatizou-se a construção sócio-normativa do Estado (Neo)Constitucional, que amalgamou valores e princípios funcionalmente auto-limitáveis para garantia dos direitos fundamentais. A segurança jurídica inerente à própria condição legitimadora do bloco de legalidade (juridicidade), embasa a decadência da potestade invalidante do ato administrativo, natural imperativo da justiça material pré-ponderado autenticamente e cujas noções são espargidas a todos os ramos jurídico-científicos.

Palavras-chave: Estado de Direito; Estado (Neo)Constitucional; legalidade; juridicidade; segurança jurídica; invalidação; ato administrativo; decadência; artigo 54 da Lei 9.874/99

Abstract: The systematized comprehension of the

[1] Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Email para críticas e sugestões: cassiobc@tj.rs.gov.br

Administractive Law is organized from the principle of legality which evaluation constitute the modern State. The social normative construction of the (Neo)Constitutional State, which has integrated principles and values that are functionally self limited in order to ensure the fundamental rights, was emphasized from the liberal and revolutionary genesis of the State of Law. The legal security, that is inherent to the legitimating condition of the block of legality (legal), substantiates the decay of the invalidating power of the administrative act, natural imperative of the material justice authentically preponderated and which notions are strewn over all legal-scientific areas.

Key-words: State of Law; (Neo)Constitutional State; legality; legal; legal security; invalidation; administrative act; decay; article 54 of Law 9.874/99

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito Administrativo e sua peculiar normatização são reflexos de uma sistematização teórico-dogmática recente. Advieram, em moldes similares aos atuais, do racionalismo iluminista e da conseqüente laicização do Estado, amalgamados ao humanismo e ao universalismo da filosofia kantiana.[2] Até então, as diretrizes deste ramo do direito público representavam mero corte epistemológico no *jus civile* pré-existente e regulador de todos câmbios intersubjetivos, razão pela qual a influência da Escola Legalista Francesa antepôs, cronológica e pragmaticamente, a superioridade das positivações privatísticas às públicas, implicando numa vinculação, em grande sorte, da operatividade jusburocrática brasileira.

Corolário deste legado unitário-privatista era a natural transposição quase integral da teoria da invalidade dos atos jurídicos, do Direito Civil para o Administrativo. O Prof. Almiro do Couto e Silva[3] lembra o dogma '*quod nullum est nullum producit effectum*' imperante também no

[2] CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2007. p. 115.

[3] SILVA, Almiro do Souto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. In RDA n. 204. p. 24.

âmbito público, no sentido da nulidade de pleno direito do ato administrativo jamais[4] permitir que dele surtissem efeitos jurídicos - seria um natimorto. Mais: sua invalidade absoluta era perpétua, não se subordinava a prazos tampouco convalescia, estando fadada à 'declaração jurisdicional de nulidade', que supõe a imprescritibilidade (*rectius*, atemporalidade).

No direito privado, clarividente (ou nem tanto) que a insanidade jurídica absoluta é imanente/intrínseca aos atos maculados, fulminando-os *ipso iure*. Por esta razão se denotam suas contrariedades máximas ao sistema em ação de cunho declaratório (daí, não sujeita a prazos caducificantes): "Ação declaratória de nulidade ato jurídico. Ato praticado por pessoa interditada. A interdição do autor por sentença transitada em julgada que o declarou absolutamente incapaz para os atos da vida civil é fato incontroverso nos autos. Em conseqüência, tendo o contrato celebrado entre as partes sido firmado ao tempo em que já se encontrava o autor interditado, impositiva é a declaração de nulidade deste negócio jurídico, nos termos do art. 145, I do CC/1.916." (TJRS, AC70012110904, 12ª Câmara Cível, Relator Cláudio Baldino Maciel, 10/11/2005).

Pululam outras diretrizes/princípios no Direito Administrativo. O interesse público plasma-se dinamicamente por todas esferas subjetivas afetadas (tanto do Estado como dos particulares que enfeixam a 'totalidade'), refutando uma singela e disponibilizadora ética patrimonial-civilista ao ato administrativo. Ou seja, inviável a manutenção acrítica da feição nulificadora de pleno direito e não sujeita a prazos, no que pertine aos atos administrativos invalidáveis, para o direito público. Hão de se imporem limitações materiais e formais à retirada dos atos exarados, até mesmo em virtude da presunção de legitimidade deles emanada.

Em decorrência, a feição autônoma administrativista no Estado contemporâneo não mais se compadece aos paleo-axiomas do intransigente reproche nulificador civilista. A Teoria Geral

[4] Logicamente, há escassas exceções, como a permanência eficacial do casamento putativo a despeito de seu vício de origem. Mas a regra geral previu-se no art. 169 do CC, inviabilizando o convalescimento e a confirmação do ato nulo, a despeito da positivação inédita da conversão (art. 170).

do Direito permite uma adaptação dos conceitos informadores da invalidação dos atos jurídicos administrativos, desde que obsequiadas as características distintivas do regime normativo especial. Assim, no direito público, a nulidade é de ser aferida como uma 'sanção' confrontada pelo paradigma normativo externo ao ato, e não visualizada por simples vício imanente ao suporte fático deficiente. Exsurge a razão pela qual, na seara Administrativa (como Processual Civil e Penal, ramos do direito público), utiliza-se o termo 'decretação'[5] para a retirada dos atos e a tutela jurisdicional é constitutiva negativa.

Repaginaram-se os valores e princípios à guisa do ordenamento constitucional vigente do Estado Social. No talvegue do matiz objetivo dos direitos fundamentais, incumbiu-se o legislador da previsão específica de um prazo tributado ao dever-poder anulatório dos atos administrativos, privilegiando-se a segurança como princípio limítrofe e funcionalizador da própria legalidade. Ou seja, mesmo nulidades supostamente absolutas, no Direito Administrativo, são passíveis de confirmação *sanatória* pelo decurso do tempo, de molde a salvaguardarem-se os interesses público(s) em sua totalidade - repita-se, tanto do Estado quanto dos súditos.

Existem duas espécies de limitações materiais à retirada invalidante do ato administrativo positivadas na sistemática administrativa. A decadência da potestade invalidante do ato administrativo - prevista genericamente no art. 54 da Lei Federal 9.784/99 - a despeito da gravidade do defeito que onera a manifestação pública espúria (inexistência, nulidade ou anulabilidade), ora se discutirá. Também a convalidação, prevista no art. 55 da indigitada Lei, adstrita ao vício da anulabilidade (assunto para outra oportunidade).

---

[5] O provimento jurisdicional que decreta a nulidade incide sobre um ato administrativo existente, porém inválido. A sua retirada, em vista dos próprios atributos, carece desta contra-ordem decisional indicativa de sua desconstituição jurídica. Oportuna a lição de Pontes de Miranda: "Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito". (**Tratado das ações, IV.** Campinas: Bookseller, 1999. p. 68).

Nesta oportunidade, aborda-se a confirmação do ato supostamente inválido, em virtude do decurso do tempo. Seria tecnicamente correto inadmitir a decadência da potestade anulatória do ato administrativo, já que o interesse público reúne, também, os auspícios dos próprios súditos afetados e de boa-fé? A sanidade das condutas burocráticas não impinge uma carga de confiança aos particulares inter-relacionados, no sentido de preservar situações consolidadas, face a presunção de legitimidade dos atos administrativos maculados? O presente ensaio apenas fomenta algumas discussões, dentre estas, atinentes à decadência da invalidação do ato administrativo. Procurou-se refletir considerações ao princípio da legalidade, seus limites e respectivo excurso histórico recente, tendentes a sumarizar o movimento pendular conatural da ciência jurídica. A partir daí, sufragam-se notas teórico-dogmáticas da segurança jurídica no Estado (Neo)Constitucional e a correspondente positivação do prazo decadencial da invalidação do ato administrativo, seus fundamentos e aplicabilidade metajurídica. Pela natureza crítica dos comentários a seguir, supõe-se a integração destas breves linhas pela reflexão/refutação dialética premente e indispensável à operatividade jurídica.

2 LEGALIDADE PRESSUPOSTA DO ESTADO DE DIREITO: CONCEPÇÃO LIBERAL-BURGUESA

A centralização decisória denominada governo (ou paradigma de poder) apresentou três[6] momentos recentes dignos de nota: uma etapa feudal, em que os reis não mediram esforços para se destacarem dos vassalos; uma fase moderna, dos séculos XV ao XVI, na qual os monarcas procuraram criar suas próprias instituições (conselhos, corpo de funcionários, exércitos, etc), cuidando-se de um esboço do aparato organizacional administrativo; e uma consolidação nos séculos XVI a XVIII, período cuja racionalização e burocratização atingiram o apogeu e definiram a forma moderna do Estado. Como

[6] O estado absolutista. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/absolutismo.htm>. Acesso em 10/12/2008.

lembrado pela Profa. Maria Di Pietro,[7] neste momento se estabelecia um direito ilimitado para administrar, legitimador de uma ordem dominante e para o qual era desnecessário o Direito Administrativo polissêmico atualmente compreendido. Era diminuta a interferência estatal na atividade privada - inércia de um Estado de Polícia no qual '*the king can do no wrong*'. Nada se proporcionava em termos positivos aos súditos, apenas e simbolicamente se legitimava o exercício do poder pela aparente passividade imposta aos estamentos vigentes.

Da Antiguidade Clássica à Idade Média não se conferiu autonomia sistemático-conceitual ao Direito Administrativo. Sua normatividade, tanto por razões geográficas como pelos esquemas sistêmicos e concentrados do poder, fundia-se aos demais ramos do jus civile pré-existentes. Desnecessária a dicotomização público-privado tampouco a organização do Estado até então inexistente, observada a incipiente (a)culturação civilizatória. Alguns regramentos esparsos de orientação burocrático-fiscal chegaram a se imiscuir verticalmente à invasividade governamental, haja vista a Magna Carta de 1215 - emblematicamente garantida no sistema britânico. Todavia, nossa influência continental aguardava por uma ruptura ideológica advinda da Revolução Francesa de 1789, tornando mais precisa a divisão não meramente orgânica, mas funcional do poder. Em decorrência, a função instrumental da Administração conceitualizou-se somente ao cabo do século XVIII.

A sistematização do Direito Administrativo começou a assumir contornos em 1748, com a releitura das idéias aristotélicas das funções estatais na obra *L'Espirit Des Lois*, de Montesquieu. De então, os poderes (*rectius*, funções), estruturados organicamente em diferentes círculos de atribuições e competências, abalizaram-se reciprocamente e reconheceram suas limitações teleológicas normatizadas extroversamente. Neste passo de restringir o absolutismo monárquico, construiu-se o Estado de direito francês pela Revolução de 1789, assentando-se na primazia da lei como fonte superior e vinculativa de todos atos oficiais, dotada de generalidade e instrumentalizada

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

pelo discurso da igualdade (formal), em repúdio aos privilégios reais de outrora. A autonomia da vontade ilimitada pelas intempéries psicológicas do rei (voluntas), a partir da ascensão revolucionária, transcendeu às condições gerais ou pelo menos estabelecidas sob o prisma da transividualização legal (ratio), simbolizando a laicização do Estado.

Em reflexão histórica, Jayme W. Neto[8] sinaliza a pirâmide normativa sobre a qual se estruturou a ruptura burguesa: no vértice, a Déclaration de 1789 - anterior à Constituição daquele país (datada de 1791) - funcionando como verdadeira 'supraconstituição'. Na França, o Código Civil era o centro[9] dogmático do ordenamento, norteando, inclusive, a interpretação da Carta Suprema. Isso explicava a inexistência de um Tribunal Constitucional francês e a plena submissão ao legalismo estrito da escola exegética, cujos efeitos, até certo ponto, hoje ainda se divulgam em nosso próprio Brasil, tanto na doutrina administrativista como no academicismo cível.[10]

Lembra Rafael Maffini,[11] que da Revolução Francesa exsurgiu a idéia do Estado de Direito e seus caracteres: a) existência de ordem jurídica para regulação das relações particulares e do próprio Estado; b) isonomia de todos súditos perante a lei; c) submissão do próprio Estado às normas; d) jurisdição imparcial a que se submetem todos autores deste cenário. Ou seja, a limitação do poder estatal pelo ideário burguês estabeleceu os direitos fundamentais de primeira

---

8 NETO, Jayme Weingartner. O estado democrático de direito, apontamentos histórico-críticos. **In Revista da Ajuris** n. 109, p. 163-183.

9 LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 19.

10 Não raro, percucientes civilistas sobrepõem institutos privados patrimonialísticos a valores constitucionalizados, numa evidente concepção individualista da sistemática brasileira. O Código Reale amainou essa discrepância, estabelecendo os vetores da eticidade, socialidade e operabilidade como axiomas integrativos de um novo paradigma concretista. Por suposto, era desnecessário que uma lei infraconstitucional impusesse essa mentalidade, pena de submeter a CRFB ao Código Civil, à moda ultrajada francesa.

11 MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.

dimensão[12] por ordens negativas de abstenção. Decisivamente, o marco histórico e as colaborações significativas de Montesquieu, Locke, Hobbes e Rousseau, evidenciaram: a Administração como função instrumental do poder; o caráter do Estado de Direito; as feições do Direito Administrativo sob o pálio da legalidade não apenas como princípio ordenador, mas estrutura pressuposta de toda a significativa evolução do absolutismo à concepção moderna. De uma concepção extrema, ilimitada e cunhada psicologicamente pelos humores do monarca, culminou a ordem administrativa para a subserviência aos interesses dos súditos (ou de seus representantes parlamentares) e nos seus vislumbrados benefícios (ad+minister)[13] - semanticamente, administrar supõe idéia contraposta à disposição ínsita ao direito de propriedade, ao passo que se manejam bens/interesses alheios e/ou 'totais'.

A legalidade formal burguesa era dúplice: ao mesmo tempo em que limitava o poder estatal, vinculava[14] todas ações da Administração às reservas normativas. Prestava-se à garantia do cidadão e da própria Administração (não raro agressiva aos direitos dos particulares), cujos atos materiais se legitimavam por fórmulas centralizadas e concentradas simbolicamente acertadas. No dizer de Hely L. Meirelles, "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".[15]

Amalgamado ao espírito da escola exegética, a supremacia da lei beirava à submissão da própria Constituição. O rigor da forma normativa alinhava-se ao texto positivo rígido,

---

12 MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2007.

13 BUSSARELLO, Raulino. **Dicionário básico latino-português.** Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.

14 Não em sentido de Poder Vinculado inerente ao ato administrativo, mas como vetor imprescindível à demanda estatal publicística.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86.

influenciando todos segmentos[16] do Direito Público europeu do século XIX. Em nosso ordenamento e atento àquelas considerações, ainda vigoram resquícios, como no art. 2°, parágrafo único, 'c' da Lei 4.717/65: "a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou *outro ato normativo*". Na doutrina, clássicos da envergadura de Seabra Fagundes[17] profligavam o anulamento como violação das prescrições legais taxativas, a despeito de outras normas reinantes, temperando a peculiar feição de um sistema fechado de regras e conferindo, àquela época, leitura restritiva e formal ao caractere 'outro ato normativo'.

A enumeração restritiva dos instrumentos formais de controlabilidade dos atos administrativos dá conta dos estritos limites aos quais se imaginavam os vetores normativos. O paleopositivismo do Estado Legislativo de Direito, então concebido, reduzia o espectro da legalidade (sequer ainda tratada como princípio, mas simples emaranhado de regras) a um aritmético e racional juspositivismo. A separação entre Direito e moral incentivou tal ruptura ao extremo, já que os percursos históricos das Ciências Jurídicas se caracterizam aos sobressaltos, por movimentos pendulares, até se angariar uma provisória estabilidade nas concepções apaziguadoras. Da negação do Direito Natural, por razoável lapso de tempo, respondeu-se com o império da legalidade estrita/fechada.

Contemporaneamente, o agora Princípio da Legalidade transcende a mera cristalização de regras automáticas e sistêmicas, superando-se o paradigma da validade formal do direito. A própria

---

16 No Processo Civil também se permeou essa influência. A teoria da Jurisdição de Chiovenda não cogitava de poder criador hermenêutico ao juiz, que seria mero 'interlocutor do legislador'. Numa exegese limitadíssima, o legislador podia tudo e o Judiciário seria um órgão transparecedor daquela função. A Escola Pandectística germânica do século XIX, assemelhando-se àqueles ensinamentos, ordinarizou procedimentos no ideal da igualdade meramente formal, secundarizando a equidade e as condições diversas materiais de ordem biopsicossocial, sob a égide da estrita legalidade, homogeneizando todos direitos como se fossem obrigacionais e invariavelmente, sem a efetividade hoje alcançada, convertendo toda a pretensão à exortação condenatória, com os reflexos daí decorrentes. Ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 123.

17 FAGUNDES, Miguel Seabra. Revogação e anulamento do ato administrativo. In RDA 02/483.

noção de moralidade, inserida no mesmo artigo 37 da CRFB, evita os abusos alhures obscurecidos pela sorrateira concepção liberal simbolicamente 'igualitária'. Até por que, no bloco da legalidade valorativa e principiológica se imiscuem as normações da boa-fé e seus consectários harmônicos em constante ponderação, exigindo atitudes positivas do Poder Público, em contrapartida à inércia contempladora da liberdade e do patrimônio burguês.

3 ESTADO DE DIREITO (NEO)CONSTITUCIONALISTA E JURIDICIDADE PÓS-POSITIVA: CONCEPÇÃO AXIO-DEONTOLÓGICA DA LEGALIDADE

A modificação da ordem estática/legitimadora vigente inaugura-se pelas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), que demonstram preocupação interventiva pró-ativa na ordem social. Grassam na segunda metade do século XX, quando se percebeu que uma legitimação das condutas do poder público pelas 'regras' era insuficiente à proteção dos direitos humanos e de toda sorte de interesses dinâmicos prementes e sustentadores do próprio Estado, agora previdência. Os regimes totalitários mobilizadores da segunda guerra fomentaram o debate: o nazi-fascismo quase tudo puderam em seus limites (nem tão delimitados) soberanos já que, pelo discurso do poder legislado, utilizaram-se de seus súditos solapando-lhes a imperatividade 'genérica e abstrata' de seus atos. Ou seja, da outrora autonomia absoluta da vontade do rei, migrou a uma série de barbáries positivamente aprovadas em lei. O excesso era quase o mesmo ou quiçá pior (chegando ao extremo do extermínio), apenas se modificando o meio instrumentalizado para consecução do escopo: a regra. Transubjetivou-se eventual responsabilização pelo totalitarismo, de alguma forma socializando seus efeitos em nome da fórmula 'vontade do legislador' [18].

[18] Em nome da vontade do legislador, o Estado podia quase tudo. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 141.

Em nosso continente, a violência legislada legou exemplos: a ditadura brasileira interlocutou algumas demandas sorrateiras por atos institucionais; o (neo)populismo dos vizinhos da América do Sul, em países governados via regulamentos executivos flexibilizadores de diversos direitos fundamentais, ainda hoje maculam prerrogativas humanas basilares. Com efeito, são aspectos indicadores da plasticidade material das constituições então vigentes (a despeito de, metafisicamente, sustentar-se o contrário). Natural que se tornasse necessária a subordinação do governo (e da política) ao Direito, face as novas reivindicações da sociedade classista e organizada que já não observava ignóbil sua própria separação radical do Estado. Apenas uma intervenção pró-ativa na ordem sócio-econômica poderia orientar um desenvolvimento integrado de todos envolvidos e precaver a coletividade do extremismo totalitário.

Na esteira das contribuições de Norberto Bobbio, Del Vecchio, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris e Joseph Esser, para citar alguns expoentes, o Estado de Direito assumiu natureza normativa transcendente da positiva legalidade clássica. A concepção da própria Lei Maior exasperou a simplória separação das funções estatais, a ordenação burocrática e a escansão orçamentária dos dividendos. Atacando os exageros do 'purismo' legalista, o Estado contemporâneo delineou a proteção/construção dos direitos fundamentais. Assim, consolidou-se um constitucionalismo de valores, regras e princípios, sendo que estes últimos estruturam deontologicamente os auspícios que subjazem o ideário axiológico do sistema, 'abrindo' e dinamizando as opções dos poderes instituídos e programados.

Em suma, o caráter Social do Estado de Direito reforça-se principiológica e valorativamente[19] . A partir daí, vincula-se

[19] Assente que valores se diferenciam dos princípios: estes são normas deontológicas de natureza aberta em relação às regras; os primeiros subjazem todas ações normativas, estruturam e legitimam políticas e opções genéricas ou casuísticas, de cunho axiológico e formadores do que 'é melhor'. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **In RDA** 215. p. 165.

não apenas à lei (como no sedante liberalismo afrancesado), mas à ordem constitucional polissêmica como um todo (bloco de juridicidade normativa). Torna-se nítida a evolução do conceito de legalidade, sistematização ora profligada pelo neoconstitucionalismo. Inicialmente, com a secularização do Estado e a positivação do Direito, a Revolução Francesa superou o racional-jusnaturalismo. A metafísica (moral) separou-se da estrutura normativa. Este mero formalismo acabou defendendo egoisticamente a ordem estabelecida e abandonou[20] a igualdade ideologizada originariamente pelos revolucionários. Se antes '*king can do no wrong*', até meados do século XX, vigorou '*the Parliament can do anything*', até o ultimato da rigidez constitucional e do controle de legalidade dos atos públicos como medida substancial de validade construtiva do sistema. A expressão Estado Social de Direito aparece, ineditamente, no art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, prevendo total submissão dos poderes à Constituição, à lei e ao Direito[21] nos sentidos amplificadores dos direitos humanos.

O Estado Constitucional de Direito consagra duas ordens à legalidade. Primeira, no sentido formal (que lhe confere vigência) os poderes públicos são conferidos pelo ato normativo específico (reserva de lei no sentido lato) e submetido a um procedimento estabelecido. Em seguida, num cariz substancial no qual se respeita o conteúdo principiológico e valorativo supremo do Estado. Nesta perspectiva, concede-se validade/efetividade aos atos de todas ordens emanados.

Noutras palavras, dois grupos de idéias sustentam o neoconstitucionalismo, segundo Ana Paula de Barcellos[22] . Do

---

[20] Para se autolegitimar e conformar os interesses de todos que apoiaram a revolução, o paradigma de poder vencedor privilegiou uma igualdade meramente 'formal'. Assim, no discurso e 'perante' os súditos, apaziguavam-se as reivindicações; na prática, tudo continuava como antes, sem preocupações efetivadoras daqueles auspícios revolucionários que apenas se formalizaram no papel.

[21] MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107.

[22] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. . In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007. p.

ponto metodológico-formal, haurem-se três premissas: a) caráter imperativo das normas constitucionais; b) superioridade destas diretrizes; c) subjugo de todos atos posteriores à Carta Magna. No aspecto material, dois requisitos: a) incorporação dos valores e opções políticas no texto Supremo, sobretudo inerentes à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais; b) expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas (as prerrogativas em discussão se ponderam sem exclusão absoluta, com preservação do núcleo essencial de cada qual, observada a casuística interpretação sistemática, harmônica e teleológica do texto).

Some-se a isto, numa concepção amplificadora dos direitos humanos - mitigando o então dualismo moderado dogmaticamente aplicável em matérias de direito internacional - a recente decisão do STF, que delimitou pragmaticamente a categoria de normas 'supralegais': "Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF ("não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção" (em 03.12.2008, HC-87585).

No sentido neoconstitucionalista, legalidade é um princípio fundante. Demais disso, transforma-se na juridicidade, de concepção amplíssima, ora condicionante das demandas administrativas, mais flexível e aberta em relação à ultrajada legalidade formal, já que em constante harmonização sistemática se ponderada às demais normas de similar envergadura (como a moralidade). Assevera Maffini [23]: é vetusta a concepção formal do 'ilegal' na coisa pública, devendo-se haurir um conceito de 'juridicidade' - esta sim vetoriza

[23] Op. Cit. P. 46.

a contrariedade ao Direito como um todo, além da imoderada vinculação da Administração às regras legais.

Vale dizer, atualmente dispomos de uma constituição dirigente transformadora e numa constante dinamização sinalagmática dos auspícios sociais. Orienta-se pelos valores e princípios pluralizados harmonicamente em seu texto, exortando todos setores da ordem jurídica, social, econômica e política. Evidente que, neste cenário, o Direito Administrativo é repensado, não sendo um ramo calcado meramente em questões de legalidade estrita; pelo contrário, vincula-se à hermenêutica constitucional para materializar, em concreto, os ditames daquele texto. Sua feição externa mais notória - o ato administrativo - de uma acepção estrutural, orgânica e formal, assume contorno e conteúdo substancial, funcionalizado à edificação efetiva e concreta dos valores e princípios constitucionais, supralegais e legais (jurídicos lato senso). Devido à complexidade e, por vezes, contraditórias indicações dos poderes público ao atingimento dos fins (não raro insuficientes a todos interesses em liça), natural que os atos estatais sejam objeto de ponderações constantes, sopesados dinamicamente pelas ideologias e interesses fundantes imutáveis bem como aos momentaneamente presentes e compatíveis com aqueles.

Impõe-se uma ordem de exigências plasmadora da Administração, da Política, da Constituição e da própria sociedade, como elementos de um todo que visualiza a construção de um ato administrativo constitucional materializado a partir de uma relação intercambiável de regras, princípios e valores convergentes. O poder que outrora criava o Direito-conceito, simbolicamente estatuído como limite de seu genitor, agora se adstringe funcionalmente aos indisponíveis marcos normativos insuscetíveis de regresso autofágico, mas tendentes à satisfação social de todos e de cada qual de seus integrantes. Definitivamente, essa concepção, em diuturna mutação construtiva, reproduz o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes e reserva à legalidade estática uma distante recordação histórica.

4 RETIRADA DO ATO INVÁLIDO: PARADIGMA DE CONFRONTO NORMATIVO PARA CATEGORIZAÇÃO DA 'SANÇÃO' NULIFICADORA. NATUREZA DECADENCIAL DO PRAZO SANATÓRIO

Invalidação significa a retirada do ato administrativo do mundo jurídico por razões extraordinárias e alheias à própria vontade do beneficiário. Decorre de conduta ulterior do Poder Público (Judiciário ou Administração) e se fundamenta no dever-poder sanatório do ordenamento, advindo da própria submissão decisional da Administração ao Direito/juridicidade. Em regra, os efeitos invalidantes retroagem ao momento genético do ato fenecido, cujo vício pode tocar a quaisquer de seus requisitos.

Trata-se de obrigatoriedade[24] revisional da Administração imbricada pela autotutela vinculada. Expressa-se no art. 53 da Lei 9.784/99: "A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos". Diferentemente da revogação, que se escora em motivos de conveniência e oportunidade, a invalidação se relaciona à juridicidade dos atos exarados.

Logo, o paradigma de confronto do ato administrativo a ser aferido açambarca não apenas a lei formal, mas toda gama principiológica e valorativa calcada na sistemática neoconstitucional discutida. Essa modulação contemporânea do plano da validade, no Direito Administrativo, evidencia-se no art. 2º, parágrafo único, I da Lei 9.784/99. Congloba o terceiro momento da legalidade alhures comentado (concepção a partir da segunda metade do século passado).

Na lição de Miguel Reale[25], reconhecemos a classificação de três espécies de atos maculados pelo gênero invalidação - atos

[24] Um simbólico exemplo clássico no qual se identifica a tanto a revogação como a anulação por medida de conveniência e oportunidade (discrição) é localizada in FAGUNDES, M. Seabra. Revogação e anulamento do ato administrativo. **In RDA** 02/488

[25] REALE, Miguel. Revogação e anulamento do ato administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 49-54.

administrativos inexistentes, nulos e anuláveis[26] . Inexistente é o ato carecedor de algum elemento constitutivo essencial. Algo que, não sendo ato extrajurídico, distancia-se muito dos requisitos esperados para dele exarar conseqüências normativas. Produz conseqüências fáticas materializáveis apenas concretamente, mas não formais. Nulidade restaria às hipóteses nas quais a lei é frontalmente violentada. Desde o nascimento, reúne condições aparentes de um ato válido, mas é inidôneo a produzir efeitos desde sua origem. Anulável significa o ato com defeito extrínseco, passível de convalidação, cujo defeito circunstancial (não estrutural) possibilita a consecução da finalidade pública. Produz efeitos até que seja retirado.

As definições relacionam uma causalidade do suporte fático à efetiva produção de efeitos sem, contudo (e data vênia), classificar o porquê de determinado requisito ser essencial (existência), completante (nulidade) ou circunstancial (anulabilidade) ao ato investigado. Denotam uma 'importação' lexical civilista sem atentar para uma peculiaridade: tudo ou quase isto é imperativo no Direito Público; aquilo que, vulgarmente, o civilista denomina norma de ordem pública sem precisamente diagnosticar, é a mais corriqueira versão da legalidade/juridicidade na Administração; em vista disso, examina-se o efeito dos atos viciados lançando mão de argumentos recorrentes ao suporte fático, raciocinando-se ontologicamente o ato que, aparentemente, por si só, não difere dentre si nas hipóteses. A sorte do ato maculado, pela classificação do mestre, não raro se subordina às intempéries analisadas do caso concreto, sem fornecer margem de segurança normativa.

No mesmo talvegue, Weida Zancaner[27] divulga que são convalidáveis os vícios de forma e competência (denotando, a partir daí, o ato anulável). Consoante Reale, não esclarece a vicissitude delimitadora desta classificação. Sinale-se que convalidação (art. 55 da LPA) é distinta, em razão dos seus requisitos (em que pese retire fundamento de pressupostos semelhantes, por se tratar de espécie de

[26] Parte da doutrina dispensa a categoria dos atos anuláveis. Outros, como Diógenes Gasparini, preferem incluí-los no matiz da irregularidade, que admitiriam meras correções formais convalidáveis. Todavia, o autor não explicita o que seriam estas máculas formais. Ver DIÓGENES, Gasparini. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113.

[27] Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. 236.

limitação material à retirada invalidante), da decadência da potestade invalidante ora discutida. Todavia, a título argumentativo, válida a referência para identificar uma classificação proposta casuisticamente, porém não reforçada em abstrato.

A doutrina preocupa-se com a ontologia do objeto da valoração (ato inválido), mas se furta ao peremptório fator da classificação sistemática - a valoração do objeto: norma definidora da sanção/vício, inerente ao caráter dogmático do juspositivismo neoconstitucionalista ocidental.

Com a vênia dos citados expoentes administrativistas, pensamos que o vício do ato administrativo, a despeito de ínsito ou atinente ao suporte fático, define-se pelo grau de reprovação em função do Direito/juridicidade maculado. Logo, o defeito não vale por si só, em razão de seus efeitos ou genética pressuposta, mas é corolário da hierarquia da norma contra a qual se confrontou a conduta administrativa viciada. Decisivamente, o cotejo do ato administrativo contra a norma maculada é que determina a respectiva 'sanção' invalidante em diferentes níveis. Vale dizer, a contrariedade ao Direito de acordo com o grau hierárquico da normação violada define a espécie de ato maculado: se inexistente, nulo ou anulável.

A contundência do vício é preordenada pela hierarquia da norma maculada, pena de transmutação do Direito, de ciência normativa a estudo social naturalista, ao arrepio de nossa dogmática continental. O paradigma de confronto heteronomamente estabelecido é decisivo à conceitualização da sanção ora sistematizada: a) se o ato administrativo contrariar a constituição, será inexistente; v. g., ato/contrato de permissão a uma empresa para explorar uma linha de ônibus, sem que houvesse licitação, em total afronta ao art. 175 da CRFB; b) caso viole diretamente regra legal (impositiva), haverá nulidade; v. g., a transferência de um servidor por motivos políticos, nítido caso do desvio de finalidade, mitigando-se o art. 2º., parágrafo único, 'e' da Lei 4.717/65; c) na hipótese do ato contrariar dispositivo flexível[28] atinente aos requisitos

[28] Norma flexível pode ser regulamentada ou mitigada **autenticamente** por outra de igual categoria (homogênea). Se a regulação efetivar-se por norma de categoria inferior (por ex., via ato administrativo), a própria lei inicialmente definidora deve permitir/abrir tal possibilidade de integração (heterogênea).

do ato administrativo, tem-se anulabilidade; quais seriam estas normas relativizáveis/flexíveis? A forma, por ocasião do art. 22 da Lei 9.784/99 e a competência, vez que pode ser, inclusive, delegada nos termos do art. 12 da mesma Lei. Por isto que, segundo a maioria da doutrina, estes requisitos dos atos administrativos seriam convalidáveis, ou melhor, circunstanciais ao ato administrativo.

Consigne-se: norma flexível pode ser regulamentada ou mitigada autenticamente por outra de igual categoria (homogênea) sem empeços constitucionais (ou de categoria superior à norma que se analisa - vide tratados 'supralegais' acima; ou lei em relação ao regulamento). Caso tal regulação se efetivar por norma de categoria inferior (por ex., decreto regulamentar flexibilizando disposição prevista em lei), a própria regra inicialmente definidora dos requisitos do ato deve permitir/abrir esta possibilidade de sua integração (heterogênea), da mesma forma como se instrumentalizou na delegação de algumas atribuições administrativas no art. 12 da LPA. Em analogia a este paradigma hierárquico suscitado, relaciona-se a construção teórica propalada a partir do art. 110 do CTN (uma norma pode alterar outra de igual envergadura, mas jamais refutar conceitos utilizados pela disposição constitucional superior). Na prática, a sucessividade de normas da mesma hierarquia complementam-se/derrogam-se ao invés de se excluírem em absoluto.

Não existe convergência sobre o assunto. Tampouco a jurisprudência sistematizou a aplicabilidade plena do prazo decadencial a algumas ou a todas espécies de atos viciados, como será visto a seguir. Entrementes, a proposta classificatória escora-se em fundamentos dogmáticos vigentes e indica necessária reflexão.

Por fim, insta ressaltar que a retirada invalidante é ato potestativo estatal. Não se cogita do direito subjetivo da Administração exigir uma prestação do súdito, mas se compreende o poder dela influir sobre a esfera jurídica alheia, mesmo sem o concurso de vontade do destinatário[29] . Em decorrência, o prazo assecuratório da estabilidade das relações firmadas é decadencial, tal como positivado no art. 54, §1º da Lei 9.784/99.

[29] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para idenficar as ações imprescritíveis. **In Revista dos Tribunais** n. 300. P. 10 e 23.

5 LIMITAÇÃO MATERIAL À RETIRADA INVALIDANTE DO ATO ADMINISTRATIVO: SEGURANÇA JURÍDICA E SEU CONSECTÁRIO POSITIVO - ART. 54 DA LEI 9.874/99

No breve excurso histórico, viu-se o princípio da legalidade em três recentes tempos: limitadora da autonomia da vontade real (desde a revolução burguesa); quase ilimitada e legitimante do totalitarismo da primeira metade do século XX; por fim, autodeterminada no arcabouço constitucional principiológico e vetorizado pelas opções fundamentais do poder. Em todas matizes, doutrinadores de escol definem, por corolário evidente deste princípio, a supremacia do interesse público sobre o privado que, para Celso Bandeira de Mello, trata-se de verdadeiro axioma[30] . Por suposto, se a Administração adstringe-se à lei, seus interesses são indisponíveis (ou dispensáveis na medida em que a lei os regulamenta); logo, em tese, superpostos à autonomia privada que, psicologicamente, flerta com a disposição jurídica de grande parte de suas relações.

Um raciocínio automático e sem ressalvas pode, excepcionalmente, conduzir-nos a retrocesso autofágico dos direitos fundamentais. Explica-se: a legalidade neoconstitucional permeia-se à deontologia principiológica e aos valores axiologicamente sistematizados a partir da Constituição. Em decorrência, organizar a supremacia do interesse público sobre o privado como dogma indisponível e sem reflexão de que, no bojo dos auspícios públicos está a proteção das individualidades como partes de um todo recíproco, seria legitimar por via extroversa a legalidade da segunda fase, aquela detentora duma longa manus inexpugnável e invasiva dos direitos humanos (a vontade suprema do legislador). De efeito, cada princípio tem o respectivo alcance resultante das limitações recíprocas para suas autodeterminações. Segundo Canaris, "eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação" [31].

Arrebatadora a síntese do Prof. Humberto Ávila, ao repensar a supremacia do interesse público sobre o privado não como

---

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 29

31 Apud ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **In RDP**, 24/1998, p. 167

axioma, mas postulado da unidade da reciprocidade de interesses intersubjetivamente relacionados: "Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural. Se eles - o interesse público e o privado - são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a Administração deve se orientar sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia compreender, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principialmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência" [32].

Diversos motivos de ordem prática e/ou normativa subjazem a relativização concreta (e mesmo seu tempero abstrato) da legalidade e da presumida superposição absoluta do interesse público. As relações de tensão entre os princípios estaticamente contraditórios, apenas por exceção recalcritrante, tributam apriorística prevalência de um ou de outros, observados critérios empiricamente constatados. Do contrário, não seriam princípios, mas regras estabelecidas.

Analogamente, considerações dinâmicas e de similar reciprocidade autolimitativa inter-relacionam a legalidade e a segurança jurídica não somente em vista da fluidez de seus lindes concentuais, mas pelo gênero funcional (para que serve o Direito) dos institutos em detrimento duma vetusta significação estrutural (de onde o Direito vem). A confiança (boa-fé, segurança jurídica, *Rechtssicherheit*) plasma o interesse público no seu matiz abrangente. Tanto o Estado como os particulares pressupõem-na no sentido de perenização das disposições acertadas legitimamente. Doutrinadores do porte de Canotilho[33] delimitam este princípio como viga mestra do próprio

[32] ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In RDP, 24/1998, p. 167.

[33] Ver CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1991.

Estado Constitucional. O Prof. Cezar Saldanha[34] , denominando-o norma de prospectividade, da proteção da confiança ou da boa-fé, confere-lhe setorização basilar fundante.

Super normatizando o paradigma constitucional incrustado na moralidade do art. 37 da CRFB, a boa-fé se positivou no art. 2º., caput e XIII da Lei 9.784/99: "interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação". Maria Di Pietro - uma das mentoras do projeto da norma - refere que o sentido do princípio não se esgota na mera irretroatividade exegética, informando vários outros institutos, como a decadência da retirada invalidante do ato administrativo. Disso, e funcionalizado por uma acepção objetiva[35] dos direitos fundamentais, têm-se: a vedação da contradição de informações interna corporis, a proibição da indolência e da leviandade, o dever de lealdade e confiança, a transparência, dentre outros princípios que otimizam as condutas estatais.

A legalidade da administração, para Hans-Julius Wolff e Otto Bachof[36] , representa a observância dos princípios jurídicos válidos como a obrigação do reconhecimento da segurança jurídica, da proteção da confiança por meio dos próprios órgãos administrativos e uma limitação da potestade '*volenti non fit injuria*'. Ora, nenhum valor é supremo e absoluto no ordenamento constitucional. Mesmo a propriedade, antes congregadora do '*jus abutendi*', hoje é interpretada

---

34 Ver SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: Fabris, 2002.

35 A percepção de direitos fundamentais não se subordina às liberdades públicas ou direitos subjetivos do particular co-respectivas a um 'não fazer' estatal. Dinamicamente, seu aspecto objetivo vetoriza ordens normativo-fáticas fundantes de ações positivas a todas facetas do poder, reclamando atuações concretas do Estado frente ao ataque violador de quaisquer agressores às máximas fundamentais – mesmo que a atuação contrária seja proveniente do próprio Estado (daí a limitação funcional dos poderes). Ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: Notas a Respeito dos Limites e Possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **In Revista da Ajuris** n. 109.

36 Apud LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 261.

como a função social do detentor de riqueza (Duguit[37]), devendo servir não apenas ao dono, mas ricochetear benefícios à coletividade.

Nesse particular, a segurança torna-se obséquio externo ou funcionalizador da juridicidade (acima dialogada), restringindo-a desde o nascedouro. Almiro do Couto e Silva[38] ressalva a origem protetiva da legalidade contra abusos estatais. Ou seja, a mesma vontade geral que lhe embasa, por vezes, corrige seus próprios excessos intransigentes, pena da invariável adstrição ao 'legal', com o passar das situações já conformadas no tempo, deixar intranqüilos e atônitos os súditos que confiaram na legitimidade das anteriores diretrizes administrativas. Trata-se da correção valorativa/croncretista.

O caractere da boa-fé, que tangencia a legalidade, conforma seus limites[39] . Ambos protegem bens jurídicos exteriores e divisíveis cujas limitações hão de serem orientadas pela salvaguarda recíproca dos núcleos essenciais envolvidos e a máxima realização dos fins almejados. O art. 37 da CRFB consagra o princípio da legalidade (expressamente) e o da confiança (por decorrência e efeito da Moralidade), cujas diretrizes dialogam em justa simbiose. Como satisfazer essa normatização positiva suprema (proteção substancial)? Através do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade que, dinamicamente, robustece os direitos fundamentais em face de ambas necessidades legítimas do Estado-providência[40] . Alexy estabelece: "Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a

---

37 Apud MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. P. 131.

38 SILVA, Almiro do Couto e. Princípio da legalidade da administração e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **In RDP** 84/54.

39 Em clássica distinção, Pontes distinguia a 'restrição' da 'limitação' de um direito pelo outro, em virtude do caráter interno ou exógeno à própria prerrogativa. Em termos principiológicos, face a conatural ponderação dialogal, pensamos na fluidez da conceitualização, que ora tende a uma delimitação extroversa, noutro tempo integra internamente outra norma. Logo, tecnicamente válida porém não peremptória a distinção, no ponto

40 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **In Revista da Ajuris** n. 109. p. 60.

teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação"[41] .

A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades pública, diz Humberto Ávila[42] , tal qual positivado na CRFB, implica o dever de ponderação cuja medida e satisfação somente é obtida mediante a proporcionalidade. Ela, à vista da teleologia perseguida (proteção em grande ou maior parte dos bens jurídicos envolvidos preservando o núcleo essencial de cada qual) bem como estabelecendo uma relação de meio-fim objetivamente controlável, condiciona a existência de ambas as indigitadas normas.

Logo, em muitas hipóteses, o interesse público prevalecente estará justamente na conservação do ato geneticamente viciado, mas que, por omissão da Administração e decurso prolongado do tempo, consolidou nos destinatários a crença da legitimidade. Almiro do Couto e Silva diagnostica que "alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*"[43] . No cotejo entre legalidade e segurança jurídica, este prevalece como imperativo da justiça material.

Casuísta e mesmo antes do advento da Lei 9.874/99, a jurisprudência vinha decidindo pela mitigação da outrora absoluta potestade da Administração anular seus próprios atos: "A administração tem o poder-dever de declarar a nulidade de seus próprios atos, quando verificada a ocorrência de vícios que os tornem ilegais ou ilegítimos, mas desde que não prejudiquem situações jurídicas já consolidadas no tempo em favor do administrado, atentando para os princípios da boa fé e o da segurança juridica." (TRF4, AC 92.04.08162-7, T3, Relator Gilson Langaro Dipp, DJ 03/03/1993). Pelo STJ: "Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito. A regra

41 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **In RDA** n. 217. p. 75.

42 ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In RDA n. 215 p. 170-2.

43 SILVA, Almiro do Souto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. **In RDA** 204. p. 25

enunciada no verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade no império do arbítrio." (Resp 45522/SP, T1, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17/10/1994).

Diga-se, a exclusão do ato ilegítimo deve ser operacionalizada desde que cotejados seus próprios efeitos dali advindos em função da presunção de legalidade das condutas públicas, da boa-fé dos interessados e do lapso de tempo fluido desde sua origem. Sopesando-se dinamicamente a legalidade e a confiança, salvaguarda-se o núcleo essencial de cada qual e garante-se uma otimização concreta de ambos. Não era outro o ditame do art. 100, parágrafo único do CTN que, desde 1966, determinava observância à boa-fé.

Em algumas hipóteses, a peculiaridade irreversível das celeumas procedimentais-burocráticas (Administrativa ou Judicial) embasou a Teoria do Fato Consumado[44] . Por ocasião, refutava-se a repristinação de situações concretas de antemão consolidadas sob a égide fático-normativa ou decisória anterior: "Em que pese não possuir o impetrante direito líquido e certo à transferência postulada, a reforma da sentença nesta etapa processual não teria qualquer efeito prático que não o de desconstituir situação consolidada pelo decurso do tempo, pela conclusão do curso. O fato consumado deve ser preservado, para assegurar a estabilidade de relação jurídica constituída por força de decisão judicial, com o único objetivo de resguardar os seus efeitos e respeitar direitos subjetivos formados sob a sua proteção.". (TRF4, AC 95.04.49559-1, T4, Relatora Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, DJ 26/03/1997).

Essas vertentes decisórias que, ambivalentes, tutelam a regularidade legal do sistema e a boa-fé, inspiraram-se no afastamento da norma sem decretação da nulidade *ex nunc*, já aplicado diuturnamente no controle de constitucionalidade da técnica do *judicial review* norte-americano. Naquelas questões recalcitrantes, nas quais determinadas leis proporcionavam benefícios duradouros aos súditos, seria iníqua a retirada total de um ato normativo por inconstitucionalidade, afastando-se-lhe do ordenamento sorrateiramente bem como todos seus efeitos daí

44 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 340.

advindos, mesmo que consumados ou benéficos. Seria mais onerosa quanto inoportuna uma reversão desta magnitude. Inicialmente aplicável às formas difusas de controle, no Brasil, essa doutrina acolheu a segurança jurídica no art. 27 da Lei 9.868/99: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Ora, se no plano hierárquico constitucional era admissível a proteção estabilizadora de situações pretéritas e fático-juridicamente reversíveis, a mesma racionalidade e proporcionalidade imperavam contra a retirada vertical do ato administrativo supostamente nulo no paradigma infraconstitucional.

Consectário desse pragmatismo decisório-dogmático, o art. 54 da Lei 9.784/99 expressou uma pré-ponderação[45] autêntica do legislador, sopesando a legalidade e a segurança jurídica e maximizando suas incidências sem, contudo, lhes fulminar o núcleo essencial. Resultou que, tanto a regularidade subsuntiva dos atos administrativos como a boa-fé dos súditos, temperada pelo lapso de tempo razoável, foram preservadas: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprova a má-fé. §1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. §2º. Considera-se exercício

[45] A proporcionalidade é postulado normativo aplicativo a todos poderes. Na esfera legislativa (autêntica em termos interpretativos da própria lei dali emanada), em se tratando do terceiro momento estrutural – proporcionalidade em sentido estrito – deve-se observar racionalmente as três fases do juízo de ponderação: a pré-ponderação (definição dos princípios confrontantes e intensidade das respectivas intervenções recíprocas; ponderação propriamente dita (sopesamento dos interesses envolvidos); pós-ponderação (justificação intersubjetivada). No sentido empregado no texto, contudo, visualizou-se uma continuidade entre o plano abstrato (legislativo) e o concreto (administrativo ou judicial), sem olvidar da tônica argumentativa originária do conceito, mas o dinamizando à inteireza de sua efetiva aplicabilidade prática e ideal. Ver ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **In RDA** n. 217. p. 79

do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato". Os parágrafos suportam interpretativamente a descrição da cabeça do dispositivo, esmiuçando o termo *a quo* e a própria caracterização da conduta interruptiva da decadência.

São requisitos desta caducidade da potestade invalidante:

a) a boa-fé dos destinatários do ato irregular: é dever da Administração anular seus atos ilegítimos desde que, coarctado a este princípio, inexistam outros interesses conformes às expectativas do Direito confrontando-se a tal retirada. Esses interesses a serem tutelados em detrimento da potestade invalidante são os benefícios advindos do ato administrativo, desde que promovidos aos destinatários de boa-fé.

O atributo da presunção de legitimidade dos atos estatais imbricam comportamentos aos súditos beneficiários, contra os quais se indispensa uma demanda legítima, conforme o Direito e honesta aos fins idealizados. Ressalve-se que a boa-fé tutelada temporalmente, no artigo indicado, adstringe-se ao beneficiário direto do ato reprochado, não ao terceiro estranho à relação Administração-sujeito beneficiado. Por exemplo, nomeia-se um servidor de maneira irregular para laborar num cartório judicial. Passados 2 anos, o Poder Público instaura procedimento e anula o ato de provimento, afastando este servidor dos quadros. Mesmo que não ultrapassados os 5 anos do art. 54, todos beneficiários *externa corporis* pelos serviços daquele 'agente de fato' não são atingidos pelo ato invalidante de nomeção, vez que totalmente estranhos à relação subjacente. Ou seja, para estes fruidores externos do serviço público (*extraneous*), não há lapso à anulação. Seus interesses e beneplácitos adquiridos pelos respectivos trâmites jurídicos, mesmo praticados por servidor sem a devida atribuição, restam preservados, pena de submissão dos súditos a fortuitos internos à Administração. Daí, todos os atos administrativos praticados com reflexos externos pelo funcionário afastado permanecem em vigor.

Numa intrigante reflexão, Edílson Pereira Nobre Jr.[46] salienta que a má-fé, para fins de inaplicabilidade do art. 54, exsurge não

[46] NOBRE JR., Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 201

apenas do administrado como do agente público respectivo. O padrão de conduta seria imperativo a todos envolvidos na relação. No exemplo, caso o servidor do cartório se conduzisse pela má-fé, acabaria prejudicando o cidadão usuário do serviço público, que jamais imaginou tal articulação espúria interna *corporis*.

Com a vênia do Professor, discorda-se por uma série de argumentos: o caráter ético ora perquirido pela norma subentende, tão-somente, a conduta do beneficiário direto/imediato do ato reprochável, para fins de consolidação extrínseca das condutas administrativas - seja o beneficiário servidor (v.g. no caso de uma gratificação remuneratória que lhe favorecesse), ou o cidadão estranho aos quadros da Administração (v.g. caso acima descrito) - tudo a depender do contexto Poder Público-interessado; sujeitar os destinatários externos aos trâmites estatais às intempéries interna *corporis*, seria os responsabilizar (via extroversa) pelo fortuito interno administrativo; as demandas burocráticas, observadas externamente pelos súditos, não se exercitam pelo agente 'A' ou 'B', mas sim pela Administração, atendidos os vetores da finalidade e impessoalidade (art. 2º., parágrafo único, III da Lei 9.784/99 e 37, §1º. da CRFB), pena de violação da universalidade pretensamente impessoal do Poder Público; pela teoria da imputação (Otto V. Gierke), os atos dos agentes são atribuídos aos órgãos respectivos que, de antemão e legitimamente, encamparam as condutas fático-decisórias primárias; o princípio da aparência bem como o atributo da presunção de legitimidade dos atos tutela a expectativa do *extraneus* que se relaciona com o Estado; eventuais desencontros entre a representação do agente que desencadeou o ato e o interesse público hão de serem ressarcidas pelas vias privilegiadas conferidas processual e materialmente ao Estado, sem afetação do destinatário de boa-fé (inclusive, para alguns entendimentos, com a dispensa do prazo prescricional); finalmente, tem-se que a má-fé configura exceção e, por decorrência, não se admite interpretação ampliativa a ponto de açambarcar sujeitos sequer implicitamente previstos na regra.

Reforçando essas impressões, decisão do STJ: "Se o suposto equivoco no titulo de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se

alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que *nemo potest, venire contra factum proprium* e de que *nemo creditur turpitudinem suam allegans*". (REsp 47015/SP, DJ 09/12/1997, relator Ministro Adhemar Maciel).

A boa-fé questionada pelo dispositivo, com a devida vênia, restringe-se ao beneficiário direto do ato administrativo (seja ele servidor ou cidadão estranho aos quadros), à míngua da conduta eventualmente irregular de algum agente interno atuante burocraticamente. Outrossim, a prova da eventual má-fé é ônus da Administração, que deve indicar manifestações externas[47] indicativas do padrão de conduta espúrio do destinatário do ato. A mera omissão do beneficiário (silêncio omissivo), desde que não tenha, por ato anterior, fomentado a emanação do ato administrativo, não é suficiente a se denotar a má-fé. Hão de serem evidenciados fatores visíveis da falta de retidão que standardize a contrariedade ao Direito.

b) decurso de 5 anos: o legislador considerou significativo, para conformação das relações no tempo, o lustro decadencial.

Fidedigna avaliação sistemática do ordenamento reputam-no patamar proporcional. O prazo de 5 anos plasma-se em diversas normas: art. 21 da Lei 4.717/65 (ação popular); art. 142, I da Lei 8.112/90 (pena de demissão ao servidor público); art. 1º. Do Decreto 20.910/32 (prescrição contra fazenda pública); art. 1º.C da Lei 9.494/97 (prescrição das pretensões indenizatórias contra prestadores de serviço público); art. 173 e 150, parágrafo 4º. e 174 do CTN (regulam a decadência da constituição e prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, sem falar no art. 168 que regula a repetição do indébito); art. 10 do Dec.-lei 3.365/41 (caducidade para ultimarem-se os atos concretos à desapropriação por necessidade ou utilidade pública); art. 23, I da Lei 8.429/92 (prescrição da pretensão persecutória da improbidade administrativa); dentre outros. A vasta relação de dispositivos que, de alguma forma, afetam interesses da Administração, indica uma contabilidade consentânea com os interesses em disputa.

---

47 O que não deixa de ser uma tautologia, vez que 'manifestação' de vontade supõe conduta 'exterior'.

Não apenas à Administração, principal interessada em anular seus atos, como a qualquer interessado (via judicial) é de ser aplicado o indigitado lustro. Inviável que terceiros (ou o Ministério Público) sejam beneficiados pelos prazos prescricionais do Código Civil (exemplo, uma pessoa preterida num concurso pelo beneficiário do cargo, ajuíza demanda após 6 anos da posse do congratulado - a discussão da regularidade do provimento teria caducado). A uma, porque de prescrição não se trata (mas de decadência) e o CC/02 previu lapso decadencial inferior a estes 5 anos (daí, estaria prejudicado o objeto, ausente o interesse jurídico); a outra, pelo recolhimento do interesse público conglobante no art. 54, não apenas da Administração, mas de todos aqueles afetados por seus atos.

Tanto a doutrina como a jurisprudência explicitam a autonomia das entidades políticas em fixar os seus prazos decadenciais. Calharia aos respectivos auto-governos e auto-administrações de cada qual tributar os limites invalidantes. Com respeito, por ser matéria afeta à Teoria Geral do Direito (vetor confiança) positivada na CRFB, entendemos que, no ponto articulado, o dispositivo tem caráter nacional e não meramente federal. Retira pujança da competência privativa fixada no art. 22, I da CRFB. No pior das hipóteses, o prazo é de ser observado simetricamente em todos níveis político-administrativos. Logo, as demais pessoas políticas não poderão fixar lapsos ao seu alvedrio egoístico, a não ser, obviamente, que privilegiem os súditos da constituição cidadã e diminuam o referido prazo congratulando direito fundamental do interessado. Do contrário, será ele, no máximo, de 5 anos para todos entes públicos.

Demais disso, há quem dispense a fixação abstrata de um patamar rígido em anos ou meses; outros, simplesmente criticam o qüinqüênio eleito e sugerem diversa medida. Não coadunamos com esses pensamentos. O lustro tributado é de ser aferido como mero indicativo dogmático-positivo inconteste. Eventualmente, o caso concreto possibilitará sua mitigação à vista de exceções recalcitrantes. Pelo Prof. Humberto Ávila[48] , mesmo que preenchidas as condições de aplicabilidade da regra, considerações peculiares poderão a mitigar ou

[48] ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípipos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.

a excluir casuisticamente (*defeasibility*). Por exemplo, quando consumada a situação de fato, mesmo não tendo fluido a íntegra dos 5 anos desde a prática do ato (fato realizado ou consumado), eventualmente, poder-se-á manutenir o ato inválido a despeito de sua insanidade. Natural a pragmática correção valorativa de normas que, sopesadas nalguns casos reservados, não correspondem aos indicativos prementes conglobados democraticamente no ordenamento. José Pedro Luchi[49] refere o caráter provisório ao qual se estabilizam momentaneamente determinadas diretrizes jurídicas, haja vista que o Direito não são fatos (sejam reais ou conceituais) do mundo, mas construções sociais em permanente evolução. Assim, a despeito de um prazo genericamente aplicável, a partir de uma argumentação intersubjetiva e racional se lhe vai conferir efetividade factível. Até por que o legislador tampouco o juiz agem isoladamente, mas estão referenciados pelas expectativas primeiras dos cidadãos.

Insta consignar o caráter objetivo da boa-fé estudada. Relaciona-se à lealdade, honestidade, retidão e probidade como padrões de conduta eticamente aceitáveis e aguardados nas relações públicas. Traduz um dever de agir pautado pela confiança, a refletir-se concretamente em todas suas conseqüências daí imbricadas. De fato, não se resume a mero suporte fático psicológico antitético da má-fé, nos moldes da boa-fé subjetiva. Transcende o simples estado de consciência, apesar de serem conceitos que se complementam e/ou sucedem e, não necessariamente, se excluem. Em decorrência, da boa-fé objetiva derivam inúmeros vetores comportamentais que afastam a Administração das demandas externas inúteis, meramente formais e contraditórias, como lembra em diversos exemplos Egon Bochmann Moreira[50] .

c) efeitos favoráveis decorrentes do ato irregular: deve-se ensejar direito subjetivo ou expectativa legítima ao destinatário imediato dos efeitos do ato. Sua esfera patrimonial é de ser ampliada com a edição do ato contra o qual se perquire a anulação. Em síntese, o ato inválido a ser conservado deve ser benéfico.

---

49 LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In Revista da Ajuris n. 107. p. 167.

50 MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo **(princípios constitucionais e a lei 9.784/99)**. São Paulo: Malheiros: 2007. p. 117.

As situações precárias por natureza não se tutelam pelo dispositivo em questão, podendo serem retiradas a qualquer tempo. Por exemplo, uma autorização[51] (*rectius*, licença) ambiental, que oscila às intempéries e considerações fundadas no princípio da prevenção, precaução, desenvolvimento sustentável, etc. bem como grande parte dos atos de polícia (urgentes e situacionais por excelência), não conferem um direito ao beneficiário, mas simples faculdade momentânea. Ernst Forsthoff preocupou-se com a diferenciação: "Pero se impone un principio diferente cuando el acto administrativo únicamente permite algo que está prohibido bajo reserva de permiso. Así ocurre, por ejemplo, con los permisos de índole policial (licencias de construcción, retirada de la utilización exclusiva de una cosa pública, etc.). En estos casos no se confiere nada positivo al destinatario, sino que tan solo se restablece su 'libertad natural de acción'. De ahí se infiere la libre revocabilidad de los permisos de policía. El bien que se protege con la limitación de la revocación es el derecho público subjetivo, entendido como el derecho de poder exigir algo del Estado o de poder hacer algo frente a él. Ante el hecho de que la vida moderna se halla en una dependência cada vez mayor de de los actos administrativos aseguradores, impera de manera creciente la tendencia a ampliar la limitación de la revocación mediante una interpretación extensiva del bien protegido"[52] .

Da mesma (má) sorte, os atos ablativos - aqueles que limitam direitos fundamentais dos súditos - também não se acobertam pela estabilidade normativa positivada. A qualquer momento podem ser retirados, ao passo que os maiores interessados (prejudicados) assim o desejarão para o restabelecimento de seu *status quo*.

Neste quadrante, vale referir a ausência de concordância sobre a dicotomização ou tripartição dos vícios do ato administrativo acima repassada. Tais considerações interessam não apenas ao estudo da

---

[51] A natureza do ato administrativo de viés ambiental é discutido sem uniformidade da doutrina. Prevalece o ensinamento de se tratar de licença peculiar, já que precária, não vinculada, podendo flertar às vicissitudes momentâneas. In MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 61.

[52] FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Uguina, 1958. p. 364/365

convalidação como à própria decadência da potestade invalidante. A divisão entre essas saneadoras não é tão simplista como, num primeiro momento, poderia aparentar, já que inexiste consenso em relação a quais máculas seria incidente o art. 54 da LPA.

Juarez Freitas[53] confere apenas aos atos anuláveis o prazo decadencial. Praticamente, em nosso raciocínio, equipara o suporte fático da convalidação à da decadência da potestade invalidante. Exsurge a importância da sistematização das nulidades no Direito Administrativo em razão do paradigma de confronto normativo. Não por mero academicismo, mas pena do 'vício' do suporte fático fenecer por consumação e sem maiores preocupações teórico-pragmáticas, apenas subordinando-se à rigidez dogmática ontológica-real.

A matéria é objeto de incessante debate. Mas para os fins deste ensaio e face as peculiaridades outrance dialogadas (capítulo 3), pensamos que os atos nulos bem como os anuláveis se incluem na acepção do art. 54 da LPA. E por uma simples razão de hierarquia normativa: tanto os vícios que 'sancionam' o ato de nulo ou anulável como o prazo ora confirmatório estão previstos em lei - são infraconstitucionais, atos de equivalentes estaturas sistêmicas. Há paralelismo contraposto, razão pela qual não se verifica fundamento à exclusão da incidência do dispositivo aos atos nulos.

Diferentemente, ocorre em relação aos atos inexistentes - cuja 'sanção' advém da contrariedade do ato à CRFB. Neste caso, a segurança jurídica a lhes perenizar deve ser exortada pela própria Carta Maior, mas não pelos termos abstratos pré-ponderados da LPA. Ou seja, casuisticamente, sob a égide da moralidade, continuidade do serviço público, interesse social de proteção e fomento, etc., pode-se consolidar determinada situação mesmo com inicial afronta à letra da Constituição. A ponderação que se conforma aos fins axio-deontologicamente plasmados nestas normas de análogas envergaduras hierárquicas definirá a exclusão, ou não, do ato investigado. Nestes casos, o art. 54 serviria apenas como vetor interpretativo, mas sem uma implicação subsuntiva absoluta

[53] Apud NOBRE JR., Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 199.

(da maneira que se confrontaram interesses normatizados por diretrizes de similar hierarquia: atos nulos e anuláveis). Em suma, a ponderação constitucional teleológica, harmônica e sistemática concreta, que definirá a retirada do ato administrativo reprochado; o prazo infraconstitucional (art. 54) presta-se, tão-somente, como suporte interpretativo da situação real polemizada.

Exemplificando, resta nítido o pragmatismo oscilante entre a preservação da juridicidade e, por vezes, da segurança jurídica, quando maculada uma determinação constitucional. Há julgados que inadmitem a aplicabilidade do art. 54 da LPA a violações frontais da CRFB: "Delegação da prestação de serviços públicos. Concessão de serviço público. Regulação e fiscalização por agência de "serviços públicos delegados de infra-estrutura". Manutenção de "outorgas vencidas e/ou com caráter precário" ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. Violação do disposto nos artigos 37, inciso xxi; e 175, caput e parágrafo único, incisos I e IV, da constituição do Brasil. (...) O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- "[i]ncumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná." (STF, ADI 3521/PR, Relator Min. Eros Grau, DJ 16-03-2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Outras decisões, no entanto, por extrair fundamento harmonizante da moralidade e da legalidade do art. 37 da CRFB, do princípio da continuidade do serviço público bem como de outras normações de mesma hierarquia supralegal, mantém a situação de fato sem cogitar, singelamente, do art. 54 da LPA. A preservação da confiança é ínsita à própria CRFB, casuisticamente: "Constitucional e administrativo. Transporte rodoviário de passageiros sem ato e outorga do poder público. Interesse das comunidades atendidas pela linha interestadual. Omissão abusiva do poder público, que

não promove licitações no setor há muitos anos. Comprovado que a autora opera no transporte coletivo interestadual, pela via rodoviária, há mais de 15 anos, e que atende a inúmeras comunidades com a linha que executa, passando por quatro Estados da Federação, em itinerário que não coincide com o de nenhum permissionário ou de serviço de transporte interestadual, é de ser reconhecido o direito de dar continuidade à execução do serviço, enquanto permanecer inerte o Poder Público na realização de licitação para outorga a particulares do trecho percorrido ou outro equivalente. Situação em que a autora demonstra, mediante declaração de diversos dirigentes e parlamentares municipais, a necessidade e a importância do serviço, no desenvolvimento da região. São usuários da linha de transporte, além de particulares, servidores públicos, havendo prova das solicitações de passagens para servidores estaduais e federais, no exercício das respectivas funções, inclusive para policiais militares, rodoviários, servidores da justiça eleitoral etc. Diante da omissão do poder concedente, e de irregulares prorrogações de permissões outorgadas a particulares, que também são beneficiados, sem procedimento licitatório, com a absorção de novos trechos nos que já estão autorizados a executar, em contrariedade à lei de concessões e permissões, não pode o Poder Judiciário, sob o manto da reserva dos poderes, omitir-se, permitindo a subversão dos princípios da igualdade e da legalidade. Apelação provida, para assegurar a manutenção do serviço até que seja deflagrado procedimento licitatório com vistas à outorga de permissão para realização do mesmo trecho rodoviário, ou equivalente." (TRF4, AC n. 2001.04.01.033093-1/PR - Relator Juíza Federal Taís Schilling Ferraz, Julgamento em 26.11.2002). Haure-se do caso que, no plano da estrita juridicidade/legalidade, a retirada do ato inexistente desprotegeria toda uma população à espera do serviço público. Valores e princípios constitucionais de análogas envergaduras arrazoaram a confirmação momentânea das prestações, pena de se impingir maior gravosidade a todos os afetados que a mera consideração formalista maculada.

No mesmo talvegue, mas se escorando no próprio art. 54 da LPA (que nestes casos presta-se, repita-se, como vetor interpretativo, já que o fundamento se subsidia na própria CRFB) para abalizar a perenização de situação sancionada pela CRFB, o STJ dispõe de julgado ponderando a confiança pelo decurso do tempo: "Em 1993, portanto após a entrada em vigor do art. 37, II, da CF/1988, a recorrente, professora nível I, mediante ascensão funcional prevista pela lei estadual, galgou o cargo de professora nível IV, sem que se submetesse ao necessário concurso público. Requereu aposentadoria naquele cargo em março de 1998, pedido deferido e aprovado pelo Tribunal de Contas estadual. Porém, alega que, em novembro daquele mesmo ano, viu seus proventos serem reduzidos porque a lei que lhe permitiu o acesso àquele cargo foi revogada. Daí o *mandamus*, que foi denegado pelo TJ ao fundamento de que a referida ascenção substituíra, de forma inconstitucional, o meio legal para a investidura no cargo público e, porque nula, não gerava qualquer direito. Nesse panorama, tem-se por correta a assertiva de que a Administração atua conforme o princípio da legalidade (art. 37 da CF/1988), que impõe a anulação de ato que, embora fruto da manifestação da vontade do agente público, é maculado por vício insuperável. Também é certo o entendimento de que, após a CF/1988, é vedada a simples ascensão funcional a cargo para qual o servidor não foi aprovado em concurso público, bem como o de que o ato nulo não é passível de convalidação, não gerando direitos. No entanto, o poder-dever de a Administração invalidar seus próprios atos é sujeito ao limite temporal delimitado pelo princípio da segurança jurídica. Os administrados não podem sujeitar-se indefinidamente à instabilidade da autotutela do Estado e de uma convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas conseqüências jurídicas, a manutenção do ato servirá mais ao interesse público de que sua invalidação. Nem sempre a anulação é a solução, pois o interesse da coletividade pode ser melhor atendido pela subsistência do ato tido por irregular. Então a recomposição da ordem jurídica violada condiciona-se primordialmente ao interesse público. Já a Lei n. 9.784/1999

tem lastro na importância da segurança jurídica no Direito Público, enquanto estipula, em seu art. 54, o prazo decadencial de 5 anos para a revisão do ato administrativo e permite, em seu art. 55, a manutenção da eficácia mediante convalidação. Esse último artigo diz respeito à atribuição de validade a atos meramente anuláveis, mas pode ter aplicação excepcional a situações extremas, como a que resulta grave lesão a direito subjetivo, não tendo seu titular responsabilidade pelo ato eivado de vício, tal como se dá na seara de atos administrativos nulos e inconstitucionais. Anote-se que daí é excepcionada a hipótese de má-fé do administrado. Dessarte, conclui-se que o ato em questão é induvidosamente ilegal, no entanto sua efetivação em conformidade com a lei estadual vigente à época (em que pese sua inconstitucionalidade), a aposentação com o beneplácito do Tribunal de Contas estadual e o transcurso do referido prazo decadencial consolidaram uma singular situação fática que produziu conseqüências jurídicas inarredáveis, a impor a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre outro valor também em ponderação, a legalidade. Assim, assegura-se o direito de a recorrente preservar sua aposentadoria no cargo de professora nível IV". (RMS 24.339-TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 30/10/2008).

A oscilação jurisprudencial reafirma nossa consideração - para o ato inexistente (violador da CRFB), apenas o casuísmo pragmático a sopesar os interesses envolvidos poderá definir a orientação. Evidente não haver solução apriorística para a incidência do art. 54 a todas espécies de insanidade dos atos administrativos. Como impõe a leitura sistemática, harmônica e teleológica da CRFB, será concretamente que se ponderarão os interesses em disputa para a justiça material da celeuma, na hipóteses de atos inexistentes. Nestes, a solução eleita, além da impossibilidade da retirada absoluta do ato, poderá ser a otimização da legalidade anulatória com a restrição dos efeitos invalidantes (*ex tunc transformados em ex nunc*) de sua retroatividade, ou mesmo fixando um prazo razoável para que outro ato substitutivo advenha, analogamente ao estipulado no

art. 28 da Lei 9.868/98. A racionalidade destas decisões, mesmo não se sufragando pela regra positiva, trata, para todos efeitos, da decadência da potestade invalidante do ato administrativo.

Concluindo e com a vênia de alguns doutrinadores, defendemos a aplicação do art. 54 aos atos nulos e aos anuláveis - por razões de hierarquia normativa, são todos interesses tutelados infraconstitucionalmente. Para os inexistentes, a manutenção do ato defeituoso é casuísta, dinâmico e conforme os auspícios constitucionais identificáveis no caso concreto.

Em relação aos parágrafos do art. 54 da LPA: no primeiro, apenas se precaveu o termo *a quo* do lapso decadencial nas relações de trato sucessivo (eventualmente permanentes) - o interstício começa a fluir da percepção do primeiro pagamento; no segundo, reputa-se 'exercício do direito de anular', ou seja, manifestação interruptiva da decadência, a menção/medida da autoridade administrativa questionadora da validade do ato administrativo. Esta 'impugnação', pelo vetor da publicidade que garante eficácia aos atos administrativos, é de ser externada ao sujeito interessado (*extraneous*), por notificação, edital, etc. Simples movimentações *interna corporis* da Administração não são suficientes à interrupção do prazo (inclusive, utilizando-se da analogia ao Direito Tributário, pelo caráter interruptivo da notificação do lançamento).

5.1 Fundamentos Jurídico-dogmáticos da Concepção de Boa-fé no Direito Administrativo Brasileiro

Apresentam-se diversos fundamentos à limitação da potestade (pura) invalidante do ato administrativo. Se inexiste consenso mesmo na denominação do princípio (segurança, boa-fé, confiança, prospectividade) tampouco surpreende a variação da racionalidade genealógica.

Há vertente que extrai dos direitos fundamentais e da natureza social do Estado do bem-estar a concepção da segurança e da boa-fé, por suposto da Teoria Geral do Direito. Toda limitação às prerrogativas basilares do ser humano é de ser interpretada restritivamente (trata-se da máxima '*exceptiora*

non sunt amplianda'). Como o Poder Público, agora, subordina-se à sistemática do ordenamento vigente (*Gesetzmssigkeit der Verwaltung*), inviável a retirada sumária de atos administrativos, mesmo os nulos, sem obséquio do vetor segurança. O princípio da moralidade (art. 37 da CRFB) emprestaria subsídio ao vetor confiança e a toda sorte de consectários inerentes ao dever ético administrativo, inicialmente plasmado na teoria do desvio de finalidade germinada na França.

Demais disso, se a confiança está contida na boa-fé, diz José Guilherme Giacomuzzi[54] , há quem lhe confira abrangência ainda maior que a esta, vinculando-a na idéia da Democracia, em conta da sobrevivência da representatividade estruturada na fidúcia sinalagmática súdito-governante. A estes signos imbricam-se análogas significações, todos veiculados expressamente no art. 37 da CRFB, pela moralidade. Se no âmbito privado adquiriu especial atenção, na órbita pública merece redobrada, arremata o autor.

Para Hartmut Maurer[55] , inclusive o ato administrativo inválido dispõe da presunção de legitimidade, atributo natural e decorrente do regime jurídico administrativo. Logo, seus efeitos se protraem tal qual a coisa julgada, extremada por uma situacional retirada em excepcionais casos. Não apenas a legalidade é de ser observada, mas a proteção da confiança em todos aspectos, como funcionalizadora da atitude saneadora.

Uma corrente jusracionalista indica que a noção de Justiça transcende o Direito e pertence a uma realidade metajurídica[56] . De uma valoração do caso concreto, a segurança jurídica poderá dominar a justiça ou, noutro sentido, predominar a justiça valorada internamente pela noção da confiança[57] , complementando-se sucessivamente.

---

54 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública (o conteúdo dogmático da moralidade administrativa)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 266.

55 Apud LIMA, Ruy Cirne. Op. Cit. P. 263.

56 Achterberg apud LIMA, Ruy Cirne. Op. Cit. 45.

57 Ver RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: University Cambridge Press, 1971.

Simpatizamos pela verossimilhança da normatização da segurança jurídica extraída da Teoria Geral do Direito. Ela se espargiu a todo ordenamento ricocheteada pelos valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, axiologicamente basilares, já que se repugna a incoerência em toda história universal, desde o classicismo greco-romano, afirma Mariana Pretel[58] . Isso pressupõe e antecede o próprio ordenamento normativo e, por sua decorrência, veda o comportamento contraditório pela vertente do *ne venire contra factum proprium*, caractere da boa-fé e verdadeiro Princípio Geral de Direito (natural), cujos requisitos são: a) *factum proprium* (a produção inicial do ato jurídico); b) legítima confiança (inerente à presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo); c) prática de ato posterior e contraditório (realização de novo comportamento que frustre as expectativas alavancadas pela inicial conduta, à míngua do caráter (i)lícito da nova demanda); d) dano efetivo ou potencial à esfera jurídica que aguardava conduta diversa.

Define o Prof. Jorge Cesa Ferreira da Silva, "mudar de opinião ou de modo de atuar, no espaço da licitude, é atitude amplamente possível e lastreada nos direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, quando essa atuação passa a servir de base para a atuação alheia, de sorte que esta se conduz conforme a previsibilidade dos rotineiros atos do 'alter', então mudar repentinamente o agir, desnaturando a confiança legítima gerada na outra parte, é objeto de vedação" [59].

Em termos de relação público-privado, não apenas nos moldes formais como intrínseca e internamente atinente à conduta da Administração, inviável supor pelo retrocesso de sua conduta. Praticado determinado ato, natural e jurídico que se aguarde a manutenção dessa linearidade co-expectada. Vale

---

[58] PRETEL, Mariana Pretel. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 143.

[59] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 118.

dizer, inaceitável (por maquiavélico) que num primeiro momento um ato administrativo conceda algum benefício ao súdito e, bem após, mesmo por questão de legalidade, mas ao arrepio da confiança depositada à presunção de legitimidade, retire-lhe o patrimônio jurídico. Nesse particular, a teoria dos atos próprios (*ne venire contra factum proprium*), de ampla aceitação no direito privado, sustenta a manutenção do ato originariamente nulo/anulável, mas circunstancialmente 'sanado' pela boa-fé inerente ao Direito. A relação jurídico-administrativa decorre do contato social[60] e implica, em todas acepções, critérios éticos e de cooperação recíproca para satisfação dos interesses de todos e de cada qual. Em contrário, o Poder Público valer-se-ia da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

A segurança jurídica, a boa-fé, a confiança ou prospectividade, seja a denominação que assumir, em nosso entender, advém de todos argumentos retro exemplificados. São oriundos da Teoria Geral do Direito, iluminados axiologicamente pelos valores fundantes previstos na CRFB. Essa a razão da aplicação metajurídica da boa-fé a todas searas do Direito (instrumentaliza um 'corte' horizontal na totalidade dos institutos jurídicos). Mesmo em se argumentando a falta de expressa positivação (implícita art. 37 da CRFB), seria juridicamente tutelável - retira fundamento do Direito como produto do convívio social. O ordenamento não se sustentaria, sequer internamente, caso houvesse instabilidade total em suas disposições. Com essa normatividade, abalizam-se os eventuais retrocessos simbolicamente saneadores a condições limítrofes, ponderados aos princípios interativos do sistema, independente da positivação ora expressada em algumas disposições.

[60] MARTINS, Raphael Manhães. Análse Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato. **In Revista da Emerj** 11/225.

5.2 Incoerência Endonormativa[61] . Contra-eficiente Desproporcionalidade em Sentido Estrito

O art. 54 da Lei 9.784/99 estabeleceu o prazo decadencial de 5 anos para o exercício da potestade anulatória dos atos administrativos. Mais generosa com o INSS, o legislador fixou, no art. 103A da Lei 8.213/91, o dobro deste prazo para uma análoga finalidade: "O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". Repercute incoerência nesta hialina distinção.

A descentralização administrativa, técnica que possibilita a outorga (ou delegação) de parcela do serviço público à pessoa jurídica diversa da entidade central (no caso do INSS, outorgam-se atribuições à autarquia), subentende um aperfeiçoamento das tarefas nos respectivos corpos burocráticos funcionais. A lei criadora do INSS, salienta Di Pietro[62] , destaca com precisão suas finalidades das quais

---

61 Recentemente, nos autos do HC92525, veiculado no informativo 500, o STF reconheceu a incongruência entre os parágrafos do art. 180 do CP, equiparando-os para efeitos de cominação da pena, ilegitimamente distintas. Vale referir trecho do voto do relator, Min. Marco Aurélio: "Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas ou supressivas incidentes sobre determinados valores básicos (como a liberdade) - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como expressivas limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo. A essência do "substantive due process of law" reside na necessidade de conter os excessos do Poder, quando o Estado edita legislação que se revele destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, como parece ocorrer na espécie ora em exame. Isso significa, portanto, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal."

62 Op. Cit. P. 72.

não se pode afastar por mera deliberação de seus administradores, pena de violação do princípio da especialidade.

Em seu art. 5º., I, o Decreto-Lei 200/67 define Autarquia: "serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada". De há muito, no plano infraconstitucional, o planejamento burocrático almejava observar os padrões gestores da eficiência (hoje constitucionalizado no art. 37 da Carta, por influência ianque), como medida otimizadora de uma ideal estruturado para alcançar melhores resultados possíveis através dos meios efetivos e menos onerosos disponíveis. Trata-se de programa institucional otimizador.

Agora, como entender que a entidade especificamente criada para desempenho de atividades delimitadas, com aparelhamento técnico, estrutura e corpo funcional treinado, disponha de um prazo duas vezes maior para anulação de seus próprios atos administrativos, tal qual o INSS?! Não deveria acontecer justamente o contrário? Já que a Administração Central está mais 'distante' de suas realizações (a amplitude de suas incontáveis demandas não permite uma especialização e treinamento ideal multifacetado de seus agentes), não há uma perplexa inversão de prazos caducificantes?

Exemplificando-se, o contra-senso[63] transparece: a) concede-se a aposentadoria a um servidor público federal; ultrapassados 6 anos,

[63] A despeito destas considerações, o TRF4 vem aplicando a literalidade positiva da norma questionada: "A MP 138 (de 19/11/03, publicada no DOU de 20/11/03, quando entrou em vigor), instituiu o art. 103-A da Lei 8.213/91, estabelecendo prazo decadencial de dez anos para a Previdência Social anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários. Como quando a Medida Provisória 138 entrou em vigor não haviam decorrido cinco anos a contar do advento da Lei 9.784/99, os prazos que tiveram início sob a égide desta Lei foram acrescidos, a partir de novembro de 2003, quando entrou em vigor a MP 138/03, de tanto tempo quanto necessário para atingir o total de dez anos. Assim, na prática todos os casos subsumidos inicialmente à regência da Lei 9.784/99, passaram a observar o prazo decadencial de dez, anos aproveitando-se, todavia, o tempo já decorrido sob a égide da norma revogada". (TRF4, AC 2000.72.04.003296-1, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 27/06/2008).

verifica-se que lhe fora incluída uma vantagem indevida (contrária à lei, nulidade absoluta/relativa); preenchidos os requisitos do art. 54 da Lei 9.874/99, fica impossibilitada a revisão, como diuturnamente estipulado pelo STJ: "Não pode a Administração Pública, após o lapso temporal de cinco anos, anular ato administrativo que considera viciado, se o mesmo gerou efeitos no campo de interesse individual de servidor público ou administrado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico. Precedentes. Recurso não conhecido". (REsp nº 515225, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 20-10-2003); b) de outro lado, concede-se aposentadoria a um trabalhador 'celetista' e, ultrapassados os mesmo 6 anos, verifica-se que lhe fora incluída uma vantagem indevida; não preenchidos os requisitos do art. 103A da Lei 8.213/91, quem mais lhe deveria proteger (o INSS), aproveita um extenso lapso (duplicado ao da União) e revisa uma situação já consolidada há longínquo período.

À míngua das análogas situações jurídicas, somente em se modificando a categoria[64] funcional (!) do aposentado, tributa-se gigantesca diferença no prazo decadencial! Pior: o mais necessitado cidadão (violação do *in dubio pro misero*[65]) dispõe contra si de um lapso protetivo dobrado! Além da violação implícita dos princípios da especialidade e da eficiência, fulminou-se o postulado da proporcionalidade em seu terceiro momento estrutural: a proporcionalidade em sentido estrito. Este vetor, refere Humberto Ávila, imprescinde da "comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais"[66] . O

---

64 Noutra similar ocasião, os Tribunais refutaram distinção injustificada à vista da mera consideração do sujeito afetado, quando da definição do conceito de 'infração de menor potencial ofensivo' em vista do advento da Lei 10.259/01: "Juizado especial estadual. Este Superior Tribunal vem entendendo que a Lei n. 10.259/2001, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, fixou o limite de dois anos para a pena máxima cominada, quer seja no âmbito de Juizado Especial Federal, quer seja no Juizado Especial Estadual. Assim, o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995". (RHC 14.141-SP, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 13/5/2003).

65 É princípio geral da Constituição cidadão, não mera acepção interpretativa a casos concretos. Ou seja, também impinge diretrizes ao legislador.

66 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116.

interesse pela promoção da finalidade almejada deve justificar o sacrifício recíproco ocasionado. Logo, duplicar o prazo decadencial num contra-senso antitético à especialidade/eficiência técnico-burocrática significa, descriteriosamente, macular o indigitado postulado aplicativo normativo em seu derradeiro momento.

A medida positivada, mesmo adequada, necessária e sem atingir o núcleo essencial de algum direito fundamental, violou a proporcionalidade em sentido estrito. Os motivos que fundamentam sua opção não obtiveram peso suficiente para justificar a restrição à prerrogativa pública atingida, salienta Luís Virgílio Afonso da Silva[67] . Com efeito, acrescido o tecnicismo à gestão pública descentralizada do INSS, subentende-se uma crescente possibilidade de autotutela dos próprios atos, bem mais eficaz em relação àquela até então instrumentalizada pela União, pena da subversão autofágica e total das autonomias personificadas que não corresponderem à expectativa da eficiência.

Para argumentar, vale referir análogo raciocínio jurisprudencial atinente à competência dos Juizados Especiais Criminais Federais-Estaduais: o STF decidiu pela aplicabilidade indistinta (aos JECs Federais/Estaduais) do prazo de 2 anos para caracterização da infração de menor potencial ofensivo, quando do advento da Lei 10.259/01, face a derrogação implícita do art. 61 da Lei 9.099/95. Naquela oportunidade, vislumbrou-se iníqua a norma que considerasse os benefícios da lei especial ao desacato proferido contra um policial federal, mas o reputasse crime afeto ao procedimento comum se a ofensa atacasse policial estadual. Seria insustentável que, pela mera categoria funcional (!) da vítima (virtualmente definidora da competência federal/estadual, art. 109 da CRFB), fosse obviada tamanha distinção violadora de direitos subjetivos fundamentais (prerrogativa da transação, etc.). Vale insistir: condutas idênticas axio-deontologicamente, à míngua da diferenciação subjetiva passiva material, não sustentariam tratamento paradoxal.

Tal constatação é similar à ora analisada, por se utilizar do postulado metódico da proporcionalidade em sua racionalidade. Iníqua a manutenção de dois prazos tamanho distintos para regrar análogos pressupostos de fato.

---

67 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **In Revista dos Tribunais** n. 798. p. 41.

5.3 Aplicação Metajurídica do Princípio da Boa-fé: reflexão pragmática à guisa da 'exigibilidade de conduta diversa'

Comentou-se a incidência da boa-fé tanto às relações privadas quanto públicas, em virtude de sua genealogia proveniente da Teoria Geral do Direito. Guasp refere: "Todos campos do Direito estatal são clima propício, como qualquer outro, ao desenvolvimento desta patologia do jurídico. E é mais, ela se dá no seio dos principais elementos que conjuga a relação jurídica estatal: a autoridade e o súdito. Porque, com efeito, a presença dos valores de lealdade, honestidade e moralidade que sua aplicação comporta é especialmente necessária no mundo das relações da Administração com os administrados"[68] .

Inclusive no Direito Penal, a boa-fé assume relevo. Ainda que desenvolvido para o trânsito, lembra André Callegari[69] , o princípio da confiança é aplicável a todas atividades nas quais há concorrência de condutas perigosas, sejam recíprocas, aleatórias ou convergentes. Subsume-se aos casos em que, com a atuação infratora de um sujeito, envolvem-se outros participantes na atividade e se encontram imersos no mesmo perigo criado pela infração.

Evidentemente, o vetor confiança é basilar na sociedade do consumo e das massas. Sem as expectativas centrípetas de todos e para com todos integrantes da comunidade, inviável a administração ou sequer a sobrevivência do Estado e de seus mecanismos de controle, dentre eles, o sistema penal[70] . O risco é caractere previsível em nossas ruas ou, quiçá, intramuros (v.g. violência doméstica), o que sobremaneira ressalta o privilégio da normatividade eticamente sustentável como presente nas circunstâncias (a)normais cotejadas concretamente. Por decorrência, não apenas à guisa da imputação típica

---

68 Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.

69 CALLEGARI, André Luís Callegari. **Imputação objetiva (lavagem de dinheiro e outros temas)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 170.

70 Aqui, inserimos um sentido amplo ao sistema penal: um, institucionalizado pelos organismos estatais (polícia, MP, Judiciário, sistema penitenciário); outro, informal ou, nalguns casos, paraestatal (com ajuda financeiro-burocrática do Estado), que atuam no complexo item segurança, dentre eles, ONGs, entidades de classe e de bairros, conselhos comunitários, etc.

é de ser (re)visitada a boa-fé, mas em todas categorias jurídico-penais (tipicidade, contrariedade ao Direito, culpabilidade-responsabilidade).

Nos autos do Processo N. 037/2060000772-9, em que a Justiça Pública denunciou L.R.D.O. pelo porte ilegal de arma (art. 14 da Lei 10.684/06), tivemos oportunidade de arrazoar a boa-fé para exclusão da exigibilidade de conduta diversa. Tratava-se do seguinte caso: o réu era um sujeito que sempre trabalhou com segurança privada; inclusive, já tivera sido sócio-administrador de uma empresa de custódia patrimonial; em virtude de um notório assaltante de carros-fortes do Rio Grande do Sul, foragido, ter se refugiado pelos esconderijos da fronteira oeste, de onde contrabandeava armamento pesado para suas empreitadas, alguns oficiais da inteligência da Brigada Militar contataram o acusado para que ele auxiliasse na perseguição do criminoso procurado; L.R.D.O. prestou-se, por liberalidade, a ajudar a polícia, utilizando de seu próprio carro particular; ao ser abordado, numa blitze, por outros policiais militares que não tinham conhecimento deste 'auxílio' solicitado pelos oficiais superiores, revistaram seu automóvel e localizaram uma pistola cujo porte estava vencido; ao cabo, o suspeito fora denunciado pelo porte ilegal (art. 14 do Estatuto do Desarmamento). Moral da estória: um braço oficial do Estado pediu ajuda operacional ao réu - especialista em segurança privada; desavisado, outro grupo de policiais enquadrou-o pelo porte ilegal de arma de fogo. Vale referir trecho da sentença absolutória:

> Será que vivemos num hipócrita Estado de Polícia que solicita auxílio a um especialista em vigilância e o surpreende com uma demanda criminal? Será que se imaginou que um trabalhador da iniciativa privada iria atrás do perigosíssimo 'Fulano de Tal' sem portar uma arma de fogo sequer? De fato, se o acusado perseguisse o foragido sem um instrumento de fogo, deveria parar num hospício e não no banco dos réus... Qualquer homem médio (seja lá o que isso for) agiria da mesma forma.
>
> A situação é que o Poder Público locupletou-se com o auxílio do réu. Agora vem cobrá-lo, sem lhe remunerar e ainda solapando-lhe um processo penal às costas. A conduta estatal anterior despertou legítima expectativa ao réu, forte no vetor 'ne venire contra factum proprium' da boa-fé objetiva.

> O 'venire contra factum proprium' significa a proibição de ir contra o próprio fato. Expressa a idéia de que, à parte (Estado), não é permitido agir em contradição a um comportamento assumido anteriormente. A conduta antecedente de pedir um auxílio gerou uma expectativa no outro interessado num atuar em determinado sentido. Desse modo, o contratante/Estado, ao portar-se em linha adversa, ainda que aparentemente no exercício de um direito, quebra a lealdade e confiança. Ou seja, maltrata a boa-fé, de molde que resta delineado um quadro de abuso de direito.
>
> Esse desdobramento se traduz nas hipóteses em que se age de determinada forma, criando para o outro interessado a expectativa de um comportamento padrão ou comum e, posteriormente, posiciona-se contra seu próprio agir. Sob pena de quebra da boa-fé, não é permitido a ninguém criar a confiança em seu contratante de que lhe concederá determinado direito e, posteriormente, comportar-se contrariamente à expectativa gerada.
>
> (...) A boa-fé é aplicada no Direito Privado sem ressalvas. Inviável que, na contração de prerrogativas fundamentais de maior relevância (liberdade), não se interprete a mesma postulação. Pelo contrário, a analogia se exerce em sua plena amplitude pro réu no Estado Democrático do Direito, face à intervenção mínima, a subsidiariedade e a fragmentariedade da seara criminal.
>
> No caso, a boa-fé do sujeito afasta quaisquer outras possibilidades de conduta expectada. Era-lhe inexigível outro agir, prestando-se o 'ne venire contra factum proprium' como causa supralegal da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra ação. Ao perseguir o 'Fulano de Tal', a pedido do próprio Estado, não se esperava que o réu fosse desarmado.
>
> As circunstâncias concomitantes não eram normais. Daí, ausente a culpabilidade à condenação.

Aguardávamos a reflexão do Tribunal acerca do tema mas, com feliz perplexidade, o Ministério Público não recorreu. Isso reforça o juízo da culpabilidade pesquisado com Berthold

Freudenthal, monografia originariamente publicada em 1919: "En un juicio de culpabilidad está encajado todavía un fragmento de la antigua tragedia del destino. ¿No es, acaso, el Derecho el minimum ético? Resulta a la larga difícilmente soportable que afirmemos el reproche de la culpabilidad e inflijamos graves, incluso las más graves injerencias de índole criminal, contra aquel a quien, según las circunstancias del hecho, no podemos formular éticamente reproche alguno por su ejecución"[71] .

Não por mera coincidência que, de há muito, tais reflexões clássicas invocavam, subliminarmente, a boa-fé como princípio geral das circunstâncias normais concomitantes para aferição da culpabilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS ARTICULADAS

Partilha-se de uma visão pessimista do poder. Trata-se de necessário (ou indispensável) assegurador/regulador do tráfego social. Não obstante, mormente nos regimes Democráticos incipientes (como o nosso), tende-se ao abuso. À vista da instrumental proteção dos direitos fundamentais basilares, impende refletir-se acerca da legalidade/juridicidade e da co-respectiva segurança jurídica, evitando-se o retrocesso sócio-normativo que a exclusão de uma prerrogativa humana representaria sobre o núcleo essencial da outra.

1. A genealogia do Direito Administrativo funde-se à evolução do princípio da legalidade e, por conseguinte, do próprio Estado Moderno. A partir da Revolução Francesa e das movimentações jusfilosóficas do século XVIII, sufragou-se o poder absoluto real em privilégio duma legalidade formal burguesa duplamente caracterizada: ao mesmo tempo em que limitava o poder estatal, vinculava todas ações da Administração às reservas normativas. Caracterizava-se o Estado de Direito pela submissão dos poderes instituídos à ordem vigente.

A movimentação pendular da ciência juspublicista indicou um sobressalto paradigmático - do extremismo psicológico do monarca

[71] FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 99.

ao juspositivismo estrito/fechado dum sistêmico aparato de 'regras' legais.

2. Movimentos totalitários de diversas ordens legitimaram suas arbitrariedades pela via legislada. Aparentemente, transubjetivou-se o absolutismo: da cabeça do rei à então simbólica democracia representativa. Necessária a consolidação do Estado de Direito não apenas matizado pela negativação dos excessos (1ª. dimensão dos direitos fundamentais), sequer evitados pela manutenção do poder de legislar; mas sim pela configuração de um Estado Social/Providência, com preocupação pró-ativa interventiva na ordem socioeconômica e política, funcionalmente imbricada à realização efetiva dos direitos fundamentais.

A modificação da ordem estática vigente assume relevo na segunda metade do século XX. Atacando os exageros do 'purismo' legalista, o Estado contemporâneo delineou a proteção dos direitos fundamentais, consolidando-se um (neo)constitucionalismo de valores, regras e princípios. A partir daí, legalidade refletiu os caracteres substanciais principiológicos e valorativos supremos do Estado.

No sentido neoconstitucionalista, legalidade é um princípio fundante e transforma-se na juridicidade, de concepção amplificadora. Reflete uma movimentação pendular provisória em constante dialética ponderável intersubjetivamente às demais normas do sistema - em especial a segurança jurídica, que passa a integrar o bloco de juridicidade/legalidade.

Por decorrência, o Direito Administrativo e sua feição externa mais notória - o ato administrativo - são repensados: de uma acepção estrutural, orgânica e formal, assumem contornos e conteúdos substanciais, funcionalizados à edificação efetiva e concreta dos valores e princípios constitucionais. Devido à complexidade e, por vezes, contraditórias indicações dos poderes público ao atingimento dos fins (não raro insuficientes a todos interesses), natural que os atos estatais sejam objeto de ponderações constantes, sopesadas dinamicamente pelas ideologias e interesses fundantes imutáveis bem como aos momentaneamente presentes e compatíveis com aqueles.

3. Invalidação é a retirada potestativa do ato administrativo por razões de (anti)juridicidade. Consiste num gênero do qual são espécies a inexistência, a nulidade e a anulação.

Esta classificação sistematiza-se de acordo com as respectivas hierarquias das normas violadas, sejam de ordem constitucional, legal impositiva ou legal flexível (sujeita a integração homogênea/heterogênea).

4. A boa-fé extrai fundamento jurídico da Teoria Geral do Direito. Imanente às expectativas sociais a vedação: do retrocesso, da conduta contra os próprios atos, falta de transparência e a incoerência. Demais disso, positivou-se a moralidade no art. 37 da CRFB, espargindo a virtude confiança objetiva a todo ordenamento ricocheteada pelos valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, axiologicamente basilares.

A segurança jurídica tornou-se obséquio externo e funcionalizador da legalidade/juridicidade, restringindo-a desde a origem - passa a integrar dinamicamente o bloco de juridicidade/legalidade. Logo, *ab ovo* se ressalva a nota protetiva da legalidade contra abusos estatais. A mesma vontade geral que lhe embasa, por vezes, corrige seus próprios excessos intransigentes, pena de as situações já conformadas no tempo deixar intranqüilos e atônitos os súditos que confiaram na legitimidade das anteriores diretrizes administrativas.

A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidades pública (juridicidade *versus* segurança jurídica) implica o dever de ponderação cuja medida e satisfação somente é obtida mediante a proporcionalidade. À vista dos auspícios legitimamente perseguidos (proteção em grande ou maior parte dos bens jurídicos envolvidos preservando-se o núcleo essencial de cada qual) bem como estabelecendo uma relação de meio-fim objetivamente controlável, condiciona-se a existência de ambas as indigitadas normas.

Corolário desta dinamização principiológica é a positivação do art. 54 da LPA. O interesse público conglobante reservou-se, justamente, na conservação do ato geneticamente viciado, mas que, por omissão da Administração e decurso prolongado do tempo cotejados à boa-fé dos beneficiários, consolidou-se-lhes a crença da legitimidade.

5. O prazo caducificante de 5 anos é proporcional em sentido estrito e sistemático em relação aos demais regramentos atinentes ao Poder Público.

O art. 103A da Lei 8.213/91, que previu o lapso de 10 anos ao INSS para anular seus próprios atos é canhestro por flagelar os princípios da eficiência, da especialidade e o postulado da proporcionalidade.

6. A confiança e seus consectários vetorizados são normas metajurídicas. Operam um corte epistemológico em todos ramos jurídicos, aplicando-se-lhes interdisciplinarmente, por ocasião de suas genealogias extraídas da Teoria Geral do Direito e da própria pretensão de eficácia espargida da CRFB. Inclusive as categorias do crime hão de serem revisitadas pelos requisitos do princípio da boa-fé.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **In RDA** n. 217.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **In Revista dos Tribunais** n. 300.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **In RDP** n. 24.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **In RDA** n. 215.

_____. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tribunal Regional Federal da Quarta Região**.

BUSSARELLO, Raulino. **Dicionário básico latino-português**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.

CALLEGARI, André Luís Callegari. **Imputação objetiva (lavagem de dinheiro e outros temas)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In:

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito Constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Revogação e anulamento do ato administrativo. In RDA n. 02.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Gráficas Uguina, 1958.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2006.

DIÓGENES, Gasparini. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **In Revista da Ajuris** n. 107.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise paradigmática do direito das obrigações: boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato. **In Revista da Emerj** n. 44.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo (princípios constitucionais e a lei 9.784/99)**. São Paulo: Malheiros: 2007.

NETO, Jayme Weingartner. O estado democrático de direito, apontamentos Histórico-Críticos. **In Revista da Ajuris** n. 109.

NOBRE JR., Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **In Revista da Ajuris** n. 109.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, IV. Campinas: Bookseller, 1999.

PRETEL, Mariana Pretel. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, Almiro do Souto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. **In RDA** n. 204.

_____. Princípio da legalidade da administração e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **In RDP** n. 84.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **In Revista dos Tribunais** n. 798.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O VALOR DO SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA HIPÓTESE DE AUSÊNCIA DE PRONÚNCIA EM FACE DO RECLAMO DO ADMINISTRADO

Felipe Estrela de los Santos*

Resumo: O presente trabalho trata do silêncio no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, procurando alcançar o sentido que pode ser atribuído à impronúncia da Administração Pública nas situações em que o administrado lhe formula um pedido. Diante da ausência de manifestação do Poder Público, indaga-se se o silêncio deve ser compreendido como acolhimento ou rejeição do pleito apresentado pelo administrado.

Palavras-chave: Silêncio; Administração Pública; Efeitos.

Resumen: ste trabajo lidia acerca del silencio en el ámbito del Derecho Administrativo brasileño, buscando alzar el sentido que puede ser donado a la impronuncia de la Administración Pública en situaciones en las cuales el administrado le formula una solicitud. Ante la ausencia de manifestación del poder público, se cuestiona si el silencio hay que ser comprendido como una acogida o rechazo del pleito presentado por el administrado.

Palabras-chave: Silencio; Administración Pública; Efectos.

1 INTRODUÇÃO

O silêncio administrativo é tema para o qual costuma ser dispensada pouca atenção no Direito brasileiro, não obstante as graves e significativas repercussões dele decorrentes. Apesar da existência de tratamento legislativo, este é restrito a um reduzido número de situações, ausente no ordenamento jurídico brasileiro disciplina que regule integralmente as situações envolvendo a ausência de manifestação estatal, fato ensejador de grave insegurança jurídica. Diante disso, depara-se

* Procurador do Estado. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS

o administrado com um sistema jurídico que oferece considerável proteção contra a ação administrativa, dispensando, de outro lado, tratamento escasso para a inatividade da Administração Pública.

Como causa provável da insuficiência de disciplina legal, aponta-se o fato de não existir no Brasil uma justiça administrativa autônoma, aliado a outro fator, que não pode ser desconsiderado, qual seja, o longo período em que o País esteve submetido ao regime militar, repercutindo a forma ditatorial de governar no modo de atuação da Administração Pública[1]. Ocorre que, no atual estágio político e administrativo, não é aceitável a manutenção de situações lesivas, ou potencialmente lesivas, produzidas pela ausência de manifestação da Administração Pública, a qual, não raro, apresenta-se como encobridora da incompetência, da inoperância, e de práticas administrativas repulsivas, como o desvio de poder.

No intuito de trazer uma pequena colaboração para o tema, almeja-se com o presente trabalho, de modo genérico, identificar o valor ou efeito imputável à ausência de manifestação de vontade da Administração Pública quando expressamente reclamada sua pronúncia pelo administrado, enquadrando-se a análise nos estritos limites do "silêncio administrativo" ou da denominada "teoria do silêncio". Como adverte Themístocles Brandão Cavalcanti[2], é preciso não confundir a inércia da Administração Pública na defesa dos seus direitos ou da coletividade, com o silêncio na decisão provocada por terceiros. Assim que são afastadas, no limite deste trabalho, as situações em que embora ausente qualquer forma de manifestação estatal, não é demandada uma atuação do Poder Público diretamente pelo administrado, o que a rigor, entendemos, escaparia do alcance da "teoria do silêncio". Assim é na medida em que a "teoria do silêncio administrativo", surgida originalmente para facultar ao administrado o acesso ao contencioso administrativo, teve ampliado o seu objetivo inicial para constituí-la em instrumento de combate à inércia administrativa, atribuindo-se efeito jurídico ao silêncio da Administração Pública.

---

1 FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro. **O Silêncio da Administração**. RPGE, Salvador, 26 jan./dez. p. 12

2 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

Cumpre então, na forma como pretende este trabalho, questionar aspectos relevantes do tema para, ao final, atribuir ao silêncio da Administração Pública um valor jurídico, quando ausente uma manifestação da qual possa ser inferida a anuência ou recusa da pretensão formulada pelo administrado.

2 ORIGEM HISTÓRICA E DISCIPLINA NO DIREITO ESTRANGEIRO

O estudo do silêncio administrativo remonta ao direito francês do século XIX, datando desta época a denominada *règle de la décision préalable*, significando a mesma a necessidade da existência de uma decisão administrativa, a fim de que fosse possibilitado o acesso ao contencioso administrativo. Desta maneira, a Administração poderia iludir o controle pelo contencioso administrativo apenas permanecendo inativa, ficando o particular indefeso perante ela, ou seja, a impronúncia ou não prática de um ato administrativo decisório era suficiente para impedir o acesso do interessado aos órgãos do contencioso administrativo.

Em vista disso, foi editado o Decreto de 02 de novembro de 1864 (artigo 7°) e, posteriormente, a lei de 7 de julho de 1900 (artigo 3°), os quais permanecem em vigor, atualmente, por força da ordenança de 31 de julho de 1945. Essas normas disciplinaram a figura do ato presumido, buscando obstar que o silêncio da Administração Pública impedisse o acesso ao contencioso administrativo. Dessa maneira, estabeleceu-se, no Direito Administrativo francês, entendimento no sentido de que o silêncio da Administração Pública corresponderia ao deferimento, condicionado ao decurso de determinado lapso temporal e à previsão legal neste sentido [3].

Influenciados pelo Direito Administrativo francês, outros países europeus também passaram a adotar providências visando a atenuar os efeitos da inércia administrativa, formatando soluções legislativas para a equação do problema. Assim, em países como a Itália, Espanha e Portugal, a disciplina legal está consubstanciada, especialmente, em leis processuais administrativas.

---

[3] FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro. **O Silêncio da Administração. RPGE**, Salvador, 26 jan./dez.

Na Itália, a menção ao silêncio administrativo surge inicialmente em decisões do Conselho de Estado de 02 de março de 1894 e 22 de agosto de 1902, as quais estabeleceram orientação no sentido de que, transcorrido prazo razoável sem pronúncia, poderia o interessado notificar a Administração Pública para decidir, e, não havendo resposta, entender-se-ia como rejeitado o recurso.

Posteriormente, em 1934, a orientação emanada das decisões do Conselho de Estado foi adotada, surgindo previsão legal dispondo que, transcorridos cento e vinte dias da interposição do recurso, sem que a autoridade houvesse decidido, o interessado poderia renovar o recurso à mesma autoridade. Decorridos sessenta dias dessa última interposição, e inexistindo decisão, o pedido seria considerado improvido.

Na Espanha, foi igualmente adotada a *règle de la décision préalable* dos franceses, ou seja, a exigência de prévia existência de ato da Administração Pública passível de impugnação para viabilizar o acesso à via judicial, o que ensejou, em momento posterior, a criação de providência hábil a proteger o administrado contra o silêncio administrativo, inserida no Real Decreto de 20 de setembro de 1851. Atualmente, a LRJAP (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) atribui, ao silêncio da Administração Pública, um valor normalmente positivo e só excepcionalmente negativo[4].

No direito português, a regra é no sentido de que o silêncio corresponde ao indeferimento do postulado, atribuindo à lei, apenas excepcionalmente, efeito concessivo. Tais hipóteses de indeferimento encontram-se no Código Administrativo, artigos 346 e 552, § 3°, no Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, artigo 489 e no Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo, artigo 53. Quanto às hipóteses de interpretação do silêncio como significando aprovação, são apontadas pelo Código Administrativo, artigos 55, § 6º e 100, § 2º[5].

A Alemanha, por sua vez, tratou o silêncio administrativo de modo absolutamente diverso do francês, facultando a imediata impugnação

[4] SÁNCHEZ, Enrique Goyanes. **Manual de Derecho Administrativo**, Madrid, Colex, v. I, 1997.

[5] CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970

jurisdicional diante da ausência de decisão administrativa. Trata-se da demanda por inatividade, considerada uma das previsões de maior significado do sistema alemão da Justiça Administrativa.

São estas, em breve exposição, a gênese e o tratamento dispensado ao silêncio administrativo no Direito Comparado. Passo seguinte, a partir das referências expostas neste tópico, cumpre passar à análise do silêncio administrativo no âmbito do Direito brasileiro.

3 O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme assinalado preambularmente, o silêncio administrativo é tema para o qual costuma ser dispensada pouca atenção no Direito brasileiro, em que pese sua manifesta importância. A par do escasso tratamento legislativo, poucos são os estudos integralmente dedicados ao tema, concentrando-se a doutrina no exame da questão sob a perspectiva da natureza jurídica do silêncio administrativo e do direito de indenização do lesado em face da teoria do abuso de poder. Assim, apesar dos esforços doutrinários no sentido de dissipar a obscuridade que caracteriza o assunto, subsistem situações que exigem uma investigação mais acurada, visando à obtenção de respostas que eventualmente atendam as indagações surgidas, mormente quando reclamadas diante do caso concreto.

A atual Constituição Federal conferiu especial destaque aos direitos fundamentais, positivando, de forma inovadora, a sua autoaplicabilidade. Esta idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata, ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância[6]. Disso resulta que cabendo ao Poder Público protegê-los e promovê-los, a

[6] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional, Salvador Revista Diálogo Jurídico, n. 10, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 21 de Maio 2012.

inércia estatal implica, para além de uma indisfarçável violação de direitos fundamentais, o descumprimento de deveres constitucionais impostos à Administração Pública, conforme exporemos adiante. Assim, talvez mais grave que a manifestação estatal lesiva ao direito do administrado, seja a ausência de pronúncia.

A ausência de manifestação de vontade da Administração Pública, quando reclamada pelo administrado, é situação absolutamente inaceitável, porquanto implica a violação de relevante dever estatal, qual seja, o dever de resposta ou de manifestação em face do administrado. A extração deste dever resulta da conjugação de alguns dispositivos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, como o direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (artigo 5°, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988), o direito de petição (artigo 5°, inciso XXXIV, alínea "a"), o direito de certidão (artigo 5°, inciso XXXIV, alínea "b", da Constituição Federal de 1988), o direito ao amplo acesso ao Judiciário (artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal de 1988) e o direito à razoável duração dos processos (artigo 5°, inciso LXXVII, da Constituição Federal de 1988), bem como dos princípios de Direito Administrativo.

Temos que a atual Constituição Federal repudia francamente a inércia da Administração Pública, inferindo-se tal posição a partir da variedade de dispositivos que impõem o dever de manifestação estatal diante dos reclamos do administrado, como acima destacado. A expressão desse dever está consubstanciada, sobremodo, no artigo 5°, inciso XXXIII, o qual estabelece o direito de receber informações dos órgãos públicos, assim como no artigo 5°, inciso XXXIV, alíneas "a" e "b"[7], consagrador

[7] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal".

do direito de petição e do direito de certidão. Os direitos em questão impõem ao Poder Público uma manifestação expressa, cumprindo-lhe analisar e dizer especificamente sobre o reclamo do administrado. Destarte, quando exercido o direito de petição, pesa sobre o Poder Público o dever de responder ao pedido que lhe é dirigido, porquanto seria absolutamente destituído de efeitos práticos o peticionamento não houvesse a correspondente necessidade de resposta[8], subtraindo-se, portanto, a própria realização do direito fundamental. Deveras, presente o direito de petição, pressuposto está o direito de resposta, pelo que tem a Administração Pública o dever de se pronunciar[9]. De igual maneira, quando postuladas informações aos órgãos públicos, ressalvada a exceção constitucionalmente prevista (sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado), presente estará

---

[8] O STJ consignou, em acórdão assim ementado, o seguinte: "MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO DE PETIÇÃO - PRONUNCIAMENTO.- O DIREITO DE PETIÇÃO TEM COMO COROLÁRIO O DIREITO AO PRONUNCIAMENTO DA AUTORIDADE DESTINATARIA DO PEDIDO. O SILÊNCIO EM TAL PRONUNCIAMENTO CONSTITUI OMISSÃO ILICITA, DANDO ENSEJO A MANDADO DE SEGURANÇA." (BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Classe: MS – Mandado de Segurança, Processo: MS 5203/DF, UF: DF, Fonte: DJ 25/05/1998 p. 4, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS) Do mesmo modo, o TRF da 3ª Região reconheceu o direito de resposta do administrado: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - ARTIGO 5.º INCISO XIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVÊ O DIREITO DE PETIÇÃO, PRESUMINDO O DIREITO DE OBTER UMA RESPOSTA - SILÊNCIO ADMINISTRATIVO CARACTERIZA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PETIÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO PODE SER EXAMINADO POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA ANTES DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NO QUE TANGE AO ASPECTO DA LEGALIDADE-APELAÇÃO IMPROVIDA. 1- O direito de petição é aquele que pertence a uma pessoa de invocar a atenção do poder público sobre uma questão ou situação. 2 - A omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável, configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido, mas também para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado. 3- O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sob o aspecto da legalidade. 4- Apelação e remessa oficial improvidas." (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 200482, Processo: AMS 200003990250967, UF: SP, Fonte: DJU 31/08/2005 p. 157, Relator(a): NERY JÚNIOR)

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., São Paulo, SP, Malheiros Editores, 2009.

a obrigação de fornecer os dados solicitados pelo administrado[10], o mesmo valendo quanto ao pedido de fornecimento de certidões[11], até mesmo por dever funcional atribuído aos agentes públicos[12].

Também em face do primado do devido processo legal[13] não é facultado à Administração Pública permanecer silente diante da provocação do particular, sob pena de inviabilizar o direito ao contraditório e à ampla defesa. Desse modo, é necessário que a vontade estatal seja externada e materializada para o fim de ensejar ao administrado, na via administrativa ou na via judicial, a tutela do seu direito ou interesse. E tal pronunciamento deverá consignar as razões da atuação estatal, enunciando os fundamentos de fato e de direito do ato, vale dizer, realizando sua motivação, sob pena

---

10 O direito de acesso à informação, plasmado no inciso XXXIII do caput do art. 5°, da Constituição Federal, encontra regulação na Lei n. 12.527/11, consignando este diploma legal, em seu artigo 5º, que "É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão", estipulando, ainda, no seu artigo 21, que "Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais" A referida lei também prevê procedimento próprio para o atendimento do pedido de acesso às informações, estipulando prazos para tanto. Da conjugação dos dispositivos legais em questão, resulta um autêntico dever de manifestação do Poder Público em face do particular, dando conformação ao direito fundamental ao recebimento de informações.

11 O art. 1º da Lei n. 9.051/95 dispõe que "As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor."

12 Cumpre assinalar que antes da edição das leis reguladoras do direito à informação e do direito à certidão, o art. 116 da Lei n. 8.112/90 (regime jurídico dos servidores civis da União) já cominava expressamente deveres aos agentes públicos, tendentes a viabilizar a realização de tais direitos, consignando o seguinte: "São **deveres do servidor**: (...) V - atender com presteza: a) ao público em geral, **prestando as informações requeridas**, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à **expedição de certidões** requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal.(grifamos)

13 Constituição Federal de 1988, Art. 5º, inciso 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;"

de cerceamento de defesa e, em última instância, obstaculização do exame pelo Poder Judiciário[14].

Em outro plano, sob o influxo da Lei Maior, visando à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, editou-se a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, a qual concretizou o dever de responder, positivando a necessidade da Administração Pública proferir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações perante ela apresentados, estipulando, ainda, prazo para emitir a decisão[15], inferindo-se disso a franca rejeição à impronúncia também no plano infraconstitucional. E premidos pela mesma exigência, alguns Estados da Federação passaram a editar leis disciplinadoras do processo administrativo, como a Lei n. 10.117, de 30 de dezembro de 1998, do Estado de São Paulo; a Lei n. 2.794, de 06 de maio de 2003, do Estado do Amazonas; a Lei n. 13.800, de 18 de janeiro de 2001, do Estado de Goiás; a Lei n. 14.184, de 31 de janeiro de 2002, do Estado de Minas Gerais; a Lei n. 7.692, de 1º de julho de 2002, do Estado de Mato Grosso e a Lei n. 5.427, de 1º de abril de 2009, do Estado do Rio de Janeiro, as quais representam significativo avanço no propósito de tutelar o direito dos particulares e de promover a boa gestão da coisa pública.

Apesar de a Constituição Federal repelir a inércia da Administração Pública, impondo-lhe o dever de manifestação, bem como as leis reguladoras do processo administrativo positivarem a obrigação do Poder Público proferir decisão expressa, a questão envolvendo o silêncio administrativo ainda apresenta problemas. Deveras, inexiste regra geral, pelo menos no plano federal, atribuindo valor ao silêncio. A rigor, consagra o Direito brasileiro

---

[14] Constituição Federal de 1988, Art. 5º inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;".

[16] "Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência."

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

algumas poucas hipóteses em que são atribuídos efeitos positivos ou negativos à falta de pronunciamento estatal, evitando ou atenuando a situação de vulnerabilidade do administrado frente a tais situações. Por conseguinte, ante a deficiência normativa, cabe à doutrina e, amiúde, à jurisprudência apresentar soluções que atendam as exigências dos casos concretos, produzindo preciosos precedentes que, à míngua de um tratamento legal sobre o assunto, eventualmente servem para resolver os problemas relacionados à impronúncia.

A insuficiência de trato legislativo parece também haver repercutido na doutrina nacional, sendo escassas as obras dedicadas ao estudo do silêncio administrativo. Já em 1939, Themístocles Brandão Cavalcanti, no artigo denominado "A Teoria do Silêncio no Direito Administrativo" assinalava a ausência de obras, no Brasil, tratando do estudo do silêncio administrativo. Mas, apesar do pouco interesse da doutrina pátria, alguns autores se debruçaram sobre o tema, analisando os caracteres do silêncio administrativo e apresentando sugestões para resolver imperativos de ordem prática, muito contribuindo para o esclarecimento de questões descuidadas pela própria legislação.

Adentrando especificamente no objeto do presente estudo, apresenta-se questão desafiadora de soluções no âmbito do Direito Administrativo brasileiro: sem que a lei atribua ao silêncio um efeito, ao menos para a generalidade dos casos, quais serão as conseqüências substanciais para o silêncio administrativo quando expressamente reclamada sua pronúncia pelo administrado? Equivalerá ele ao assentimento ou à recusa?

Conforme assinalado antes, apesar das normas constitucionais repelirem a inércia da Administração Pública e as leis reguladoras do processo administrativo positivarem a obrigação de a Administração Pública proferir decisão expressa, não raro permanece o administrado sem obter qualquer pronunciamento, advindo daí grave insegurança jurídica resultante do desconhecimento dos efeitos que emanam do silêncio. Diante disso, persiste o problema, carecendo o nosso Direito de uma solução, senão de *lege ferenda*, ao menos por obra do engenho das demais fontes do Direito, especialmente da doutrina

e da jurisprudência, para o fim de imputar ao silêncio administrativo determinado efeito, seja positivo ou negativo.

3.1 Natureza Jurídica do Silêncio Administrativo

A definição da natureza jurídica do silêncio administrativo, no Direito brasileiro, é aspecto para o qual a doutrina devota especial atenção[16], oscilando as posições ora entre a sua caracterização como fato administrativo, ora como ato administrativo. Do mesmo modo, na doutrina estrangeira, presente acentuada divergência, as quais serão sumariamente destacadas a título de notícia, passando-se, posteriormente, à exposição do tema na doutrina pátria.

Por primeiro, cabe destacar o magistério de André Gonçalves Pereira[17], o qual atribui caráter de ato administrativo ao que denomina "ato implícito" e ao que chama "ato tácito interno",

---

16 ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO (BONIFÁCIO, Artur Cortez, **Direito de Petição**: garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004, p. 149, nora 47) resume laboriosamente as posições doutrinárias acerca do tema: "Consideram o silêncio um fato administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit.), Temístocles Brandão Cavalcanti (In: Revista Forense 03/1939, APUD Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXXIV, fasc. II, p. 122-130), Renato Alessi [...], André Gonçalves Pereira (Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo, São Paulo, Ática, 1962), Eduardo Garcia de Enterría (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1991) e Agustín Gordillo (ob. Cit.), entre outros. Consideram-no ato administrativo Alberto Xavier (apud Antônio Carlos Cintra, Extinção do Ato Administrativo), Sérgio Ferraz (In: Curso de Direito Administrativo, Instrumentos de Defesa dos Administrados, São Paulo, Saraiva, 1986), José Wilson Ferreira Sobrinho (In Silêncio Administrativo e Licença de Construção, RT, Revista de Direito Público, nº 99). Atribuem-no o caráter de ato administrativo condicionando à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para sua emanação, respectivamente, Neyde Falco Pires Corrêa (em O Silêncio da Administração, RT, Revista de Direito Público, no. 69) e Régis Fernandes de Oliveira (Ato Administrativo, 4ª ed., São Paulo, RT, 2002). Lúcia Vale Figueiredo (Disciplina Urbanística da Propriedade, São Paulo, 1980), referindo-se à licença para construir, admite o silêncio, como ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Então, do silêncio tem-se por deferida a continuidade das obras mediante comunicação, a fim de se constituir a administração em mora, marcando-se o prazo para preclusão. Hely Lopes Meirelles (Direito de Construir, 1987) sustenta ser o silêncio uma conduta omissiva da Administração".

17 PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**, Lisboa, 1962, p.86.

negando, todavia, tal qualidade ao que trata por "ato tácito externo." Diante disso, cumpre assinalar a distinção feita pelo autor português entre o ato tácito e o ato implícito, consignando, ainda, diferenciação entre o que denomina ato tácito interno e ato tácito externo[18].

Assim é que o referido autor português conceitua ato implícito como o "que resulta necessariamente de uma consulta destinada a fim diverso, inferindo-se sem possibilidade de dúvida dos facta concludentia". (PEREIRA, 1962, p. 86) Como exemplo, menciona um pedido de concessão em que a autoridade delega esse serviço em regime de exclusividade a outra pessoa, diante do que se entende que o primeiro pedido restou indeferido.

De outro lado, o ato tácito, o qual pode ser: (a) interno, quando resulta da omissão de órgão administrativo controlador em manifestar tempestivamente a sua aquiescência ou desacordo em relação em relação a ato de outro órgão que deva ser objeto de seu controle. Se não o fizer em determinado prazo, a lei o considera aprovado; e (b) externo, resultantes da omissão administrativa em apreciar, em dado tempo legalmente pré-fixado, uma pretensão do administrado. Não o fazendo, considera-se rejeitada a pretensão que lhe fora submetida[19].

Conforme assinalado antes, nega André Gonçalves[20] sejam os atos tácitos externos atos administrativos, argumentando que "o acto tácito externo não é um ato administrativo, mas sim um pressuposto

---

18 Cumpre destacar a interessante distinção estabelecida por Luis Morell Ocaña (Curso de Derecho Administrativo II, Arazandi Editorial, 1997, Pamplona) entre o que denomina ato presumido (acto presunto) e ato tácito (**acto tácito**), sustentando que "La doctrina del acto tácito toma también como punto de partida la inexistencia de una declaración de voluntad de la Admnistracíon; [...] Esse vacío lo cumbre la doctrina del acto presunto mediante una presunción directamente estabelecida por la Ley: el silencio equivale a la estimación o desetimación de la solicitud del particular. En cambio, la del acto tácito se basa también en una presunción; pero es una **presumptio homini y**, además, deducida del **comportamiento** de la Administración. Es, por ello, una aplicación más de los **facta concludentia**.

19 VITTA, Heraldo Garcia. **O Silêncio no Direito Administrativo**. RDA, São Paulo, n. 218 out./dez. 1999.

20 PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**, Lisboa, 1962.

do recurso contencioso que em casos excepcionais a lei permite substitua o acto administrativo, pressuposto normal do recurso contencioso" (PEREIRA, 1962, p. 91). Assim, conclui que apenas o ato implícito e o ato tácito interno seriam atos administrativos, enquanto o ato tácito externo seria simples pressuposto processual para a impugnação contenciosa.

De outro lado, discordando frontalmente de André Gonçalves Pereira, leciona Marcello Caetano que é de ser mantida a doutrina e a terminologia vigente no Direito Administrativo português, asseverando:

> O que o Sr. Dr. G. Pereira chama acto tácito interno não o é, uma vez que a tutela administrativa relaciona duas pessoas colectivas autônomas. Estamos aí perante a presunção de deferimento extraída do silêncio *no interesse da Administração*, isto é, no interesse da acção do órgão tutelado. Ao passo que o acto tácito chamado externo traduz a presunção de indeferimento que a lei infere do silêncio no *interesse dos administrados*, a fim de lhes facultar o recurso contencioso. Como o recurso contencioso só pode ser interposto de um acto administrativo, a lei atribuiu certos efeitos jurídicos à conduta passiva do órgão da administração, reputando indeferida a pretensão formulada pelo particular – isto é, aplicada em sentido desfavorável a norma legal ao caso concreto. São os próprios textos de direito positivo que chamam a este facto de *acto tácito* [...] (CAETANO, 1970, p. 434).

Arrematando, assevera Marcello Caetano[21] que, embora o ato tácito resulte de uma presunção legal, seria verdadeiro ato administrativo, nele inserida uma implícita manifestação de vontade da Administração Pública.

No mesmo sentido, Garcia de Enterría[22] leciona que o "silêncio-negativo" não é ato administrativo, mas uma ficção legal produtora de efeitos processuais, a qual ensejaria ao administrado a via recursal. No entanto, entende que o "silêncio-positivo" apresenta-se como um verdadeiro ato administrativo, equivalente a essa autorização ou aprovação às que substitui.

---

21 CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

22 ENTERRÍA, Garcia de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Renato Alessi[23], por sua vez, aduz que o silêncio, via de regra, não pode ser considerado um autêntico ato administrativo (*provvedimento*), pois ausente manifestação de vontade. No entanto, também adverte para a possibilidade de a lei conferir algum efeito ao silêncio, diante do que teríamos uma manifestação presumida da Administração Pública. Em tais casos, o silêncio equivaleria a uma manifestação administrativa podendo, dessa maneira, ser considerado um ato administrativo tácito ou presumido.

Empreendendo a análise da questão no âmbito específico do Direito Administrativo brasileiro, assinala-se a existência de dissenso na doutrina sobre a possibilidade de definir o silêncio como ato administrativo ou não. Para o fim de demonstrar tal divergência, destacar-se-á uma parcela do entendimento doutrinário sobre o tema, valendo-nos, para tanto, da opinião dos proeminentes administrativistas, cujas lições colacionaremos a seguir.

Por primeiro, apresenta-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello[24], o qual propugna a impossibilidade de o silêncio ser considerado ato jurídico e, conseqüentemente, ato administrativo, na medida em que este pressupõe uma manifestação exterior da vontade, vale dizer, uma declaração geradora de efeitos jurídicos. Sendo reclamada uma declaração jurídica, e nada sendo declarado, conseqüentemente inexistirá ato administrativo. Seria, então, a ausência de pronúncia um fato jurídico e, *in casu*, um *'fato jurídico administrativo'*.

Da mesma maneira, Hely Lopes Meirelles[25] não reputa o silêncio como ato. Propugna o indigitado autor que "o silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração" (MEIRERELLES 2000).

No mesmo diapasão, Heraldo Garcia Vitta[26], para quem o silêncio, em face da ausência de manifestação estatal, não deve

---

23 ALESSI, Renato. Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. Milão: Giuffré, 1958.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

26 VITTA, Heraldo Garcia. O Silêncio no Direito Administrativo. RDA, São Paulo, n. 218 out./dez. 1999.

ser considerado como ato administrativo, mas como fato jurídico-administrativo, cujas conseqüências são atribuídas pelo Direito. Segundo o autor se o ato "é declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, certamente o silêncio da administração, o qual não se confunde aquela, não é ato; é apenas um fato jurídico-administrativo, portanto, com conseqüências jurídicas atribuídas pelo Direito" (VITTA, 1999, p. 129).

Por fim, arrematando a sumária compilação do entendimento doutrinário sobre a natureza do silêncio administrativo, aponta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[27] que, excepcionalmente, verifica-se a manifestação tácita de vontade da Administração Pública, equivalente a ato administrativo, enquanto deduzida de "facta concludentia", ou seja, quando de um determinado comportamento do Poder Público for possível inferir, inequivocamente, uma manifestação (tácita) de vontade passível de identificação com o ato administrativo[28]. As manifestações tácitas de vontade equivaleriam a uma declaração expressa que deixou de existir, sendo esta deduzida daquela, quanto aos efeitos de direito. Conclui o eminente administrativista que entre as manifestações tácitas da vontade se inclui o silêncio e, através dele, por vezes, se pode inferir comportamento da Administração Pública equivalente ao próprio ato administrativo.

Em outro plano, pouco contribui a atividade jurisdicional para delinear os contornos do silêncio administrativo, sendo escassas as manifestações da jurisprudência. Apesar disso, no mesmo diapasão da doutrina, convergem os precedentes jurisprudenciais no sentido de desconsiderar o silêncio da Administração Pública como ato administrativo, sendo que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região teve a oportunidade de se pronunciar sobre a questão, conforme consignado na ementa abaixo reproduzida:

---

27 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.447. V. 1.

28 Cita o indigitado autor, como exemplo, a autoridade competente que decide vender bem público já materialmente desafetado, mas sem a prévia declaração formal de desafetação, sendo que o ato jurídico da decisão de venda implica necessariamente, de modo indireto, na declaração informal dessa desafetação. Op. Cit., p. 447.

> ADMINISTRATIVO. MILITAR DA RESERVA DO EXERCITO. ESTABILIDADE. 1. A PERMANENCIA DO OFICIAL DA RESERVA NO EXERCITO, APOS O DECENIO, EMBORA PROIBIDA, NÃO LHE CONFERE, ´IPSO FACTO´, DIREITO A ESTABILIDADE, GARANTIDA AS PRAÇAS E AOS OFICIAIS DE CARREIRA (ESTES, AO SEREM PROMOVIDOS) - LEI 6.880/80, ART. 50 - IV, ALINEA ´A´. 2. A OMISSÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, EM NÃO EXCLUIR O TENENTE TEMPORARIO - R-2 ANTES DO DECENIO DE SERVIÇO ATIVO, NÃO GERA DIREITO SUBJETIVO A ESTABILIDADE, NÃO CONFERIDA POR LEI AO CORPO DE OFICIAIS DA RESERVA DO EXERCITO - DECRETO N. 85.587/80 - ART. 34. 3. **MERO SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO NÃO CONSTITUI ATO ADMINISTRATIVO** E SUA INERCIA, NO CASO, NÃO OFENDE DIREITO SUBJETIVO DO RECORRENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.[29] (grifamos)

Pertinente, ainda, colacionar ementa de acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS - REGULARIZAÇÃO DO TRAJETO - LICITAÇÃO OBRIGATÓRIA – ARTS. 21, XII, "E" E 175, DA CF/88 - SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO – ACEITAÇÃO TÁCITA – IMPOSSIBILIDADE - DIREITO ADQUIRIDO – INEXISTÊNCIA – SENTENÇA CONFIRMADA I - Em consonância com o disposto no art. 175 da Constituição Federal, a autorização, concessão ou permissão de serviço de transporte rodoviário deve-se dar sempre por meio de licitação. II - É da competência da União explorar, diretamente ou por meio de autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual (CF, art. 21, XII, "e"), não cabendo ao Judiciário substituir-se à Administração para tal fim. III - A concessão ou permissão para o transporte rodoviário de passageiros se dá pelo exercício do poder discricionário da Administração, obedecidos os critérios de conveniência e oportunidade, sendo indispensável o procedimento de

[29] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 890121155-6/DF, Relatora: JUÍZA ORLANDA FERREIRA, julgado em 10/10/1989, DJU 27.11.89.

> licitação, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal. Incabível a substituição do pronunciamento da Administração pelo Judiciário. O princípio constitucional da licitação protege não só o interesse público, eis que permite melhores condições contratuais para a Administração, como, também, permite a igualdade jurídica dos administrados. IV- O Decreto nº 952, de 07/10/93, editado em respeito ao artigo 175 da Constituição Federal, revogou expressamente o Decreto nº 92.353/86, passando a exigir licitação onde antes era dispensada. V – **O silêncio da Administração Pública não configura ato administrativo tácito**. VI – Precedente: Apelação Cível nº 2000.02.01.037368-4/RJ – Relator D.F. Paulo Espírito Santo DJU - Data:07/06/2005. VII – Apelação improvida.[30] (grifamos)

Diante das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, firma-se que correspondendo a ausência de manifestação ao vazio, ao nada, impossível querer equipará-lo a uma pronúncia, o que contraria o próprio conceito de ato administrativo, porquanto pressupõe este uma declaração estatal. Com efeito, o ato administrativo exige, para se caracterizar como tal, uma manifestação, uma exteriorização, sendo inviável considerar a impronúncia da Administração como ato, na medida em que "não há ato sem extroversão" (MELLO, 20009, p. 408).

Por outro lado, ainda que por força de ficção jurídica fosse considerado o silêncio autêntico ato administrativo, mesmo assim seria arrematado absurdo reconhecê-lo como tal, diante da ausência do elemento formal a comprometer sua própria existência.[31] Neste sentido assinala Celso Antônio Bandeira de Mello[32] "que não pode haver ato sem forma, porquanto o direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente.

---

30 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processo n. 320859/RJ, Relator: Frederico Gueiros, DJU 21/07/2009, p. 89.

31 O direito positivo brasileiro assinala os elementos do ato administrativo, consignando o art. 2°, parágrafo único, "b", da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular) que "o vício de forma consiste na omissão ou na inobservância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Ora, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato" (MELLO, 2009, p. 389).

Além disso, estando integrada a forma à motivação do ato administrativo, tomada esta como a exteriorização das razões de fato e de direito, que justificam e fundamentam a prática do ato, estaríamos diante de um ato viciado, pois frustraria a segurança e certeza jurídicas asseguradas constitucionalmente ao administrado.

Em verdade, o silêncio da Administração Pública melhor se apresenta como fato administrativo, na medida em que "o ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplíssima" (MELLO, 2009, p. 370). Destarte, ausente declaração da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes, *ipso facto* inexistirá ato administrativo, mas materializado estará um fato jurídico administrativo, com as consequências jurídicas eventualmente atribuídas pelo Direito.

Em conclusão, afastada a possibilidade de reconhecimento do silêncio como ato administrativo por ausente declaração da Administração Pública, a qual implica a própria insubsistência do ato por falta de elemento estrutural indispensável, qual seja, a forma, forçoso reconhecer a falta de manifestação administrativa como autêntico fato administrativo.

3.2 Caracterização do Silêncio Administrativo

Fixada a natureza jurídica do silêncio administrativo, cabe, neste passo, defini-lo para melhor compreensão do problema e de suas repercussões no âmbito do Direito Administrativo.

O silêncio, de acordo com o seu significado natural, seria a "inércia de um sujeito, em virtude da qual se lhe suprime toda e qualquer forma de atividade, inação esta que se deve entender não somente no aspecto verbal, como também no corporal" (CRETELLA JÚNIOR, José, 2002, p. 205-206). Transpondo-se tal acepção para o âmbito do Direito

Administrativo, podemos conceituar silêncio administrativo como a inércia do Poder Público quando lhe é exigido um comportamento concreto, desatendendo seus deveres constitucionais e encargos legais.

Assinalados, então, os traços peculiares do silêncio administrativo, temos que ele surge no desempenho da função administrativa, com a ausência de atividade a ser materializada sob forma verbal ou corporal, quando reclamado do Poder Público uma conduta. E esta inércia assume relevo justamente por implicar uma violação do dever de atuar em consonância com as determinações constitucionais e legais regedoras da atividade administrativa.

Sob outra rubrica, faz-se equivocada a frequente utilização das expressões "silêncio da Administração" e "ato tácito" como sinônimas, havendo uma contradição terminológica neste emprego. Conforme assinalado em momento anterior, e reportando-nos aos mesmos argumentos, inviável identificar o silêncio como ato, porquanto aquele, ao contrário do que expressa o vocábulo "ato", pressupõe absoluta e rigorosa ausência de ação, vale dizer, inexistência de manifestação verbal ou mesmo corporal, tratando-se aqui de meios pelos quais a Administração Pública deva externar sua vontade. Da mesma maneira entende José Cretella Júnior[33], para quem:

> Se o vocábulo *silêncio*, de índole eminentemente estática, serve para designar uma conduta vaga e incerta, caracterizada pela inércia, passividade e ambigüidade, diferentemente, aliás, da *declaração tácita* (ato tácito), expressão de fundo genuinamente dinâmico, que indica ação, fatos, comportamentos, não ambigüidade, como conciliar, no âmbito jurídico 'um não-ato – jamais um ato *negativo* – com um procedimento cujo traço preponderante é um ato' inequívoco, que deixe bem patente a determinação volitiva? (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 205).

Como bem assinala Cretella Júnior, são inconciliáveis um não-ato (silêncio), este marcado pela ambigüidade e incerteza, com um ato (tácito), caracterizado por uma dinamicidade que indica um comportamento, este revelador de uma vontade. Com efeito, o ato tácito está muito mais afeiçoado a uma concepção em que os

[33] CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

efeitos da falta de pronúncia são inferidos de um comportamento da Administração, a partir do qual se extrai uma conclusão (assentimento ou negação) decorrente dos *facta concludentia*. A propósito, parece-nos bastante adequada a distinção estabelecida por Luis Morell Ocaña[34] entre o que denomina ato presumido (*acto presunto*) e ato tácito (*acto tácito*), asseverando o seguinte:

> A doutrina do ato tácito toma também como ponto de partida a inexistência de uma declaração de vontade da Administração; [...] Esse vazio é preenchido pela doutrina do ato presumido mediante uma presunção diretamente estabelecida pela Lei: o silêncio equivale ao assentimento ou rejeição do pleito do administrado. Ao contrário, a doutrina do ato tácito se funda também em uma presunção; mas como uma *presumptio homini* e, ademais, deduzida do *comportamento* da Administração. É, assim, resultado dos *facta concludentia*· (OCAÑA, 1997, p. 2010).

E afirma ainda:

> Pode, paralelamente, manifestar-se uma conduta administrativa que permita deduzir sua aquiescência o repulsa; mas as presunções que se referem a comportamentos formam parte da doutrina dos atos tácitos, e serão sempre iuris tantum.[35] Podemos afirmar que no caso do silêncio estamos diante da absoluta e rigorosa ausência de ação, ou na expressão de Cretella Júnior, de um "não-ato", a partir do qual é inviável extrair alguma conclusão. Não é um ato administrativo, mas a ausência de toda atividade volitiva da Administração, ante a qual não são admissíveis processos interpretativos destinados a averiguar seu sentido. (ENTERRIA, 1991, p. 517). [36]

No ato tácito, por seu turno, teremos necessariamente um comportamento do qual será inferido, ainda que obliquamente, uma conclusão. Presente, portanto, alguma forma de manifestação, diferentemente do que se dá quando a Administração Pública permanece inerte, vale dizer, silencia-se.

---

[34] OCAÑA, Luis Morell. Curso de Derecho Administrativo II, Arazandi Editorial, 1997, Pamplona.

[35] Op. cit, 206.

[36] ENTERRÍA, Garcia de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Em verdade, o ato tácito é uma dedução realizada em face de uma conduta administrativa, extraindo-se desta conduta a vontade que não foi plasmada em uma declaração[37]. Um exemplo bastante elucidativo seria o de um pedido de concessão em que o Poder Público delega o serviço em regime de exclusividade a uma pessoa, pelo que necessariamente devemos concluir que negou o pedido eventualmente apresentado por outrem[38]. Ainda, valendo-nos agora do exemplo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[39], podemos ilustrar com o pedido feito pelo particular para que a Administração Pública devolva certo imóvel, sob a alegação de estar indevidamente na detenção do Poder Público, por lhe pertencer. Em vez de se manifestar favoravelmente ou negativamente ao pedido, a Administração Pública determina que no imóvel seja construída uma escola pública, de maneira que tacitamente fica indeferido o pedido.

Diante do apresentado, parecem-nos bastante distintos o silêncio e o ato tácito, na medida em que o próprio rigor na caracterização daquele como um "não-ato" é suficiente para apartar as duas espécies. Acrescente-se, ainda, a impossibilidade, ante o silêncio, de estabelecer processos interpretativos destinados a averiguar seu sentido, enquanto que, no ato tácito, teremos um comportamento, do qual será inferido, ainda que obliquamente, uma conclusão.

3.3 O Valor do Silêncio Administrativo

Nesta quadra, cumpre reiterar que o presente trabalho almeja, modo genérico, identificar o valor ou efeito imputável à ausência de manifestação de vontade da Administração Pública consubstanciada em decisões, concessões e respostas em face de pedidos, solicitações e reclamações dos administrados, enquadrando-se a análise nestes estreitos limites. Novamente invocando o ensinamento de Themístocles

37 Curso de Derecho Administrativo II, Arazandi Editorial, 1997, Pamplona.

38 PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**, Lisboa, 1962.

39 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. 1.

Brandão Cavalcanti[40], é preciso não confundir a inércia da Administração Pública na defesa dos seus direitos ou da coletividade, com o silêncio na decisão provocada por terceiros. No primeiro caso, pode o silêncio importar na decadência do direito. No segundo, o silêncio não implica, necessariamente, o reconhecimento tácito de um direito. Assim que são afastadas, no limite deste trabalho, as situações em que embora ausente qualquer forma de manifestação estatal, não é demandada uma atuação do Poder Público pelo administrado, o que a rigor, reitera-se, escaparia do alcance da "teoria do silêncio".

Apesar de caracterizado pela absoluta ausência de comportamento estatal, o que em princípio implicaria aceitar que o silêncio fosse simplesmente identificado com o nada, a ausência e mesmo a neutralidade, faz-se necessário examinar a possibilidade de atribuição de um valor ou significado quando surgem situações de impronúncia. Diante disso, o silêncio da Administração deve ser interpretado como acolhimento ou rejeição da pretensão apresentada pelo administrado?

Embora seja, no mínimo, intuitivo que a disciplina do silêncio administrativo não está (e nem poderia estar) submetida ao regime de Direito Privado, assinala-se que é diverso o tratamento dos efeitos jurídicos do silêncio no Direito Público e no Direito Privado, na medida em que neste ramo do Direito, geralmente, os efeitos jurídicos decorrentes da falta de manifestação são tidos como aprovação tácita de vontade nos casos legalmente expressos ou resultantes dos usos e costumes[41]. Assim, como exemplo de efeito correspondente ao assentimento, consignado em textos legais disciplinadores das relações privadas, podemos apontar os artigos 259, 949, 1.166 e 1.374, do Código Civil[42].

---

40 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

41 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012) leciona que "No direito privado, a aplicação normativa sobre o silêncio encontra solução definida. De acordo com a lei civil, o silêncio, como regra, importa consentimento tácito. Só não valerá como anuência se a lei declarar indispensável a manifestação expressa (art. 111, Cód. Civil). No direito público, todavia, não pode ser essa a solução a ser adotada."

42 BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. O Silêncio Como Manifestação de Vontade da Administração. RPGE/SP, São Paulo, n. 2/93.

No campo do Direito Administrativo, cingida pelo princípio da legalidade, da publicidade e da motivação, além do maior rigor de forma exigido para a manifestação da vontade estatal, presente está maior complexidade para externá-la, exigindo-se, frequentemente, a intervenção de mais de um órgão ou agente. Estas circunstâncias dificultam, sobremaneira, a possibilidade de atribuir um significado inequívoco ao silêncio administrativo, ao contrário do que ocorre no Direito Privado, no qual o valor é atribuído por lei.

Obviamente, o tratamento da questão se simplifica nos casos em que há disposição legal estipulando o valor do silêncio, ou seja, consignando, modo expresso, os efeitos decorrentes da impronúncia. Nesse contexto, teremos duas espécies próprias e distintas de silêncio no que pertine aos seus efeitos: o silêncio-positivo e o silêncio-negativo[43].

Evidencia-se, de outro lado, a acentuada dificuldade de extrair alguma conclusão quando ausente qualquer previsão legal. Nessa empreitada, procura-se, em verdade, valorar o silêncio, vale dizer, atribuir-lhe um significado equivalente ao assentimento ou à recusa.

Conforme mencionado, resta simplificada a questão quando há disposição legal estipulando o efeito do silêncio, apresentando-se, então, duas espécies no que pertine aos efeitos da impronúncia: o silêncio-positivo e o silêncio-negativo propriamente ditos. Em tais hipóteses o significado imputável à falta de manifestação estatal estará consignado expressamente, pelo que pode corresponder, substancialmente, ao deferimento (silêncio-positivo) ou ao indeferimento (silêncio-negativo) do pleito formulado perante a Administração Pública.

Cabe destacar que para ser atribuído efeito positivo ou negativo ao silêncio da Administração Pública é necessário existir lei

---

43 O silêncio, enquanto categoria pura, pode ser considerado positivo ou negativo, correspondendo, respectivamente, ao deferimento ou ao indeferimento do pleito formulado perante a Administração Pública. A partir desta dicotomia, podemos classificar o silêncio como próprio, ou seja, quando há expressa atribuição legal de um efeito concedendo ou negando o que é postulado; condicionado, quando o efeito do silêncio depende de um encargo ou tarefa atribuída ao administrado e implícito, quando a previsão legal não concede ou nega o que é pedido, mas indiretamente atribui um efeito positivo ou negativo ao reclamo do administrado.

específica, de maneira que toda a consequencialidade da ausência de manifestação deve, assim, estar esculpida na lei, para que do silêncio se extraiam efeitos substantivos[44]. Isto em razão dos princípios que norteiam a Administração Pública[45] (especialmente o princípio da legalidade), os quais estabelecem os parâmetros de atuação do agente estatal e reclamam sua rigorosa observância, sob pena de desvirtuamento da gestão da coisa pública.

Embora escassas, é possível identificar em nosso ordenamento jurídico situações específicas nas quais estão previstas conseqüências substanciais para a ausência de pronúncia. Destarte, identificando hipótese de efeito positivo do silêncio, podemos mencionar como exemplo a necessidade do Plenário do Conselho do CADE proferir decisão, no prazo de sessenta dias após a instrução, sob pena de os atos serem considerados imediatamente aprovados (artigo 54, §§ 6° e 7°, da Lei n. 8.884/94). De outro lado, ilustrando hipótese de efeito negativo do silêncio, apresenta-se o parcelamento do solo urbano, quando diante da ausência de definição, pela lei municipal, dos prazos para que o projeto de parcelamento seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas, serão considerados, respectivamente, os lapsos de 90 dias para a aprovação ou rejeição e de 60 dias para a aceitação

---

44 TOMELI, Georghio Alessandro. Silêncio-Inadimplemento no Processo Administrativo Brasileiro. RDA, 26 out./dez. 2001. O Poder Judiciário, pelo TRF da 3ª Região, também reconheceu que o **silêncio da Administração só produz efeitos quando assim expressamente determina a lei**. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: REOMS – REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Processo: 199903990380792, UF: SP, Fonte: DJU 02/06/2006 p. 430, Relator(a): MIGUEL DI PIERRO)

45 O Poder Judiciário, pelo TRF da 5ª Região, reconheceu que o **silêncio da Administração Pública não pode ser considerado aquiescência tácita, haja vista os princípios norteadores dos atos administrativos**. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL, Processo: 200083000022123, UF: PE, Fonte: DJU 30/04/2010 p. 229, Relator(a): FRANCISCO CAVALCANTI) Igualmente, estipulou o TRF da 3ª Região que o **silêncio da Administração só produz efeitos quando assim expressamente determina a lei**. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: REOMS – REMESSA EX OFFICO EM MANDADO DE SEGURANÇA 189199, Processo: 199903990380792, UF: SP, Fonte: DJU DATA:02/06/2006 PÁGINA: 430, Relator(a): MIGUEL DI PIERRO)

ou recusa. E transcorridos tais prazos sem a manifestação da Administração Pública, serão os projetos considerados rejeitados ou as obras recusadas (artigo 16, § 1º, da Lei n. 6.766/79). São, portanto, conseqüências substanciais do silêncio, previstas expressamente no ordenamento jurídico, quando a lei suprirá o vazio, substituindo a impronúncia da Administração Pública pelo efeito jurídico por ela atribuído a esse silêncio.

O impasse surge quando ausente tratamento legislativo sobre a questão, vale dizer, quando não é conferido ao silêncio um significado equivalente ao assentimento ou à recusa. Diante disso, procurou sistematizar a doutrina, sem divergências de maior amplitude, possíveis soluções.

Desse modo, no esforço de sistematizar as situações em que a impronúncia assume relevo diante do interesse do administrado em obter uma manifestação do Poder Público, procurou Celso Antônio Bandeira de Mello[46] estipular as conseqüências do silêncio, iniciando com a natural ressalva quanto à simplificação do problema nos casos em que a lei atribui certo efeito, quando então o problema estará de plano resolvido. De outro lado, quando a lei nada dispõe a respeito, cumpre discernir, para a solução do impasse, as situações em que o ato administrativo é praticado no exercício da competência discricionária ou vinculada. Assim, quando se tratar de ato vinculado, acaso decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa, ou não havendo prazo estipulado e já transcorrido tempo razoável[47], o administrado poderá demandar judicialmente para que seja suprida a ausência de manifestação administrativa e determinada a concessão do postulado, caso o administrado efetivamente tenha

46 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

47 Em relação ao prazo razoável, sugere Celso Antônio De Mello que à falta de lei estipulando um prazo para a manifestação do Poder Público, aplica-se, por analogia, o disposto na lei federal de processo administrativo, mais precisamente o prazo consignado no art. 49 da Lei n. 9.784/99. Op. Cit., p. 410.

direito ao que pediu[48]. De outra banda, quando se tratar de ato discricionário, postulará que o Poder Judiciário assinale prazo para a Administração Pública se manifestar, sob cominação de multa diária, considerando-se o direito do administrado a uma decisão motivada. Advirta-se que, nesta hipótese, haverá a imposição da prática do ato em si, não importando o conteúdo do mesmo.

As conseqüências do silêncio, nos moldes acima esboçados, encontram boa acolhida entre aqueles que se debruçam sobre o tema procurando identificar e sistematizar as conseqüências da impronúncia, recebendo pontuais contribuições para a solução do impasse criado pela ausência de manifestação estatal. É assim que Heraldo Garcia Vitta[49], ao tratar da impronúncia na hipótese de ato discricionário, sugere que, na ausência de resposta da Administração Pública, no prazo judicialmente assinalado, seja possível pleitear, alternativamente à cominação de multa diária, o reconhecimento do indeferimento da pretensão. A partir deste reconhecimento, o administrado poderá se valer das vias recursais administrativas ou novamente recorrer ao Poder Judiciário.

Apesar dos esforços, o problema persiste diante da ausência de lei que discipline a generalidade dos casos, imputando ao silêncio administrativo determinado efeito, positivo ou negativo. Assim que a lei reguladora do processo administrativo no âmbito federal, Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, não estipulou qualquer conseqüência substancial para o silêncio, limitando-se a dispor em seus artigos 48 e 49, *in verbis*:

> Art. 48 – A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua

[48] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, dissentindo daqueles que propugnam a possibilidade de suprimento da manifestação estatal quando se tratar de ato vinculado, assevera que o Poder Judiciário não pode substituir a vontade da Administração Pública, podendo, todavia, impor a obrigação de emiti-la.Op. Cit., p. 102.

[49] VITTA, Heraldo Garcia. O Silêncio no Direito Administrativo. RDA, São Paulo, n. 218 out./dez. 1999.

> competência.Art. 49 – Concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Verifica-se, diante dos dispositivos acima reproduzidos, que também no plano infralegal foi imposto à Administração Pública o dever de responder, o que remete à necessidade de motivação, tal como contemplada no artigo 50, *caput*, da lei federal de processo administrativo, ou seja, a indispensabilidade da exposição ou referência por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato. E não poderia ser de outro modo, pois, independentemente de disposição legal expressa, não pode a Administração Pública deixar de expressar sua posição perante o particular, diante do dever constitucional de resposta, o qual resulta da conjugação dos dispositivos constitucionais apontados anteriormente. De outra parte, sendo a Lei n. 9.784/99 legislação de referência apenas em âmbito federal, os dispositivos constitucionais dos quais é extraído o dever de manifestação assumem especial relevo diante das situações em que ausente qualquer dispositivo legal especifico apontando o efeito do silêncio ou mesmo lei de processo administrativo dando trato à inércia estatal, de maneira que sempre haverá a obrigatoriedade de pronúncia estatal diante do pedido do administrado.

Nesse diapasão, é imperativo concluir que, apesar da escassa regulamentação, o Direito positivo brasileiro rejeita o silêncio administrativo, conforme podemos inferir dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao tema,

porquanto representa prática abusiva[50]. Destarte, é absolutamente inaceitável que a Administração Pública, especialmente sob o pretexto do exercício da competência discricionária, permaneça silente quando incitada para que se manifeste, colocando em situação de vulnerabilidade o direito do administrado e, por conseguinte, gerando insegurança jurídica. Como proceder, então, diante da ausência de disciplina legal?

Conforme já consignado, os efeitos eventualmente emanados da ausência de manifestação devem resultar da lei, para que do silêncio se extraiam efeitos. No entanto, ausente texto legal atribuindo ao silêncio da Administração Pública certo efeito jurídico, inaceitável fique o particular à mercê da omissão legislativa e, principalmente, à espera da iniciativa estatal, por tempo indeterminado, para obter manifestação sobre aquilo que postulou. Em casos tais, não resta outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário para que, apreciado o caso concreto, reste superado o impasse provocado pela

[50] O Poder Judiciário reiteradas vezes reconheceu que o silêncio administrativo configura abuso. O TRF da 2ª Região, em caso envolvendo pedido de revisão de créditos para fins de emissão de certidão negativa de débito, observando que a conclusão dos procedimentos administrativos não pode ser postergada indefinidamente, decidiu que o silêncio da Administração, nesse caso, caracteriza abuso a ser corrigido mediante a concessão de ordem para determinar à autoridade impetrada a conclusão dos processos em prazo razoável. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Classe: REOMS – REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 69556, Processo: REOMS 200651010238906, UF: RJ, Fonte: DJU 29/09/2007 p. 170/171, Relator(a): PAULO BARATA). O mesmo Tribunal, em face da demora no julgamento de pedido administrativo relativo a licença de importação, asseverou que o silêncio administrativo caracteriza omissão injustificada e ilegal do administrador (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Classe: AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 27356, Processo: 1999902010408750, UF: RJ, Fonte: DJU 17/10/2000 Documento: TRF-200072168, Fonte: DJU DATA: 17/10/2000, Relator(a): ROGÉRIO CARVALHO) Também o TRF da 3ª Região já afirmou **que a omissão ou o silêncio da Administração, quando desarrazoados, configuram não só um desrespeito ao consagrado princípio constitucional da eficiência, como um patente abuso de poder**. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 302046, Processo: AMS 200661830076958, UF: SP, Fonte: DJF3 DATA: 23/09/2008, Data da decisão: 18/08/2008, Relator(a): VERA JUCOVSKI)

impronúncia. Nesta hipótese, o magistrado não poderá decidir de forma absolutamente livre, simplesmente substituindo a vontade da Administração pela sua, mas deverá pautar a atividade jurisdicional tomando por referência a sujeição do ato administrativo ao exercício da competência vinculada ou discricionária, conforme exigir o caso. Cumprirá, então, suprir a falta de manifestação estatal, seja mediante a materialização da providência correspondente ao ato cuja prática era necessária e possível, seja provocando a atuação administrativa quando não houver a possibilidade de concessão direta da providência reclamada da Administração.

Com efeito, quando invocada a tutela jurisdicional em face de casos envolvendo o silêncio administrativo, cuidando-se de ato praticado no exercício da competência discricionária, a postura do Poder Judiciário será a de preservação do espaço imune a sua sindicabilidade. Esta tem sido, invariavelmente, a orientação observada na hipótese ora aventada, conforme consignado na ementa do acórdão a seguir transcrita:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS- IMPLANTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPROTE – LINHAS JÁ OPERADAS - LICITAÇÃO OBRIGATÓRIA – ARTS. 21, XII, "E" E 175, DA CF/88 - SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO – DEMORA NA APRECIAÇÃO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO – PEDIDO DEFERIDO PELO PODER JUDICIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA CONFIRMADA **1 - É da competência da União explorar, diretamente ou por meio de autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual (CF, art. 21, XII, "e"), não cabendo ao Judiciário substituir-se à Administração para tal fim. 2 - A concessão ou permissão para o transporte rodoviário de passageiros se dá pelo exercício do poder discricionário da Administração, obedecidos os critérios de conveniência e oportunidade**, sendo indispensável o procedimento de licitação, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal. O princípio constitucional da licitação protege não só o interesse público, eis que permite melhores condições contratuais para a Administração, como, também, permite a igualdade

> jurídica dos administrados. 3- O Decreto nº 952, de 07/10/93, editado em respeito ao artigo 175 da Constituição Federal, revogou expressamente o Decreto nº 92.353/86, passando a exigir licitação onde antes era dispensada. 4 – A inércia da administração não confere ao particular direito ao deferimento do pedido administrativo formulado. 5 – Apelação improvida. Sentença mantida.[51] (grifamos)

Neste giro, pertinente reprisar a possibilidade aventada por Heraldo Garcia Vitta[52], ao tratar da impronúncia no caso do ato discricionário, a qual estipula o reconhecimento, pelo magistrado, do indeferimento da pretensão. Segundo o doutrinador, trata-se de hipótese em que, pelo menos em relação aos direitos do administrado, será possível atribuir um valor ao silêncio, mediante iniciativa do particular em postular o reconhecimento judicial do indeferimento da pretensão, dando ensejo à utilização das vias recursais administrativas ou para novamente recorrer ao Poder Judiciário. Oportuno transcrever o ensinamento do autor:

> À falta de texto legal, como o nosso, atribuindo ao silêncio estatal determinado efeito jurídico, a princípio não se pode concluir algo, quanto aos direitos e sobretudo aos deveres dos administrados, exceto no primeiro caso (direitos), na hipótese de reconhecimento judicial de indeferimento do pedido do administrado, ante a omissão do agente público, na competência discricionária. (VITTA, 1999, P. 138).

Então, conforme propugna Heraldo Garcia, diante da ausência de lei específica assinalando o efeito ou valor do silêncio, não será possível inferir manifestamente o assentimento ou a recusa do Poder Público, presente apenas a possibilidade de extrair efeito da impronúncia administrativa por meio de decisão judicial que simplesmente reconheça o indeferimento do pleito do administrado, quando se tratar de ato discricionário.

---

[51] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL 358949, Processo: 199351010561885, UF: RJ, Fonte: DJU Data:08/10/2009 Página 65, Relator(a): FREDERICO GUEIROS.

[52] VITTA, Heraldo Garcia. O Silêncio no Direito Administrativo. RDA, São Paulo, n. 218 out./dez. 1999.

Sob outra perspectiva, cuidando-se de ato vinculado, cumprirá ao juiz suprir a ausência de manifestação e determinar a concessão do postulado, quando for o caso, conforme consignado na ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, *in verbis*:

> ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO – SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. - Preliminar de prescrição rejeitada. O início do prazo prescricional ocorre quando o interessado toma ciência da decisão administrativa, seja por publicação em órgão oficial de divulgação dos atos da Administração ou apondo sua ciência no respectivo ato, o que não ocorreu no caso em tela. - O art. 21, XII, da CF, estabelece como competência da União a exploração, direita ou através de autorização, concessão ou permissão dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. - A necessidade de licitação pública prevista do art. 175 da Constituição Federal, apesar de ser, em tese, justa e necessária, não se aplica ao caso. - **Havendo omissão por parte da autoridade administrativa mesmo quando preenchidas todas as condições objetivas, esta pode ser suprida pelo Judiciário**. - Inocorrência de ofensa a qualquer princípio, tendo em vista que cabe ao Judiciário conhecer sobre qualquer lesão ou ameaça a direito, como expresso no art. 5o, XXXV, da Constituição Federal, não havendo limitação para o conhecimento da matéria submetida, desde que presente uma ilegalidade. - Apelação improvida. Sentença confirmada.[53] (grifamos)

Em resumo, caberá ao administrado demandar judicialmente para que, tratando-se de ato vinculado, o juiz supra a ausência de manifestação e determine a concessão do postulado, se for o caso. Assim será, por se tratar de ato praticado no exercício da competência vinculada, no qual não há espaço para juízo de oportunidade ou

[53] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. AGTEIA - AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS INFRINGENTES EM AC - 206514, Processo: 199902010363418, UF: RJ, Fonte: DJU - Data:17/05/2002 - Página::364/371, Relator(a): FRANCISCO PIZZOLANTE.

conveniência da Administração. Dessa maneira, apreciado o caso concreto, o juiz poderá deferir ou indeferir a pretensão, conforme atendidas as exigências impostas pelo ato. De outro lado, cuidando-se de ato discricionário, poderá apenas postular seja assinalado prazo para que o Poder Público se manifeste. Nesse caso, não poderá o juiz simplesmente atuar em substituição ao administrador público, valorando e decidindo, mas determinar que o ato em si seja praticado, independentemente do seu conteúdo.

Por derradeiro, temos que ao contrário do que ocorre em outros países, não é possível atribuir de modo inequívoco um efeito ou valor ao silêncio estatal, reconhecendo o assentimento ou a recusa do Poder Público diante do pedido que lhe é dirigido, diante da ausência de previsão legal geral acerca dos efeitos do silêncio. Portanto, cumpre ao administrado, diante da recalcitrância da Administração Pública em responder, recorrer ao Poder Judiciário, o qual suprirá a falta de manifestação estatal, seja mediante a materialização da providência correspondente ao ato, cuja prática era necessária e possível, seja provocando a atuação administrativa quando não houver a possibilidade de concessão direta da providência reclamada perante a Administração.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) Apesar da relevância do tema, diante das conseqüências práticas geradas pelo silêncio da Administração Pública, não tem a doutrina nacional dispensado maior atenção ao assunto, sendo ainda mais grave a ausência de tratamento legal disciplinando a generalidade dos casos em que o pleito do particular permanece irrespondido, o que, ao menos potencialmente, pode gerar problemas no âmbito da eficácia dos direitos subjetivos dos administrados.

b) O silêncio não é ato administrativo, pois este pressupõe uma declaração de vontade estatal. Em verdade, o silêncio da Administração Pública é um fato jurídico e, *in casu*, um fato jurídico administrativo, pois o fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele.

c) O silêncio administrativo surge no desempenho da função administrativa, com a ausência de atividade a ser materializada sob forma verbal ou corporal, quando reclamada do Poder Público uma conduta, com a conseqüente violação do seu dever de atuar em consonância com as determinações constitucionais e legais regedoras da atividade administrativa.

d) Não obstante a eventual atribuição legal de efeitos ao silêncio, restrita a particulares situações, inexiste lei que estipule regra geral (pelo menos no plano federal) para os casos em que o pleito do particular permanece irrespondido, imputando ao silêncio administrativo determinado efeito positivo ou negativo.

e) Podemos inferir, a partir dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao tema que, apesar da escassa regulamentação, o Direito positivo brasileiro repele o silêncio administrativo.

f) Ausente texto legal atribuindo ao silêncio da Administração Pública certo efeito jurídico, não será possível, a princípio, extrair conclusões acerca do acolhimento ou rejeição do pleito do administrado, restando a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, o qual suprirá a falta de manifestação estatal, seja mediante a materialização da providência correspondente ao ato cuja prática era necessária e possível (ato praticado sob influxo da competência vinculada), seja provocando a atuação administrativa quando não houver a possibilidade de concessão direta da providência reclamada perante a Administração (ato praticado sob influxo da competência discricionária).

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milão: Giuffré, 1958.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. **O Silêncio Como Manifestação de Vontade da Administração**. RPGE/SP, São Paulo, n. 2/93.

BONIFÁCIO, Artur Cortez, **Direito de Petição**: garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 890121155-6/DF, Relatora: JUÍZA ORLANDA FERREIRA, julgado em 10/10/1989, DJU 27.11.89.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. AGTEIA - AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS INFRINGENTES EM AC - 206514, Processo: 199902010363418, UF: RJ, Fonte: DJU - Data:17/05/2002 - Página::364/371, Relator(a): FRANCISCO PIZZOLANTE.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL 358949, Processo: 199351010561885, UF: RJ, Fonte: DJU Data:08/10/2009 Página 65, Relator(a): FREDERICO GUEIROS.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processo n. 320859/RJ, Relator: Frederico Gueiros, DJU 21/07/2009, p. 89.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 200482, Processo: AMS 200003990250967, UF: SP, Fonte: DJU 31/08/2005 p. 157, Relator(a): NERY JÚNIOR

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 302046, Processo: AMS 200661830076958, UF: SP, Fonte: DJF3 DATA: 23/09/2008, Data da decisão: 18/08/2008, Relator(a): VERA JUCOVSKI

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: REOMS – REMESSA EX OFFICO EM MANDADO DE SEGURANÇA 189199, Processo: 199903990380792, UF: SP, Fonte: DJU DATA:02/06/2006 PÁGINA: 430, Relator(a): MIGUEL DI PIERRO

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Curso de Derecho Administrativo II, Arazandi Editorial, 1997.

ENTERRÍA, Garcia de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro. **O Silêncio da Administração. RPGE**, Salvador, 26 jan./dez.

Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**, Salvador Revista Diálogo Jurídico, n. 10, 2002. Disponível em: **<http://www..direitopublico.com.br>**. Acesso em: 21/05/2012, 18:57.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**, Lisboa, 1962;

SÁNCHEZ, Enrique Goyanes. **Manual de Derecho Administrativo**, Madrid, Colex, v. I, 1997.

TOMELI, Georghio Alessandro. Silêncio-Inadimplemento no Processo Administrativo Brasileiro. **RDA**, 26 out./dez. 2001.

VITTA, Heraldo Garcia. **O Silêncio no Direito Administrativo**. **RDA**, São Paulo, n. 218 out./dez. 1999.

A RELAÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Marcos Alan Scariot[1]

Resumo: O presente estudo pretende analisar a relação existente entre os serviços públicos prestados mediante concessão e o direito do consumidor, no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Para tanto, inicia-se procurando contextualizar os serviços públicos no Brasil, suas origens, bem como evolução histórica de sua conceituação. As novas concepções apresentadas no Estado Contemporâneo, expressadas pelo Estado Regulador, também são objeto de análise, visto que as mutações conceituais, hodiernamente, têm motivado um maior relacionamento com o Direito Consumerista. Estabelecido este primeiro ponto, parte-se para o estudo do instituto da concessão de serviços públicos, analisando-se a sua relação com o seu usuário. Ainda, é analisado o regime jurídico que envolve o seu exercício, com o escopo de viabilizar a conclusão do atual estudo. Por fim, o presente trabalho busca, então, estabelecer os limites de aplicação do Direito do Consumidor aos serviços públicos prestados mediante concessão. Parte-se, assim, da fundamentação para tal relacionamento, mencionando-se, portanto, a evolução do conceito de interesse público como elemento motivador da referida aproximação. Conclui-se, após analisar as teorias atualmente desenvolvidas sobre a posição jurídica dos usuários, bem como a distinção entre as espécies de serviços públicos como ponto fundamental para se estabelecer os parâmetros de aplicação, que o direito consumerista merece sofrer mitigações no âmbito dos serviços públicos, tendo em vista o caráter solidarista destes, assim como o regime jurídico próprio que apresenta, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Serviços Públicos; Concessão; Direito do Consumidor.

[1] Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do RS.

Abstract: The present study aims to analyze the relationship between public services rendered bygranting the right of the consumer, within the Brazilian legal system. To this end, it startslooking contextualize public services in Brazil, its origins and historical evolution of its definition. The new concepts presented in the Contemporary State, expressed by the State Governor, are also reviewed, since the concept mutations, our times, have motivated a relationship with the Law Consumerista. Established the first point, we proceed to study the institution of public service concession, analyzing its relationshipwith its user. Still, the legal system is analyzed which involves the exercise, with the aimof enabling the completion of the current study. Finally, the present work, then set the limits of application of the Consumer Law to thepublic services under concessio n. Breaks, thus the rationale for such a relationship, stating, therefore, the evolution of the concept of public interest as a motivating elementof that approach. We conclude, after reviewing the currently developed theories about thelegal position of users as well as the distinction between species of public services as a key point to establish the parameters of application, that the right consumeristmitigations deserve to suffer under the public services in view of the character of thesesolidarist, as well as the legal regime that has, as a tool for enforcement of fundamental rights.

Keywords: Public Services; Grant, Consumer Law.

Sumário: 1 Introdução; 2 Origem e evolução da noção de serviços públicos no Brasil; 3 Novas concepções dos serviços públicos no Estado Contemporâneo; 4 As concessões de serviços públicos e o usuário; 5 O regime jurídico e os serviços públicos; 6 a aplicação do Direito do Consumidor aos serviços públicos como evolução da noção de interesse público; 7 Os limites à aplicação do CDC aos serviços públicos; 7.1 Teorias aplicáveis sobre a posição jurídica dos usuários de serviços públicos; 7.2 As prestações "uti universi" e "uti singuli": distinção como critério de aplicação do CDC aos serviços públicos; 7.3 A incidência do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa e tarifa; 8 O aspecto solidarista dos serviços públicos como forma de mitigação da aplicação do CDC; 9 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A evolução do conceito de serviço público, aliada à própria noção moderna de interesse público, motivou uma profunda transformação na forma como ele passou a ser prestado. De fato, a forte crise por que passou o Estado Social, este caracterizado por intenso intervencionismo, possibilitou a presença de uma nova forma de Estado: o Estado Regulador. Esta nova modalidade de Estado, menos presente e interventor, acarretou no surgimento do fenômeno das delegações de serviços públicos às empresas privadas. Nascem, assim, os contratos de concessão de serviços públicos.

Este acontecimento, por sua vez, ocasionou a seguinte indagação: é possível a aplicação do Direito do Consumidor na relação jurídica referente à prestação de serviços públicos? Se sim, em qual medida? A presente pesquisa pretende estudar e responder esta pergunta, procurando, para tanto, contextualizar o instituto dos serviços públicos no Brasil, pormenorizar os aspectos atinentes ao contrato de concessão de serviços públicos, além de analisar inúmeros fatores diretamente vinculados ao tema.

Vê-se que se trata de assunto de alta relevância, pois envolve o exercício de uma das funções essenciais do Estado – a prestação de serviços públicos –, em seus aspectos jurídicos, políticos e econômicos, e que na pragmática judiciária devem ser considerados, a fim de que a natureza dos institutos, bem como as suas finalidades, sejam observadas.

À evidência, estudar a extensão da aplicabilidade do Direito do Consumidor aos serviços públicos constitui-se em fator de notório interesse, já que possibilita determinar os aspectos importantes e fundamentais utilizados para a harmonização desse aparente conflito.

Tal conflito surge quando se vê, de um lado, a submissão do instituto da concessão ao regime jurídico de direito público e ao consequente princípio da supremacia do interesse público consubstanciado na dignidade da pessoa humana, e, de outro, o usuário, consumidor de serviços públicos, vulnerável e protegido pela legislação consumerista e Constituição Federal.

Neste enfoque, surgem os seguintes questionamentos a serem elucidados por este estudo, entre outros que se verá durante a exposição:

Quais os efeitos gerados pela evolução da noção de Estado para os serviços públicos, considerando como base para a análise o Direito Pátrio? A concessão de serviços públicos possui natureza meramente contratual, estando, portanto, sob o regime de direito privado, ou tem, ainda, aspectos vinculados ao direito público? Quais os parâmetros e instrumentos necessários para se aferir a real extensão da aplicação do Direito Consumerista aos serviços públicos concedidos?

Para responder a tais indagações, o presente trabalho traça como seus objetivos: a) refletir sobre o instituto dos serviços públicos no Brasil, desde a sua origem até as transformações que vem sofrendo com a evolução do Estado; b) Identificar a elevada importância que o Direito do Consumidor passou a ter para os serviços públicos com a evolução do conceito de interesse público; e c) Examinar e elaborar conclusões a respeito da aplicação do Direito do Consumidor aos serviços públicos.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

A concepção de serviço público está vinculada, indiscutivelmente, a ideia de Estado e Sociedade, considerando-se como relevante, para a sua noção, o aspecto histórico-temporal. Assim, o seu conceito sempre esteve em constante mutação.

A finalidade do instituto, com efeito, encontra-se atrelada aos anseios e objetivos da sociedade à qual pertence.

Assim, necessário, para a fixação da tese desse trabalho, inicialmente conhecer as origens do serviço público no Direito Brasileiro e sua posterior evolução.

A doutrina brasileira, no âmbito do Direito Administrativo, desenvolveu-se com mais vigor a partir de meados do Século XX, sob a inspiração do Direito Francês e no pleno auge da doutrina liberal.

Com efeito, a noção de serviço público aparece no campo do Direito Administrativo sem que preexista uma definição legal que a tipifique e sem que se estabeleçam seus caracteres de uma maneira precisa. Por construção da jurisprudência e da doutrina francesa, se foi perfilando uma instituição, com um regime jurídico peculiar de Direito Público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a

satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado assumiu e que este passou a prestar, a partir do século passado, de forma direta ou indireta[2].

A definição clássica de serviço público, nos seus primórdios, reunia três elementos que o compunha: a) material; b) subjetivo, e; c) formal.

Sob o ângulo material ou objetivo, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais de cunho essencial. Sob o prisma subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes). No ângulo formal, configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público[3].

Sobre esta reunião de elementos estruturantes da noção de serviço público no período clássico, ensina a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[4]:

> Quando surgiram as primeiras noções de serviço público, era válida a combinação desses três elementos. Isso ocorreu no período do Estado liberal, em que o serviço público abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico.

Marçal Justen Filho adverte, no entanto, que a qualificação formal é logicamente dependente dos outros dois elementos. O serviço público se peculiariza pela existência de um regime jurídico específico. Mas a aplicação desse regime depende da presença de certos requisitos. Ou seja, o regime jurídico responde à pergunta "como seria disciplinado o serviço público", mas não a indagação "o que poderia ser considerado serviço público"[5].

Outrossim, referente ao elemento subjetivo, o doutrinador assinala que por ser o serviço público de titularidade do Estado não segue o raciocínio imediato e indeclinável de que toda atividade estatal seja "serviço público".

---

2 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. p. 45.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 20.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 112.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 697.

Assim, para Marçal Justen Filho, o aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, sob o ponto de vista lógico. "Certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais"[6].

No mesmo compasso, Ruy Cirne Lima conceitua o serviço público incrementando e valorizando a questão da essencialidade da atividade prestada: "Serviço Público é todo o serviço existencial à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem que ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa"[7].

Com efeito, a evolução do instituto originou a mitigação da clássica divisão do conceito nos três critérios suprarreferidos. Como explica Di Pietro, duas dissociações se fizeram quanto a esses elementos, tal como considerados em suas origens.

Em primeiro lugar, o fato de que o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, visto que passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Ou seja, a passagem para o Estado do Bem-Estar Social ("Welfare State") gerou uma crescente demanda social, o que motivou o incremento de atividades então de iniciativa meramente particular ao interesse estatal[8].

Ao mesmo tempo, o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, começou a haver a gestão de serviços públicos por particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de Direito Privado criadas para esse fim, sob regime jurídico predominantemente privado. Admitiu que certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público, seja pela própria natureza delas, seja pela repercussão que atingiam em virtude do âmbito de sua

---

6 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 698.

7 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 203-204.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 113.

ação. Restou, assim, completamente subvertida a noção clássica ou tradicional de serviço público[9].

Visualiza-se, portanto, nessa evolução, que dois elementos foram afetados; o elemento subjetivo, porquanto não apenas as pessoas jurídicas de direito público são executoras dos serviços públicos; além disso, o elemento formal, uma vez que nem todo serviço público é prestado exclusivamente sob o regime de direito público[10].

Por essa razão, os autores passaram a falar, na década de 50, em crise na noção de serviço público, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um, ou até mesmo dois, dos elementos.

À evidência, houve um declínio da noção tradicional, que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-Liberal.

3 NOVAS CONCEPÇÕES DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Conforme já mencionado supra, a noção de serviços públicos passou por uma substancial mutação com o correr dos anos, o que motivou a denominação, por alguns, de "crise do serviço público". Os contornos iniciais do instituto foram traçados nos fins do século XIX e início do século XX. De lá pra cá, o desenvolvimento do Estado, provocado por vários fatores, entre eles, o desenvolvimento da tecnologia, fez com que surgisse um novo modelo de se atender às inerentes necessidades dos cidadãos. Assim, a concepção clássica de serviço público foi revisitada e adaptou-se à nova realidade.

A suposta "crise" atual por que passam os serviços públicos pode ser identificada pelas adaptações destes aos diversos acontecimentos, dos quais se extraem três principais: avanços científico-tecnológicos,

[9] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. p. 49.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 113.

questionamento político, econômico e ideológico do modelo de Estado e do seu modo de atuação e modificações do direito comunitário europeu[11].

Com efeito, as novas manifestações dos serviços públicos no Direito Pátrio foram criadas, inicialmente, por mudanças científico-tecnológicas, as quais possibilitaram novas formas prestacionais e organizacionais dos serviços, muitas vezes sob influência estrangeira, em especial norte-americana e comunitária da União Européia. A reformulação do modelo de Estado vem ocorrendo desde a edição do Decreto-Lei 200/67, com ênfase na década de oitenta, cujo momento decisivo foi a edição da Emenda Constitucional nº 19 de 1998. A proposta volta-se à redução da atuação direta do Estado e à alteração de um Estado Prestacional, vinculado às origens do "Welfare State" (Estado do Bem-Estar Social), para um Estado Regulador, instrumentalizado, entre outros, pelas Agências Reguladoras, o que requer revisão da intervenção estatal na economia e, em especial, na prestação de serviços públicos.

Agregado a este fator, tem-se também como motivo da transformação a influência gerada pela Comunidade Européia.

A influência comunitária, segundo Marçal Justen Filho, "atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público. Há uma forte tendência à uniformização do regime jurídico ou ao surgimento de uma síntese dialética superadora de ambas as soluções"[12].

No mesmo sentido, avaliando esta nova posição dos serviços públicos no cenário contemporâneo, Almiro do Couto e Silva aduz:

> Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com peso maior de normas de Direito Público, ora com um peso maior de normas de Direito Privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência

[11] BOURGES, Fernanda Schuhli. Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/31062/submission/copyedit/31062-34047-1-CE.pdf>. Acesso em: 20/12/2009. p. 41.

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** p. 714.

> num mercado que é, em princípio aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário conveniente, intervenções do Estado para afeiçoá-lo ao interesse público[13].

Vê-se, hodiernamente, que os antigos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão sucumbindo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão[14].

Neste contexto, surgem as agências reguladoras como instrumento do novo modelo de Estado.

Com efeito, paralelamente à privatização, surgiu o movimento de agencificação, com a criação de autarquias de regime especial a quem a lei atribui a função de regulação.

Diz-se que, influenciado pelo sistema norte-americano da "commow Law", as agências reguladoras possuem função "quase legislativa" e "quase judicial"[15].

A função é considerada "quase legislativa" porquanto elas recebem, por lei, quando criadas, o poder de editar normas com força cogente. No entanto, estas espécies normativas estão hierarquicamente abaixo das leis, podendo ser invalidada por decisão judicial quando as contrariar ou infringir "standards", princípios ou diretrizes legais ou constitucionais.

Por outro lado, a função é "quase judicial" porque as agências resolvem conflitos de interesses entre prestadores de serviço ou destes com os usuários. Porém, tal resolução fica passível de apreciação judicial.

Estabelecendo a importância das agências no cenário atual, Carlos Ari Sundfeld[16] sublinha:

> Apenas as missões já citadas seriam mais que suficientes para fazer das agências reguladoras entidades de grande significado: devem monitorar setores fundamentais da

---

13 COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à brasileira?** Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 230, 2002, p. 60.

14 SUNDFELD, Carlos Ari apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: Sundfeld, Carlos Ari (coord.); Nusdeo, Ana Maria de Oliveira (et al.). **Direito Administrativo Econômico**. p. 45.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** p. 54.

16 SUNDFELD, Carlos Ari. Teoria Introdução às Agências Reguladoras. In: Sundfeld, Carlos Ari (coord.); Nusdeo, Ana Maria de Oliveira (et al.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71. p. 35.

> economia, garantindo seu funcionamento orgânico; impedir a degradação dos serviços e aumentar sua qualidade; lutar pela sua universalização, em benefício da justiça social; proteger o consumidor; atuar contra os abusos do poder econômico. Haja fôlego!

Ciente da nova concepção de serviços públicos no Estado Contemporâneo, e de suas características, resta analisar a questão atinente a sobrevivência (ou não) do serviço público no Brasil.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho é enfático em defender a sua preservação. O autor assinala que é fundamental distinguir o regime jurídico privado, reservado para a exploração econômica em sentido estrito, daquele aplicável às atividades afetas ao interesse coletivo. Ou seja, conservando-se as diferenciações naturais ocorrentes em cada Sistema Jurídico, sempre existirá um núcleo reconduzível ao que se denomina "serviço público"[17].

Com efeito, o serviço público somente desaparecerá se e quando houver viabilidade de satisfação dos direitos fundamentais por intermédio, sempre, da iniciativa privada, sem o intervencionismo estatal. Como tal alternativa parece inviável, sob pena de se negar a justificativa para a existência do próprio Estado, afirma-se que deve haver limites para a substituição do serviço público pela regulação. Tal raciocínio é ainda mais evidente quando se tratam de atividades essenciais como a saúde e a educação, nos quais a atuação direta do Estado é uma garantia da manutenção da democracia e da fundamentalidade dos direitos individuais e sociais.

4 AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O USUÁRIO

O regime da concessão de serviços públicos está intimamente conectado à noção de descentralização administrativa.

A descentralização administrativa pode ser subdividida, nos interesses deste estudo, em funcional ou técnica e por colaboração.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 718.

A descentralização funcional ou técnica, também denominada por parte da doutrina de descentralização "por outorga", é a que se verifica quando o Poder Público, por meio de lei, cria uma pessoa jurídica de direito público e a ela atribui a "titularidade" e a "execução" de serviço público descentralizado. A descentralização por colaboração, também definida por "descentralização por delegação", é a que se verifica quando, por meio de contrato ou de ato administrativo, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público, "in totum", a titularidade do serviço, o que possibilita ao ente dispor do serviço de acordo com o interesse público[18].

Com efeito, a Constituição Federal brasileira determina, no seu art. 175, que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou "sob o regime de concessão ou permissão". Em várias outras passagens pelo seu texto, a CF/88 faz menção ao instituto da concessão de serviço público. Não existe, no entanto, uma formulação conceitual precisa, no plano constitucional, sobre os contornos da concessão de serviço público.

Tal definição só ocorreu em 1995, quando foi editada a Lei nº 8.987, que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços previsto no art. 175 da Constituição Federal". Na citada lei, tem-se como concessão de serviço público "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado" (art. 2º, inciso II).

Marçal Justen Filho, analisando a definição legal, entende-a como precária e insuficiente. Para ele, grande parte da formulação verbal contemplada deve ser desconsiderada, "eis

[18] ALVARENGA, José Eduardo de. O Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico.** p. 364.

que não apresenta função descritiva (normativa), mas claramente prescritiva"[19].

Ainda segundo o posicionamento do autor, devem ser considerados pontos incontroversos do instituto da concessão, e que o ajudam a possuir identidade própria, os seguintes caracteres: a) manutenção do serviço como público, com a conservação, igualmente, do regime jurídico especial; b) temporariedade da delegação, com a possibilidade, inclusive, de extinção antes do termo inicial; c) natureza constitutiva da outorga da concessão, com a criação de "direitos" novos ao concessionário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no mesmo tom crítico à definição apresentada pela lei, dado que esta não apresenta todos os elementos necessários para caracterizar o instituto, apenas servindo para os seus objetivos, procura definir a concessão de serviços públicos como sendo "o contrato administrativo pelo qual a Administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço"[20].

O que se extrai, portanto, da definição legal, conjugando-a com as definições apresentadas pela doutrina, é que a concessão é um instrumento de que se vale o Estado a fim de delegar à pessoa distinta a execução de atividade que lhe é própria, mantendo-se na titularidade dos referidos serviços. Frise-se que o núcleo da concessão é o seu objeto: prestação de serviços públicos. Assim, decorre a lógica importante de que a pessoa jurídica que se submeter a este instituto deverá observar todos os princípios e restrições peculiares a tais atividades.

Com efeito, consoante já afirmado, os serviços públicos possuem íntima relação com os direitos fundamentais. Assim, o instrumento utilizado para a sua prestação também deverá estar atento a este vínculo, sob pena de seu desvirtuamento teleológico.

---

19 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** p. 54.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** p. 298.

Juarez Freitas, ao tratar do tema, assevera essa necessidade de observância aos superiores fundamentos:

> O Controle principiológico das cláusulas e da execução das avenças realizadas pela Administração Pública, nessa qualidade, haverá de ser feito sempre à luz substancial dos princípios de Direito Administrativo, menos importando a regência normativa inferior – conquanto mais densa e menos abstrata –, pois esta haverá de se conformar àqueles ditames que lhe emprestam o fundamento e infundem juridicidade última à avença[21].

5 O REGIME JURÍDICO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Preparando o debate para logo mais, quando serão avaliadas, entre outras coisas, as teorias aplicáveis à posição jurídica dos usuários do serviço público no contexto contemporâneo, cumpre estudar e fixar os principais pontos a respeito do regime jurídico ocorrente na prestação de serviços públicos, quer esta se dê de forma direta, pelo Estado, quer por terceiros especialmente habilitados e fiscalizados.

E para a compreensão exata do tema, importante previamente observar a reflexão realizada por Marçal Justen Filho:

> O serviço público apresenta natureza institucional. Isso significa que a concessão de serviço público é um instrumento de agregação de sujeitos para ampliar os esforços necessários à concretização de um fim de grande relevância. O fim a ser obtido é a prestação das utilidades necessárias à satisfação de um direito fundamental. Essa ideia – satisfação de um direito fundamental – norteia a atuação de todos os sujeitos públicos. A concessão propicia que um particular se comprometa com a promoção desse fim[22].

Com efeito, vê-se que a atividade de serviço público é um meio de realizar fins indisponíveis para a comunidade. Os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados. Por isso, conclui-se que as atividades necessárias à sua satisfação direta e imediata devem estar subordinadas ao

---

21 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p 344.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativ**o. p. 721.

regime de direito público[23]. A atividade de serviço público é subordinada a este regime como consequência de sua natureza funcional.

Pode-se vincular, quando se estuda o regime jurídico de direito público, este à concepção de "relação de administração", que Ruy Cirne Lima o conceitua como sendo "a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente"[24].

De fato, tem-se a relação de administração quando o poder que emana de uma relação jurídica for caracterizado também como um concomitante "dever" (aspecto teleológico), visto que o seu objeto apresenta o elemento da indisponibilidade. Em outras palavras, por haver uma finalidade cogente, ou seja, um objetivo de atingir interesse alheio (leia-se, público), a relação não se resume ao atendimento de um direito subjetivo.

Frise-se, no entanto, que é possível a simultaneidade de relações jurídicas (relação de administração e relação do direito subjetivo). É o que se percebe nesta passagem do texto de Ruy Cirne Lima:

> Podem, no Direito Administrativo, como no direito privado, nascer simultaneamente, do mesmo negócio jurídico, a relação do direito subjetivo e a relação de administração. No direito Administrativo, assim se desata, por exemplo, a controvérsia acerca da natureza jurídica da concessão de serviço público, da qual defluem simultaneamente, além da relação de administração, direitos subjetivos, recíprocos do concedente e do concessionário[25].

Tal entendimento reforça, como se vê, a natureza jurídica mista que Celso Antonio Bandeira de Mello visualiza no instituto da concessão de serviços públicos. Ao lado das cláusulas exorbitantes, que possibilitam ao poder concedente, por exemplo, a alteração unilateral de disposições da relação jurídica, existem as cláusulas

---

23 "O regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta e indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** p. 57).

24 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. p. 105.

25 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. p. 108.

econômicas, que buscam ao equilíbrio da avença e ao resguardo dos direitos subjetivos do concessionário.

Não obstante essa observação, prevalece, como se viu, na prestação dos serviços públicos, a natureza pública que emana do seu objeto indisponível. É, portanto, a relação de administração que domina o enfoque a ser dado quando se estuda o regime jurídico aplicável ao instituto da concessão de serviços públicos.

Com efeito, conforme acentua Marçal Justen Filho, "serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos. A aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público"[26].

Assim, defende-se que a definição do regime jurídico aplicável encontra-se diretamente vinculada a presença ou ausência de relação com os direitos fundamentais.

A estruturação de entes e sujeitos, a vinculação de bens e o desenvolvimento de atividades para a satisfação dos direitos fundamentais exigem a aplicação de um regime jurídico diferenciado. Esse regime se caracteriza pelo afastamento de algumas características próprias da satisfação de interesses privados egoísticos.

Relacionado a esta concepção, encontra-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que Celso Antônio Bandeira de Mello[27] o considera, ao lado do princípio da indisponibilidade, como sendo "pedra de toque" do regime jurídico-administrativo.

Tal princípio, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro[28], vem sendo fortemente atacado na atualidade. Defendem os seus opositores que a existência de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos é incompatível com a sua presença. Assim, fala-se em ponderação de interesses para substituir a ideia de supremacia do interesse público.

---

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. p. 696

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p. 67.

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 36.

No entanto, a mesma autora expõe que o que há é uma equivocada interpretação do seu significado. Segundo ela:

> O principio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o direito administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos fundamentais.

À evidência, não se discute as transformações por que passou o Direito Administrativo nas últimas décadas, em especial no que diz com a crise de diferença entre este e o direito comum, com o seu aperfeiçoamento por meio de formas privatísticas. Tal acontecimento vem resumido de forma brilhante por Sabino Cassese[29]:

> O fenômeno indicado se dá sob a pressão de duas forças: a dos interesses e a das ideologias. Os primeiros estimulam o direito administrativo a assumir vestes privatísticas a fim de agilizar a ação administrativa, obstaculizada pelos vínculos publicísticos. As segundas operam do mesmo modo que as correntes liberais de 1800, em favor da limitação do domínio do direito especial e da subtração da administração ao direito privado, mantido aquele mais conforme ao regime da liberdade.

No entanto, o mesmo autor, em seguida, assinala a limitação desse fenômeno evolutivo: "Esta atenuação das diferenças não reduz o dualismo dos direitos, tornando o real o impossível sonho daqueles que o desaprovam, em nome do monismo: o dualismo permanece, ainda quando por formas diversas" [30].

Assim, o que se procura defender é que, malgrado a evidente evolução da concepção de Estado e, por efeito, da noção de serviços públicos, com as consequências aqui apresentadas, importante se faz manter a necessária presença de um regime jurídico diferenciado

---

[29] CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse público**. Porto Alegre, ano 5, n. 24, (março/abril. 2004), p. 13-23. p. 20.

[30] CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse público**. p. 21.

no trato do instituto das concessões de serviços públicos, tendo em vista a indisponibilidade de seu objeto e a vinculação à satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

6 A APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

A mutação parcial do conceito de serviço público, no decorrer do tempo, como foi possível verificar nos primeiros momentos deste trabalho, só pôde ser realizada em razão da mudança na concepção de interesse público. Com efeito, vê-se não mais um interesse público mítico, ligado ao Estado ou à sociedade abstratamente considerada, mas um interesse público traduzido como a maior satisfação concreta na vida dos indivíduos.

Referida mudança de concepção encontra-se sustentada com a inserção da concorrência na prestação de serviços públicos, que fez com que estes passassem a ser atividades total ou parcialmente regidas pelo mercado, sendo necessária, consequentemente, a aplicação, pelo menos em parte, do Direito do Consumidor, que constitui um dos pilares da disciplina jurídica do mercado.

À evidência, tal evolução é demonstrada nas palavras de Sandie Chillon:

> O usuário foi por muito tempo percebido como uma pessoa abstrata, não claramente individualizada, submetida à boa vontade do gestor do serviço público. Todavia, aos poucos a figura de cliente foi se substituindo àquela de usuário. A exigência de um serviço individualizado é a principal consequência da abertura à concorrência e da comparação entre o setor público e o setor privado. Essa exigência traduz a rejeição da imagem de um usuário submetido ao serviço público[31].

[31] CHILLON, Sandie **apud** ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008). Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>. Acesso em: 20/12/2009. p. 6.

A evolução da noção de interesse público é melhor entendida quando analisada a distinção existente no conceito no Direito Anglo-saxão e no Direito Europeu. Enquanto nos Estados Unidos e no Reino Unido o interesse público é considerado como intrinsecamente ligado aos interesses individuais (satisfação dos indivíduos equivale à satisfação do interesse público), nos Estados de raiz germânico-latina o interesse público é considerado superior à mera soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles, razão pela qual é protegido e perseguido pelo Estado e constitui o fundamento de um regime jurídico próprio distinto do que rege as relações entre os particulares[32].

De fato, a evolução do Estado está provocando com que a noção européia de interesse público, inspiração para o Direito Pátrio, esteja se aproximando daquela anglo-saxônica, com consequências diretas sobre a aplicação do Direito do Consumidor aos usuários de serviço público, sobre os quais, junto com os concessionários, a incidência de uma série de prerrogativas de Direito Público exercidas pelo Estado sempre foi considerada natural.

Em tal medida, Marçal Justen Filho assinala: "O Direito do Consumidor foi concebido como instrumento de defesa daquele que se encontra subordinado ao explorador de atividades econômicas, organizadas empresarialmente para a produção e apropriação do lucro"[33]. Assim, com a mudança de paradigma e a cada vez mais crescente desestatização dos serviços públicos, realizáveis em regime de concorrência, visualiza-se a possível aplicação do Direito do Consumidor ao instituto.

Com a ciência dos acontecimentos e mutações conceituais, não é por acaso que o art. 7º da Lei Geral das Concessões, no seu "caput", prevê a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços públicos concedidos[34].

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em alguns

[32] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

[33] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** p. 711.

[34] "Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários [...]".

de seus dispositivos, inclui o serviço público no âmbito de sua abrangência. É o que se verifica nos arts. 4º, VII, 6º, X, e 22.

Outrossim, a lei consumerista ao definir o conceito de fornecedor[35], nele incluiu as pessoas jurídicas de direito público, o que possibilita a interpretação de ser aplicável ao instituto dos serviços públicos o Direito do Consumidor.

A transformação de perspectiva, portanto, faz com que uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (administrado), e orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, passa agora a formas de controle e de regulação voltadas a garantir em prol dos cidadãos a transparência e a prestação do serviço pelos melhores preços e condições possíveis, adaptados, na medida do possível, às necessidades individuais de cada um[36].

Outro fator relevante para a modificação na relação entre o usuário do serviço público e o seu titular é a expansiva eficácia que os direitos fundamentais possuem no Estado contemporâneo.

Com efeito, Ingo Wolfgang Sarlet assim leciona sobre os direitos fundamentais:

> A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de deveres e direitos fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos[37].

---

35 Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

36 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

37 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007. p. 75.

Vê-se, assim, que, atualmente, a maior satisfação possível dos usuários como meio de atendimento aos seus direitos fundamentais é o importante marco regulatório dos serviços públicos. Tal finalidade é alcançada, defendem alguns, não pela potencialização das prerrogativas do Estado, mas sim pela sua retirada, tanto como agente econômico ou como regulador, deixando como principal instrumento de satisfação dos interesses dos usuários a concorrência[38].

Ocorre, contudo, que tal solução é digna de crítica, já que aplicar indistintamente o Código de Defesa do Consumidor às relações que envolvam a prestação de serviços públicos pode acarretar na violação de conceitos básicos relacionados ao conceito de Estado e a princípios da Administração Pública.

De fato, apesar da tendência de identificação dos usuários de serviços públicos como consumidores comuns e da aplicação a eles da legislação consumerista, há peculiaridades inerentes ao próprio conceito de serviço público que fazem com que seja mantido um grau de critérios de direito público aplicáveis à relações entre o usuário/consumidor e o prestador do serviço público[39].

Frise-se, portanto, e como será melhor abordado nos tópicos seguintes, que tal aplicação merece ser melhor analisada, sob o ponto de vista de verificar quais os limites e possibilidades de sua realização.

7 OS LIMITES À APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Direito do Consumidor teve a sua origem na cultura anglo-saxã, mormente na experiência norte-americana. Importante assinalar que, nos EUA, não se adota a noção de serviço público

[38] O Superior Tribunal de Justiça vem expressamente identificando as relações das quais participam usuários de serviços públicos específicos e remunerados como uma relação de consumo. Já há decisões nesse sentido em relação aos usuários pagantes de pedágio pela manutenção de rodovias (RESP nº 467.883), aos usuários de serviços de distribuição domiciliar de água potável (RESP nº 263.229) e de correios (RESP nº 527.137), entre outros.

[39] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

vigente nos países de cultura européia. Todas as atividades econômicas se subordinam aos princípios fundamentais da livre iniciativa, com algumas ressalvas e limitações. Naquela cultura, ignora-se a concepção da titularidade estatal de certas atividades e inexiste figura exatamente idêntica à da concessão de serviço público[40].

Assim, destaca-se que o modelo norte-americano resultava na ausência de poderes estatais para disciplinar atividades econômicas de interesse coletivo, intervindo em favor do interesse do usuário.

Sobre o tema, assevera Marçal Justen Filho:

> O Direito do Consumidor desempenha, no ordenamento jurídico norte-americano, a função assumida entre nós pelo instituto do serviço público. São alternativas diversas para a tutela dos mesmos princípios e valores. Vale dizer, o sistema anglo-saxão remeteu a satisfação das necessidades essenciais à iniciativa privada, mas reservou a aplicação de um regime próprio e peculiar, destinado a tutelar o usuário. A mesma necessidade conduziu outros ordenamentos a atribuir a titularidade do exercício das mesmas atividades ao Estado, subordinando seu desempenho ao regime de Direito Público[41].

Com efeito, viu-se já neste trabalho que o instituto do serviço público encontra-se moldado sobre a concepção da necessidade de restrição e limitação do poder econômico e de mercado de certos agentes econômicos. Para assegurar a satisfação dos interesses coletivos, determinou-se sua integração no patrimônio e no regime de direito público.

Percebe-se, portanto, que o acolhimento entre nós do Direito do Consumidor provoca dificuldades no âmbito do serviço público, especialmente porque o regime de serviço público assegura ao poder concedente algumas faculdades e prerrogativas anômalas, não conhecidas no ambiente anglo-saxão. Tais competências estatais derivam da concepção de incumbir ao Estado promover a tutela e a defesa dos usuários do serviço público.

De fato, o instituto do serviço público, tal como foi impregnado

---

40 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** p. 555.

41 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** p. 555.

na nossa cultura, é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, em que as condições unilateralmente fixadas pelo Estado refletem o modo de satisfazer o maior número de sujeitos, com o menor custo possível.

O regime de direito público, portanto, que se traduz em competências estatais anômalas, é indispensável para assegurar a continuidade, a generalidade, a adequação do serviço público. Se cada usuário pretendesse invocar o maior benefício individual possível, por meio das regras do direito do consumidor, os efeitos maléficos recairiam sobre outros consumidores[42].

Ciente dessa particularidade que envolve os serviços públicos, quando de sua relação com o Direito do Consumidor, tem-se o seguinte posicionamento:

> O regime, porém, dos contratos concluídos com a administração é especial: mesmo se regido por leis civis, não perde a relação seu caráter dito de "verticalidade", reservando-se a administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato. Se poderão as normas do CDC reequilibrar, na prática, esta relação é uma pergunta difícil. Certo é que cabe à administração cumprir as leis, e, em realidade, o CDC impõe a ela e a seus concessionários, enquanto fornecedores de serviços e eventualmente de produtos, deveres específicos, muitos deles relacionados ao equilíbrio do contrato. A nova disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas[43].

Aliás, não é por acaso que o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 previra que seria elaborada, no prazo de 120 dias, uma lei de defesa do usuário de serviços públicos. A regra acaba por reconhecer, então, a inviabilidade de aplicação automática e indiferenciada do Código de Defesa do Consumidor ao âmbito dos serviços públicos.

Outro aspecto importante nesta relação é o significado que o termo "adequação" precisa possuir no que tange aos serviços

---

42 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** p. 711.

43 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74 aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 330.

públicos. Deve-se ter em mente que a exigência de um serviço absolutamente perfeito equivale a produzir elevação do valor pago pelos usuários. Isso poderia provocar a existência de um serviço da mais alta qualidade, de que não poderiam usufruir grande parte dos usuários por carências de condições econômicas.

Assim, um serviço de caráter qualitativo suficiente, de alto custo, poderia, no âmbito do serviço público, ser considerado inadequado, já que não atenderia às necessidades dos cidadãos, de forma generalizada.

Com isso, o conflito entre essas duas lógicas acaba por criar várias correntes de pensamento sobre a categorização jurídica dos usuários de serviços públicos, as quais serão objeto de análise a seguir.

7.1 Teorias Aplicáveis sobre a Posição Jurídica dos Usuários de Serviços Públicos

a) Teorias Privatistas

Por esta teoria, sustenta-se que o nexo entre o concessionário e o particular é de natureza civil (consumerista/privatista), já que o contrário seria admitir-se a existência de relações jurídicas de Direito Público entre particulares. Mas a afirmação da natureza privada da relação não ilidiria a existência de uma série de normas de Direito Público sobre elas incidente, o que, aliás, é uma expressão do fenômeno intervencionista de administrativização das relações jurídicas privadas[44].

Dessa forma, essa corrente entende que não é pelo fato de haver normas de direito público incidentes sobre as relações contratuais que elas passam a ser relações de direito público.

Ela encontra maior amparo nos serviços públicos classificados como industriais ou comerciais, financiados por remuneração paga pelo particular que dele usufrui, principalmente nos casos em que tiverem sido delegados à iniciativa privada.

---

[44] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

b) Teorias Publicistas

Esta teoria defende que é o Direito Público que rege a relação entre o particular e o prestador do serviço público, seja este industrial ou não (concepção solidarista/publicista). Tal relação seria de Direito Público por se referir a uma tarefa da Administração Pública e repousar sobre um direito de natureza jurídica pública, qual seja, o direito do administrado à prestação do serviço.

Assim, seria o procedimento regulamentar, mais que o contratual, que melhor se adequaria a essa relação, considerando o grande número de pessoas que usufruem do serviço público em condições semelhantes, o que permite uma regulação uniforme.

Com efeito, na esteira de tal teoria, Gabino Fraga argumenta

> Na verdade, usuário e concessionário de serviços públicos não têm qualquer liberdade minimamente significativa para discutir o contrato que entre eles será celebrado, estando as suas cláusulas já previamente estabelecidas estatutariamente, seja em normas legais ou regulamentares, constantes de atos normativos ou da própria concessão[45].

Para essa corrente, o termo usuário estaria mais de acordo com a identificação à cidadania política do que o termo "cliente" ou "consumidor". Ele retrataria o particular que usufrui de um serviço como parte integrante do corpo social que constituiu o Estado como instrumento de proteção e fortalecimento dos valores transcendentes da pessoa humana.

A margem de autonomia contratual para criar cláusulas não previstas previamente na lei ou nos regulamentos, possivelmente existente entre o usuário e o prestador de serviço público, não invalida os argumentos defendidos por essa doutrina. Isso porque a referida autonomia e a possibilidade de aplicação de normas de Direito Privado nunca poderão contrariar as condições do serviço,

---

[45] FRAGA, Gabino **apud** ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

haja vista que a Administração Pública possui a prerrogativa de alterá-las, visando ao interesse público.

Segundo Alexandre Santos de Aragão[46], o grande erro da teoria publicista é partir de uma concepção exacerbada da autonomia da vontade como sendo o único e particular modelo explicativo dos mecanismos contratuais. Ou seja, ela desconsidera que o próprio Direito Privado contemporâneo incorpora uma série de figuras contratuais com forte ingerência publicista, tais como os contratos coativos, autorizados, de adesão, entre outros. Desse modo, defender que os usuários de serviços públicos têm uma relação puramente estatutária com o seu prestador seria igualá-la às relações jurídicas estatutárias existentes no Direito Administrativo com a dos servidores públicos.

E nesse último ponto, portanto, estar-se-ia confundindo a clássica lição que distingue a sujeição geral, que ocorre entre a Administração Pública e seus administrados, de uma maneira indeterminada, da sujeição especial, que relaciona o indivíduo ao Poder Público mediante uma particularidade (especificidade).

c) Teorias Mistas

Conforme o próprio nome demonstra, esta teoria busca conciliar as anteriores, já que visualiza uma relação híbrida entre o usuário do serviço público e o seu prestador.

Com efeito, para ela, não existe teoria privatista pura quanto à caracterização jurídica dos usuários, já que, como visto, mesmo os que defendem a natureza privada do vínculo admitem o forte influxo de normas de Direito Público concernentes ao serviço.

Defensor desta teoria, Roberto Dromi assim estabelece a relação:

> O usuário (ou cliente ou consumidor) se encontra unido à prestadora do serviço por um contrato [...]. Deste modo, a relação jurídica que mantém com a empresa

[46] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

> que gere o serviço é contratual. Todavia, a necessidade ou o interesse público que deve ser satisfeito através do serviço público justificam que o seu regime jurídico (marco regulatório, ordenação e organização, fiscalização e regime sancionatório) seja estabelecido pelo Estado. Na relação jurídica contratual que se produz entre os usuários ou clientes e as empresas prestadoras privadas, o regime jurídico apresenta características mistas, correspondendo à aplicação do Direito Privado, sem prejuízo dos aspectos de Direito Administrativo, e do marco regulatório especial que rege justamente por se tratar de serviço público[47].

É notório, portanto, para essa teoria, que se devam incidir especificidades publicistas na relação contratual existente entre o usuário e o prestador do serviço público, já que esta envolve uma forte dimensão política.

À evidência, a prestação de serviços públicos, especificamente quando delegados à iniciativa privada, é regida parcialmente pelo estatuto de regulamentação pública. Porém, segundo esta doutrina, só se entra sob a incidência desse estatuto mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares – usuário e concessionário –, que, como tal, é de natureza civil em todos os aspectos que não contrariem a situação estatutária.

Esta relação mista se fortalece, ademais, quando se tem a ciência de que o serviço público se apresenta como um exercício de aplicabilidade e satisfação dos direitos fundamentais do cidadão. Logo, necessário se faz incrementar na essencialidade do instituto instrumentos do regime jurídico de direito público.

7.2 As Prestações "uti universi" e "uti singuli": distinção como critério de aplicação do CDC aos Serviços Públicos

Os serviços públicos, quanto aos seus destinatários e forma de expressão, podem ser classificados em gerais (ou "uti universi") e

47 DROMI, Roberto **apud** ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

individuais (ou "uti singuli"). Tal classificação é um importante parâmetro para se verificar a incidência ou não do Direito do Consumidor aos serviços públicos, e sua extensão.

Os serviços públicos "uti universi" são aqueles prestados de forma indiscriminada, sem usuários predeterminados. O Estado oferece o serviço independentemente de remuneração específica. Assim, é ele custeado mediante a cobrança de impostos.

Os serviços "uti singuli", por sua vez, são os mensuráveis e divisíveis, custeados mediante taxa ou tarifa (preço público), conforme sua compulsoriedade ou facultatividade, respectivamente.

A doutrina divide-se, no ponto, quanto à extensão de aplicação do CDC, alguns se posicionando pela aplicação indiscriminada e ampliativa da lei consumerista, abrangendo tanto os serviços gerais quanto os individuais, e outros pela restrição de aplicação, para alcançar somente os serviços "uti singuli", prestados direta ou indiretamente pelo Estado, mediante remuneração específica do usuário. Para esta última corrente, portanto, os serviços "uti universi" não sofreriam a incidência do CDC.

A diferenciação de posicionamento encontra-se na distinta interpretação que se faz do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê, entre outras normas, que o serviço público deve ser remunerado para a incidência da lei.

Com efeito, Luiz Rizzato Nunes[48], defensor da primeira corrente, interpreta que, quer o usuário pague, quer não, pelo serviço público, não é esse o fator que irá afastar a incidência da norma. Essa afirmação se sustenta no raciocínio de que, mesmo na hipótese de ausência de pagamento direto e imediato, o serviço será custeado pelo particular de alguma forma, mesmo que de forma indireta. Ademais, afirma-se que o Código não exige remuneração específica, podendo o serviço ser custeado mediante impostos.

Outro fundamento da corrente extensiva encontra-se em buscar a intenção do legislador, que foi a de incutir, no âmbito do serviço público, a mesma dinâmica proposta pra o setor privado, de harmonização das relações de consumo. Excluindo-se os serviços "uti" universi", uma parcela considerável da sociedade, que vive em

48 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 318.

condições precárias, não estaria albergada pela legislação protetiva do consumidor, desatendendo-se, assim, o princípio da universalidade da tutela.

Por outro lado, defendendo a aplicação restritiva, a maior parte da doutrina argumenta que o vínculo existente entre o usuário de serviço público "*uti universi*" e o Poder Público é tão somente de caráter cívico, não havendo caracteres de relação consumerista nesta prestação. Assim, estender a aplicação do Código a estes casos seria desvirtuar o conceito de consumidor e fornecedor dado pelo legislador, já que o artigo 3º é expresso ao utilizar o termo "mediante remuneração". Além disso, o imposto, por força de lei, não pode ser vinculado, de modo que a sua exigência não gera dever jurídico de contraprestação para o Estado.

Com efeito, Adalberto Pasqualotto, em artigo a respeito do tema, assim pondera:

> A disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor deve considerar a inter-relação existente com a disciplina desses mesmos serviços no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no Código de Defesa do Consumidor os serviços públicos próprios, prestados **uti universi** diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica[49].

Para rebater a primeira corrente, deve-se lembrar que no sistema tributário vige o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual a contribuição é proporcional à renda da pessoa, tudo com vistas à redistribuição, em tese, de riquezas. Sob esse ângulo, verifica-se que não é necessariamente quem paga mais tributo que usufruirá mais dos serviços, dado que usufrui dele quem dele precisa, independentemente do quanto foi pago, ou se houve pagamento. Logo, não há como se falar em "remuneração", uma vez que é potencial usuário inclusive aquele que nunca tenha recolhido tributos.

---

[49] PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Ajuris.** Porto Alegre. v. 18. n. 53. nov. 1991. p. 182-200. p. 199.

Portanto, para esta corrente, os serviços gerais ou "uti universi" não sofreriam a incidência do CDC, já que custeados mediante impostos.

Há, por fim, quem defenda ainda a não aplicação da lei consumerista, quer para os serviços "uti universi", quer para os "uti singuli". Defende-se que o liame estabelecido entre o usuário de serviço público e a concessionária não equivale ao que se forma numa transação consumerista, de modo que não resta caracterizada a presença de consumidor e fornecedor nos pólos opostos da relação contratual.

Antônio Carlos Cintra do Amaral[50], posicionando-se neste último sentido, assim estabelece:

> Considerar o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra a de consumo.

Com efeito, para ele, a relação jurídica entre a concessionária e o usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. O serviço público, cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Perante a relação de consumo, diversamente, o Poder Público atua como "protetor" da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor[51].

Pois bem, estabelecida estas variações de pensamento, resta ainda aferir a questão atinente à diferenciação, no toca aos serviços "uti singuli", dos remunerados por meio de taxa dos mediante tarifa ou preço público.

---

50 AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, p.133-138, abr/jun. 2004.

51 AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Brasileira de Direito Público**.

7.3 A Incidência do CDC aos Serviços Públicos Remunerados por Taxa e Tarifa

No item anterior, verificou-se que, a despeito de existirem algumas posições divergentes, grande parte da doutrina entende que somente haverá incidência do Código de Defesa do Consumidor quando o serviço público prestado caracterizar-se por ser mensurável individualmente e provier de remuneração específica.

Ocorre, contudo, que tal modalidade de serviço pode apresentar como remuneração tanto a taxa, espécie tributária que se particulariza pela sua compulsoriedade, quanto à tarifa, receita originária equiparável ao preço público e que possui caráter facultativo.

Marçal Justen Filho[52], tratando do tema, apresenta três critérios distintivos entre os dois elementos: 1º) o regime jurídico; 2º) o princípio da legalidade, e; 3º) o princípio da anterioridade.

Com efeito, segundo o primeiro critério, a diferença entre taxa e tarifa se relaciona com a cobrança por serviços potenciais, colocados à disposição do usuário. O regime jurídico da taxa se caracteriza pela possibilidade de exigência do pagamento da prestação tributária mesmo quando não tiver ocorrido a fruição efetiva do serviço público. Já o regime jurídico da tarifa não comporta solução exatamente idêntica, ainda que se possível a existência de tarifas mínimas. Não é permitido que o usuário seja constrangido, contra a sua própria vontade, a usufruir o serviço e pagar a tarifa.

O segundo elemento diferenciador consiste no princípio da estrita legalidade, característico do direito tributário. Insculpido no art. 150, inciso I, traduz-se na necessidade de todos os aspectos do tributo serem definidos por lei, eliminando-se a discricionaridade administrativa. Assim, uma taxa de serviço público apenas pode ser cobrada se tiver sido instituída em lei, e é necessário que seu montante conste de um mandamento normativo legal. A tarifa, por sua vez, tem regime jurídico distinto, sendo fixada na via administrativa. Não se sujeita ao princípio da estrita legalidade, seja

52 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** p. 721.

no tocante à sua instituição, seja no relativo à sua modificação.

Por fim, a terceira diferença reside no princípio da anterioridade, pelo qual nenhum tributo será exigido no mesmo exercício em que tiver sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou (art. 150, inciso III, "b", da Constituição Federal). Tal princípio se aplica às taxas, espécie tributária, e não às tarifas[53].

Conclui-se, portanto, ao se analisar as respectivas distinções, que somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico. Esse regime jurídico específico funda-se na intangibilidade da equação econômico-financeira.

Com efeito, como a recomposição da equação econômico-financeira faz-se na via administrativa, a variação da remuneração do concessionário independe de previsão em lei. Pode-se fazer-se a qualquer tempo, e não está sujeita ao princípio da legalidade.

Quanto ao tema, relevante a posição de José Geraldo Brito Filomeno[54]:

> Importante salientar-se, desde logo, que aí [conceito de serviço no CDC] não se inserem os "tributos", em geral, ou "taxas" e "contribuições de melhoria", especialmente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.
> Não se há de confundir, por outro lado, referidos tributos com as "tarifas", estas, sim, inseridas no contexto dos "serviços" ou, mais particularmente, "preço público", pelos "serviços" prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.
> O que se pretende dizer é que o "contribuinte" não se

[53] Exemplo relevante que demonstra a inaplicabilidade do Código Tributário Nacional (CTN), por ausência de natureza tributária, às tarifas encontra-se na recente orientação sumulada do Superior Tribunal de Justiça, de dezembro de 2009. Com efeito, é a redação da **Súmula nº 412**: "A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil".

[54] GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 44.

> confunde com "consumidor", já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de Direito Tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem comum.

À evidência, não há relação contratual entre o Poder Público, arrecadador de tributos, e o particular, visto que não há consensualidade na relação jurídica. Frise-se que, quando o Estado exerce a competência tributária, está atuando com "ius imperii". A relação não é de coordenação, mas sim de subordinação.

No mesmo sentido, assevera o professor Cláudio Bonatto:

> Quanto aos serviços denominados *uti singuli*, somente estarão diretamente abrangidos pelas regras do CDC, na medida em que esteja completa a relação jurídica de consumo, com a participação efetiva de um consumidor, pelo que, afastados desta condição estariam os serviços públicos remunerados por taxas, eis que nestes está presente a figura do contribuinte[55].

Vê-se, com tudo isso, que a controvérsia sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor se fundamenta na forma de remuneração dos serviços prestados, bem como na relação existente entre as pessoas envolvidas. Tal discussão é relevante, já que orienta a forma de aplicação do regime jurídico adequado à situação fática apresentada.

8 O ASPECTO SOLIDARISTA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DA APLICAÇÃO DO CDC

Sem prejuízo dos argumentos anteriores, que servem, inclusive, de paradigma demonstrativo do atual cenário pelo qual está inserido o assunto, outro importante aspecto que viabiliza a sustentação da tese que ora se propõe, qual seja, da necessária e lógica limitação da aplicação do Direito Consumerista ao instituto dos serviços públicos, é o caráter coletivo

[55] BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.

atinente a esse tipo de serviço, sua caracterização como instrumento de efetivação da solidariedade social e as consequentes incongruências com o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, vê-se que o título habilitador do direito da empresa exercer a atividade de serviço público é totalmente diverso do existente nas atividades econômicas "stricto sensu", em que o direito decorre diretamente da proteção constitucional à livre iniciativa e à economia de mercado (Art. 170, CF), que coloca na relação jurídica prestacional apenas a empresa e o consumidor. No caso do serviço público, o título habilitante não é a livre iniciativa, inexistente no caso, mas sim um contrato de concessão celebrado pela empresa com o Estado, de maneira que a relação prestacional é subjetivamente complexa, envolvendo, a um só tempo, o Poder Público, a concessionária e todos os usuários do serviço público[56].

Assim, ao contrário das relações do concessionário com eventuais parceiros privados, as suas relações com usuários podem variar de acordo com as determinações de serviço do Poder Concedente, não tendo o usuário-consumidor "direito adquirido" ou "ato jurídico perfeito" para impor a manutenção das condições iniciais de prestação do serviço, que podem ser unilateralmente alteradas pelo "jus variandi" da Administração Pública, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Marçal Justen Filho[57], especificadamente neste caso, apresenta um exemplo elucidativo:

> Segundo o Direito do Consumidor, é obrigatório o empresário manter a oferta realizada nas condições originais. Já no âmbito do serviço público, a mutabilidade é da sua inerência. Suponha-se, então, o caso da telefonia fixa. Imagine-se que o concessionário estabeleça relação jurídica com o usuário, orientando-se por determinada regulamentação do poder concedente. Se houver necessidade e conveniência, o poder concedente alterará as regras pertinentes, com reflexos na situação jurídica do usuário. Em face do regime de Direito Administrativo, o usuário não poderia

[56] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

[57] JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** p. 557.

> invocar direito adquirido à manutenção do regime jurídico. Mas sua pretensão poderia encontrar respaldo no regime característico do Direito do Consumidor.

Com efeito, diante desse exemplo, visualiza-se que os serviços públicos possuem uma conotação coletiva muito mais ampla que as atividades econômicas privadas. Eles objetivam a coesão social, sendo um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), com o financiamento, através das tarifas dos usuários que já têm o serviço, da sua expansão aos que ainda não possuem acesso. Se fosse aplicável integralmente o CDC, estas tarifas seriam consideradas abusivas, visto que ultrapassariam o valor razoável para uma atividade individualmente utilizada.

Dito em outras palavras, na prestação dos serviços públicos, deve-se distinguir e tomar como relevante a diferenciação entre usuário efetivo e usuário em potencial. Em nome da integração deste, os interesses daquele precisam ser mitigados. E isso não reproduz prática ilícita, consoante o Direito Consumerista iria propor caso sua aplicação fosse ampla. Apresenta-se, sim, como uma medida justa, efetivadora da noção de justiça social insculpida na Constituição Cidadã de 1988.

Assim, verifica-se que analisar os valores da tarifa de serviço público apenas sob o ponto de vista da legislação do consumidor é desprezar o fato de que ela não representa apenas a contraprestação das prestações concretamente recebidas pelo usuário, sendo, ainda, um elemento fundamental da preservação do equilíbrio da política pública e do projeto de infra-estrutura consubstanciados na concessão.

Alexandre Santos de Aragão refere, quando a esse assunto, a questão do "subsídio interno ou cruzado". Segundo ele:

> Há algumas fórmulas tradicionalmente empregadas como mecanismo de implantação de políticas tarifárias. Uma das mais freqüentes é a prática de subsídios cruzados. Nesse sistema, o Poder Público, adotando determinada política tarifária, faz com que um grupo de usuários arque com parte dos custos decorrentes da prestação de serviços a outros usuários. Trata-se de uma forma de distribuir os custos do serviço de uma maneira independente do ônus que cada um tenha

> gerado. Na maioria das vezes em que o sistema é adotado, busca-se cobrar mais da parcela de usuários teoricamente detentora de maior poder aquisitivo, para que seja possível cobrar menos de usuários com capacidade econômica inferior[58].

A tarifa de serviço público não pode, portanto, para ser considerada abusiva, ser aferida apenas diante da prestação que determinado usuário recebe, mas sim face ao complexo equilíbrio de despesas e receitas envolvidas no contrato de concessão, que normalmente possui o prazo de décadas e visa ao bem-estar das pessoas com um todo[59].

Outro aspecto relevante diz com a questão intergeracional que a prestação de serviços públicos precisa visualizar e proteger. A sua gestão não pode apenas ter em conta os interesses das atuais gerações, necessitando dos investimentos necessários para assegurar que as futuras gerações também lhe tenham acesso. Assim, os serviços públicos e as atividades econômicas "stricto sensu" têm uma relação distinta com o tempo: estas visam à satisfação imediata do sujeito, ao passo que aqueles visam à realização dos interesses de longo prazo dos cidadãos enquanto membros de uma dada sociedade.

---

58 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico.** Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008).

59 Acolhendo a tese proposta neste trabalho, verifica-se a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POLÍTICA TARIFÁRIA NO FORNECIMENTO DE ÁGUA – COLOCAÇÃO DE HIDRÔMETROS.[...] 2. A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte). 3. Acórdão que, distanciando-se da lei, condena o valor do consumo mínimo estabelecido pela política nacional de tarifas e contempla a utilização da tarifa social. 4. A Lei 8.987/95, como o Decreto 82.587/78, revogado em 1991 pelo Decreto 5, deu continuidade à prática do escalonamento de preços. 5. Recurso especial provido. (REsp 485842/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004 p. 237)". Importante referir que, em novembro de 2009, o STJ editou a Súmula nº 407, ratificando este posicionamento: "É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo".

Por tudo isso, chega-se a conclusão de que, pelas notórias distinções, a aplicação do direito consumerista ao instituto dos serviços públicos precisa ser melhor analisada. Em que pese o próprio Código de Defesa do Consumidor faz menção aos serviços públicos, como já se viu anteriormente, a sua aplicação encontra alguns limites na peculiaridade e na finalidade inerente a estes, quais sejam, o caráter social e público.

Com efeito, é a posição do professor Alexandre Santos de Aragão:

> Apesar dessas peculiaridades inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos (políticas, *jus variandi* da Administração Pública, etc.), a aplicação do CDC aos serviços públicos não pode ser excluída, até porque há dispositivos legais expressos nesse sentido. Todavia, por outro lado, a aplicação do CDC não pode ser absoluta, devendo, ao contrário, ser realizada com extrema cautela, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, privilegiando os interesses de consumidores individualmente considerados, e postergando os seus objetivos maiores de solidariedade social.

No mesmo sentido, corrobora com a tese a manifestação de Marçal Justen Filho: "A disciplina do Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. [...] O que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços públicos"[60].

Vê-se, portanto, e conforme foi referido ao longo deste estudo, que o instituto dos serviços públicos, cujo objetivo primordial é a satisfação dos direitos fundamentais da pessoa humana, encontra-se impregnado por normas de direito público que acabam por mitigar a atuação do direito consumerista. Isso se reflete não na supressão de direitos subjetivos, mas sim na tutela social e justa do interesse coletivo.

9 CONCLUSÃO

Neste trabalho, procurou-se analisar a relação envolvendo o instituto dos serviços públicos prestados mediante concessão e o Direito do Consumidor, utilizando-se de paradigmas históricos e evolutivos

60 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** p. 560.

para melhor se estabelecer a atual extensão de sua aplicação, bem como de argumentos jurídicos que expõem os limites necessários condizentes à problemática.

Primeiramente, foi objeto de estudo e análise os serviços públicos no Direito Brasileiro, suas origens e suas novas concepções no Estado Contemporâneo. Percebeu-se que o conceito originário de serviço público sofreu forte mutação, tendo em vista a evolução histórico-cultural do Estado. Ou seja, de um Estado Prestador passou-se para um Estado Regulador, em que as denominadas agências reguladoras começaram a possuir forte funcionalidade social, regulando os serviços públicos delegados a esfera particular.

Outro objetivo presente neste trabalho refere-se ao estudo e reflexão do instituto da concessão de serviços públicos e sua relação com o usuário. Apreendeu-se seu disciplinamento constitucional e infraconstitucional, além da devida pontuação do regime jurídico aplicável ao tema. Foi objeto também a posição jurídica dos usuários.

Desta análise, conclui-se que, dada a natureza jurídica peculiar apresentada pelo contrato de concessão de serviços públicos (relação que envolve três partes: poder concedente, concessionária e usuários), o regime jurídico aplicável a este instituto não deve moldar-se exclusivamente pelo caráter privatista que, aparentemente, possa ser o indicado. Com efeito, a presença de objetivos maiores, tais como a satisfação dos direitos fundamentais pelo exercício dos serviços públicos, enseja a aplicação de normas cogentes, aliadas a um regime jurídico de Direito Público que acaba por mitigar a mera relação concessionária-usuário. Assim, tem-se que o usuário do serviço público é, além de titular de direito subjetivo, detentor de direitos fundamentais.

Outrossim, partindo da referenciação de que o Direito do Consumidor passou a ser visto como instrumento útil e adequado para a tutela dos serviços públicos, tendo em vista a evolução do conceito de interesse público, iniciou-se a verificação de aspectos limitadores à sua aplicação irrestrita.

Com efeito, analisando-se a questão atinente à posição jurídica dos usuários de serviços públicos, verificou-se a existência de três teorias: a teoria privatista, a teoria publicista e a teoria mista. Elas visam a estabelecer a real natureza da relação jurídica que envolve o

usuário e a concessionária de serviços públicos. Neste ponto, chega-se a conclusão de que, por possuir natureza trilateral, esta relação exige a sua sustentação em normas estatutárias/regulamentadoras, ao lado da relação contratual/privatista existente entre ambos os personagens. Assim, vê-se que a presença do regime jurídico público, limitador de algumas faculdades privadas, é necessária nesta relação jurídica.

Outra aspecto apresentado, e que contribui na formulação da tese deste trabalho, é a presença do caráter solidarista dos serviços públicos como instrumento de efetivação da justiça social. Assim se diz porque a prestação de serviço público corresponde na manifestação de uma função pública e, por essa razão, muitas restrições ou limitações impostas ao consumidor do serviço público são justificadas pelo interesse público.

Frise-se que tal não significa referir que o usuário não possui "direitos" frente ao prestador de serviços públicos. O que se pretende apresentar neste estudo é que se faz necessário estabelecer parâmetros harmonizadores na relação envolvendo a aplicação da lei consumerista aos serviços públicos, tendo como escopo principal a proteção do interesse público e a satisfação da justiça social.

Por tudo isso, entende-se que as ideias apresentadas neste estudo científico, longe de querer esgotar a temática sobre o assunto, evidenciam-se relevantes para a atual discussão e abordagem do tema, visto envolver um assunto que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais e ao exercício de uma das principais funções do Estado, qual seja, a prestação de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, José Eduardo de. O Serviço Público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 319-370.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Brasileira de Direito Público.** Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n.5, p.133-138, abr/jun. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 15, (ago/set/out. 2008). Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>. Acesso em: 20/12/2009.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/31062/submission/copyedit/31062-34047-1-CE.pdf>. Acesso em: 20/12/2009.

CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse público.** Porto Alegre, ano 5, n. 24, (março/abril. 2004), p. 13-23.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à brasileira?** Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 230, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: Sundfeld, Carlos Ari (coord.); Nusdeo, Ana

Maria de Oliveira (et al.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74 aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material.** São Paulo: Saraiva, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre. v. 18. n. 53. nov. 1991. p. 182-200.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Sundfeld, Carlos Ari (coord.); Nusdeo, Ana Maria de Oliveira (et al.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

O MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Renata da Silva Rodrigues[1]

Resumo: O presente trabalho pretende examinar o conteúdo da Lei Estadual n. 12.901/2008, que criou o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul. O exame do conteúdo do marco legal das OSCIPs no Rio Grande do Sul dá-se a partir do estabelecimento de paralelos com o seu paradigma legislativo, qual seja, a Lei Federal n. 9.790/99, e permite concluir que a legislação estadual avançou em diversos aspectos em relação ao seu paradigma, aprimorando o instituto das OSCIPs.
Palavras-chave: terceiro setor, organizações da sociedade civil de interesse público, Lei Estadual 12.901

Abstract: The present work aims to analyze the content of the State Statute n. 12.901/1998, which created the title of Civil Society Organization of Public Interest (OSCIP) in the realm of state government administration in Rio Grande do Sul. Content exam of such statute is made by tracing parallels regarding its legislative paradigm, the Federal Statute n. 9.790/1999, and shows that the state statute has advanced when compared to its paradigm, thus enhancing the OSCIP institution.
Keywords: third sector, civil society organization of public interest, State Statute n. 12.901.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As parcerias do Poder Público com o terceiro setor têm captado cada vez mais a atenção da sociedade civil, que observa a prestação

[1] Especialista em Direito Público pela UNIDERP/Anhanguera. Técnica Administrativa da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Informações de contato: Rua Antônio Tessera, 148/402 – Porto Alegre/RS
Telefones (51) 92463524 e 32761763. E-mail: renatarodrigues@prrs.mpf.gov.br

de atividades de relevância pública serem realizadas por entidades privadas, fomentadas com recursos públicos. Nesse contexto, é possível perceber a crescente preferência do Poder Público pela celebração de parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), entidades qualificadas com título jurídico inaugurado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei Federal n. 9.790/99.

Após sua criação no âmbito federal, passaram os Estados da Federação a regulamentar, por meio de leis próprias, a certificação das OSCIPs em âmbito estadual. Esse foi o caso do Estado do Rio Grande do Sul, que em 2008 editou a Lei Estadual n. 12.901 sobre o assunto.

Dada a popularização da parcerias com OSCIPs no Estado do Rio Grande do Sul, bem como a escassez de artigos científicos acerca do tema, pretende o presente trabalho examinar o conteúdo de tal instituto jurídico em âmbito estadual a fim de compreender seus requisitos e finalidades, verificando-se também eventuais inovações trazidas pela Lei Estadual n. 12.901/2008 em relação ao seu paradigma legislativo – a Lei Federal n. 9.790/99.

2 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPs) NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL – LEI N. 9.790/99

2.1 A Gênese e Conceito das OSCIPs

A Lei n. 9.790/1999, com as alterações promovidas pela Lei n. 10.539/2002 e pela Medida Provisória n. 2.216-37/2001, dispõe acerca da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como "organizações da sociedade civil de interesse público" (OSCIPs), no âmbito da Administração Federal. É, pois, o mais recente título jurídico previsto no ordenamento jurídico brasileiro a ser outorgado às organizações públicas não-estatais.

Em meio ao fortalecimento do terceiro setor no contexto da reforma gerencial operada no Brasil em 1995 (a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no governo Fernando

Henrique Cardoso), o título de OSCIP é criado em 1999 com a finalidade de dar continuidade à atividade de fomento de entidades de interesse público. O aludido título também é visto como um aprimoramento dos demais títulos outorgados a entidades do terceiro setor, possivelmente em razão dos mecanismos de avaliação e controle que estabelece, bem como pela facilidade dos trâmites para sua outorga.

Para Paulo Modesto, o título de organização da sociedade civil de interesse público é mais uma tentativa de se esvaziar, na prática, o título de utilidade pública e todas as impropriedades que o acompanham[2], incluídas aí a ausência de critérios capazes de diferenciar entidades de natureza coletiva daquelas de natureza efetivamente pública e o fato de que tal título não alcançava uma série de atividades de relevância pública.[3]

Fernando Borges Mânica sintetiza a inovação trazida pelo advento da Lei n. 9.790/99 pontuando que ela surgiu com o objetivo de transpor a inadequação da legislação disciplinadora das entidades do Terceiro Setor, em especial no que se refere às suas relações com o Poder Público.[4]

Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende salientam que a Lei n. 9.790/1999 é fruto do consenso de dezenas de organizações da sociedade civil, em parceria com o Governo Federal e o Congresso Nacional, intermediado pelo Conselho da Comunidade Solidária. O trabalho de construção de um Projeto de Lei teve início nas Rodadas de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária sobre o Marco Legal do Terceiro Setor, quando, por meio de consultas a uma centena de interlocutores, foram identificadas as principais dificuldades e apresentadas várias sugestões sobre como mudar e

---

2 MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 83, 1998.

3 MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil : do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor, empresas e Estado : novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 187.

4 MANICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil : do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor , empresas e Estado : novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 186.

inovar a atual legislação relativa às organizações da sociedade civil.[5]

A partir das discussões empreendidas nas Rodadas de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária, pôde-se extrair três objetivos a serem perseguidos pela legislação das OSCIPs:

> a) qualificar as organizações do Terceiro Setor por meio de critérios simples e transparentes, criando uma nova qualificação, qual seja, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público/OSCIP. Esta nova qualificação inclui as formas recentes de atuação das organizações da sociedade civil e exclui aquelas que não são de interesse público, que se voltam para um círculo restrito de sócios ou que estão (ou deveriam estar) abrigadas em outra legislação;
> b) incentivar a parceria entre as OSCIPs e o Estado, por meio do Termo de Parceria, um novo instrumento jurídico criado para promover o fomento e a gestão das relações de parceria, permitindo a negociação de objetivos e metas e também o monitoramento e a avaliação dos resultados alcançados;
> c) implementar mecanismos adequados de controle social e responsabilização das organizações com o objetivo de garantir que os recursos de origem estatal administrados pelas OSCIPs sejam, de fato, destinados a fins públicos.[6]

A Lei n. 9.790/1999 cria, assim, uma qualificação jurídica a ser outorgada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atendem integralmente os requisitos lá constantes. Ser uma OSCIP é, pois, uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Publico.

A qualificação de determinados entes públicos não-estatais como OSCIP coaduna-se, por certo, com os propósitos perseguidos por meio

[5] FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. 2. ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2001, p. 18.

[6] FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. 2. ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2001, p. 18.

da outorga de títulos jurídicos a entidades do terceiro setor.[7] A concessão do título afigura-se, assim, como verdadeira atividade de fomento, possibilitando à entidade qualificada receber determinados benefícios do Poder Público por meio da celebração de um termo de parceria.

Sobre a concessão do título de OSCIP, resume Luis Eduardo Regules Patrone que se trata de um título outorgado a organizações privadas que atuam em colaboração com o Poder Público, em desempenho de atividades em áreas cuja titularidade não seja estatal.[8] O caráter colaborativo das entidades já havia sido apontado por Diógenes Gasparini quando esclarece que as OSCIPs não integram a Administração Pública direta, nem a indireta, consistindo em entidades de colaboração.[9]

Ainda conforme Regules, o fomento às atividades desempenhadas pelas OSCIP dar-se-á apenas na forma de repasse de recursos públicos e bens móveis, não havendo previsão de destinação de bens imóveis como elemento de estímulo às atividades de relevância pública. Há, contudo, a previsão legal (art. 15 da Lei) de que parte dos recursos destinados à OSCIP possa ser utilizada para a aquisição de bem imóvel pela entidade qualificada, o que para Regules não se confunde com a cessão de bem imóvel público *per se*.[10]

---

[7] A outorga de título jurídico consiste em meio utilizado pela Administração para a concretização do vínculo de colaboração/parceria com entidades não-governamentais. Trata-se de um ato de reconhecimento estatal direcionado a certificar que determinadas iniciativas particulares são de interesse público. Para Paulo Modesto, são três os propósitos da outorga de títulos jurídicos a entidades do terceiro setor: "Em primeiro lugar, diferenciar as entidades qualificadas, beneficiadas com o título jurídico, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um regime jurídico específico. Em segundo lugar, a concessão do título permite padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas concessão, mas também suspensão e cancelamento." MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 77, 1998.

[8] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 140.

[9] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** São Paulo : Saraiva, 2010, p. 520.

[10] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 154.

2.2 Requisitos para Concessão do Título

Os requisitos para concessão do título de OSCIP dividem-se em requisitos relacionados aos objetivos sociais perseguidos pela entidade, à adequação do estatuto e a ausência de impedimentos previstos em Lei.

Com relação aos objetivos sociais a serem perseguidos, destaca-se a multiplicidade de atividades colacionadas no art. 3º da Lei n. 9.790/1999, o que diferencia substancialmente as OSCIPs das organizações sociais (Lei Federal n. 9.637/98) e das demais qualificações legais a serem atribuídas às entidades do terceiro setor. As primeiras possuem um objeto de suas atividades muito mais amplo do que as últimas, devendo desenvolver suas atividades em uma das seguintes áreas: (a) promoção da assistência social; (b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; (c) promoção gratuita da educação; (d) promoção gratuita da saúde; (e) promoção da segurança alimentar e nutricional; (f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; (g) promoção do voluntariado; (h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; (i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; (j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; (k) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; (l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Quanto às exigências legais concernentes ao estatuto da entidade que pleiteia a qualificação como organização da sociedade civil de interesse público, previstas no art. 4º da Lei, Luis Eduardo Patrone Regules destaca a preocupação do legislador no sentido de que as OSCIPs observem derrogações oriundas do direito público, tendo determinado como obrigatória a inclusão de normas que assegurem a obediência, por parte da entidade, aos princípios constitucionais da administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade

e eficiência.[11] Não se pode olvidar que um regime jurídico privado, parcialmente derrogado por normas de direito público, é característico das organizações públicas não-estatais.

Os incisos IV e V do art. 4º impõem que conste do estatuto da entidade candidata a previsão de transferência do patrimônio líquido a outra OSCIP no caso de dissolução da entidade, bem como a previsão de transferência do acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos, a outra OSCIP no caso de desqualificação da entidade. Em ambos os casos, a lei sugere que a transferência se dê a organização cujo objeto social seja o mesmo da extinta/desqualificada. Viabiliza-se, assim, a continuidade da atividade de fomento às entidades que se dedicam à prestação de serviços de relevância social, no caso em que uma delas reste desqualificada pelo Poder Público ou extinta.

Ainda sobre o estatuto, chama a atenção a redação do art. 4º, inciso VI, que afirma a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, no limite dos valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação. Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende observam que se trata da primeira qualificação institucional do terceiro setor a abrir a possibilidade de que os dirigentes da entidade sejam remunerados, e prosseguem para frisar que a opção pela remuneração impede que a entidade usufrua de certos incentivos fiscais, tais como a Declaração de Utilidade Pública e/ou o Certificado de Fins Filantrópicos e a isenção do Imposto de Renda.[12]

Os requisitos negativos, constantes do art. 2º da Lei n. 9.790/1999, são uma inovação no marco legal das entidades do terceiro setor, conforme aponta Paulo Modesto. Os requisitos mencionados definem as "candidatas negativas" ao título de organização da sociedade civil de interesse público, seja porque desempenham atividades que não condizem com aquelas que se definiu como de interesse público, seja porque a sua natureza autônoma

[11] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 107.

[12] FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. 2. ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2001, p. 32.

e independente não lhes autoriza a firmar parceria com o Poder Público.[13]

Ainda sobre os requisitos negativos, entende José Eduardo Sabo Paes que as entidades excluídas assim o foram por se tratarem de entidades vinculadas ao Poder Público ou a organismos estatais, a fim de impedir que sejam cooptados para a esfera governamental ou estatal a ação de determinadas instituições e organizações da sociedade civil.[14]

2.3 Da Concessão do Título

A concessão do título de organização da sociedade civil de interesse público não é discricionária; preenchidos os requisitos legais, inarredável a qualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público.[15] O ato de qualificação das organizações da sociedade civil de interesse público consiste, assim, em ato vinculado da Administração Pública.[16]. É o que se extrai da leitura do art. 1º, § 2º, e art. 6º, § 3º, ambos da Lei n. 9.790/1999.

Acerca do ato vinculado, tal qual se verifica no caso das OSCIPs, ponderam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez que a prática do ato vinculado reduz a atividade administrativa à constatação da ocorrência do fato previsto de maneira completa e exaustiva na lei e à aplicação da consequência jurídica lá prevista. Não dá margem a julgamentos subjetivos, ressalvada a inerente subjetividade presente no ato de constatar a hipótese

---

13 MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 83, 1998.

14 PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 77.

15 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 171; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 234. Para José Maria Pinheiro Madeira, a regra do art. 1º, §2º, da Lei n. 9.790/1999, não teria sido clara ao definir o ato de credenciamento como um ato vinculado, sem aprofundar-se, contudo, em sua crítica ao dispositivo. MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública centralizada e descentralizada**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 188.

16 Ao abordar o ato de qualificação de OSCIPs, Gina Copola define o ato vinculado como "aquele no qual o administrador deve agir objetiva e estritamente dentro dos limites a ele impostos, sem emitir nenhum juízo subjetivo sobre a conduta a ser adotada. Com todo efeito, os atos vinculados são sempre praticados mediante o único possível comportamento que a lei expressamente preceitua, e a lei estabelece requisitos imprescindíveis para sua realização. Em tais atos não existe nenhuma liberdade do administrador." COPOLA, Gina. **Desestatização e terceirização**. São Paulo: NDJ, 2006, p. 131-132.

de fato, para que se proceda à posterior aplicação da consequência jurídica cabível.[17]

Parece-nos acertada a decisão do legislador em definir a concessão do título de OSCIP em ato vinculado, uma vez que a vantagem que decorre diretamente da atribuição da qualificação legal em comento é a habilitação da entidade qualificada para a celebração de um termo de parceria com o Poder Público.[18] A celebração do aludido termo de parceria já é capaz de garantir à OSCIP o repasse de recursos públicos, benesse esta que exige que se afaste qualquer submissão a parâmetro que não o técnico na escolha da entidade a ser qualificada.

Se o ato de concessão do título fosse definido como discricionário, nada haveria de insólito em um cenário em que o agente público, por desvio de poder, negasse a qualidade de OSCIP a uma pessoa jurídica guiando-se apor uma finalidade estranha ao interesse público, como a de favorecer outrem ou prejudicar a entidade postulante, ou com a intenção de perseguir interesse estranho à norma. A vinculação ao critérios legais afasta tal possibilidade no caso das OSCIPs, evitando que restem violados princípios administrativos como a isonomia e a probidade administrativa quando da concessão (regular) do título.

A partir de tudo quanto já assinalado aqui, Francisco de Assis Alves conclui que, uma vez atendidos os requisitos previstos no art. 2º, 3º e 4º da Lei n. 9.790/1999, surge para a entidade candidata o direito subjetivo de exigir a concessão do título caso este lhe seja negado de forma injustificada.[19]

2.4 Termo de Parceria

O termo de parceria, instituído também pela Lei n. 9.790/1999, trata-se do "instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público

---

17 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 389.

18 BARBOSA, Maria Nazaré Lins. A experiência dos termos de parceria entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 496

19 ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, organizações sociais e agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e outras modalidades de prestação de serviços públicos**. São Paulo: LTR, 2000, p. 279/280.

e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º"[20] daquele diploma legal. É instrumento que apenas pode ser utilizado para o ajustamento de uma parceria entre o Poder Público e uma organização da sociedade civil de interesse público.

Conforme prevê o art. 10, § 1º, da Lei, a celebração do termo de parceria será precedida de consulta ao Conselho de Políticas Públicas das correspondentes áreas de atuação da entidade. Para José Eduardo Sabo Paes, tal consulta visa à escolha do parceiro mais adequado, do ponto de vista técnico e da relevância dos serviços de interesse público que oferta.[21]

Para os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, o termo de parceria é, essencialmente, um termo de cooperação, porquanto viabiliza o estabelecimento de um vínculo de cooperação entre seus signatários, para a realização de objetivos de interesse comum.[22] Também no sentido de que se trata de um acordo de cooperação está a lição de Diógenes Gasparini.[23]

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o termo de parceria forma um vínculo de colaboração, e não cooperação, uma vez que define esta como um ajuste entre entidades intraestatais ou paraestatais, ou entre ambas, mas não entre o Poder Público e entidades extraestatais.[24]

Cumpre ressaltar que outros títulos jurídicos a serem outorgados a organizações públicas não-estatais, como o de utilidade pública federal e o certificado de fins filantrópicos, não previam, em suas legislações, um instrumento cujos requisitos e procedimentos fossem tão simples quanto aqueles exigidos pelo termo de parceria.

---

20 Art. 9º da Lei n. 9.790/1999.

21 PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 96.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 269.

23 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** São Paulo : Saraiva, 2010, p. 521.

24 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 276.

A legislação anterior prevê o acesso a recursos públicos para a realização de projetos por meio da celebração de convênio, em um procedimento pouco flexível, que demanda a apresentação de uma série de documentos.[25] Ademais, o poder fiscalizatório do Estado, nesses casos, era reduzido, inexistindo a fixação de metas a serem cumpridas pela entidade fomentada.[26]

A própria exposição de motivos da Lei n. 9.790 já referia o termo de parceria como instrumento cuja criação se funda na necessidade de que a entidade qualificada possa receber o fomento estatal de forma ágil e desburocratizada, contrapondo-se aos contratos administrativos e aos convênios. [27]

A celebração de um termo de parceria com o Poder Público não é fim comum a todas as OSCIPs, uma vez que inexiste qualquer obrigatoriedade nesse sentido. Um termo de parceria deve, necessariamente, envolver uma organização da sociedade civil de interesse público como parte signatária, mas o Poder Público não está obrigado a firmá-lo com todas as entidades que qualificou como OSCIP.

2.4.1 Cláusulas Essenciais

Para que houvesse a garantia de que os recursos e bens públicos repassados às organizações da sociedade civil de interesse público por meio do termo de parceria seriam, de fato, utilizados para o atendimento de um fim público, o legislador impôs a exigência de que certas cláusulas essenciais constem do termo de parceria a ser firmado.

São cláusulas essenciais do termo de parceria, conforme estipulado no art. 10, § 2º, da Lei: (a) a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela OSCIP; (b) a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos

---

25 FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. 2. ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2001, p. 23.

26 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 279.

27 BRASIL. **Lei n. 9.790**: exposição de motivos. Brasília, 2007. Disponível em www.abrascip.org.br/conteudo.asp?cod=166 Acesso em: 31 julho 2011.

de execução ou cronograma; (c) a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; (d) a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; (e) a que estabelece as obrigações da OSCIP, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados; (f) a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a OSCIP, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira.

2.4.2 Da Celebração

O Decreto n. 7.568, editado em setembro de 2011, trouxe significativas mudanças nas exigências e procedimentos anteriores à celebração de termo de parceria com OSCIP. O aludido Decreto alterou a redação dos arts. 9º e 23 do Regulamento da Lei n. 9.790 (Decreto n. 3.100/99) e acresceu outros artigos (arts. 9-A, 31-A e 31-B). As modificações efetuadas parecem se tratar de um esforço do Poder Executivo para adequar a disciplina das OSCIPs às recomendações ofertadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão 1.777/2005 – Plenário.

Os art. 9º dispõe sobre exigências que devem ser cumpridas pela entidade contratante previamente à celebração do termo de parceria, e cujo cumprimento deve ser verificado pelo Poder Público. São elas: (a) certidão de regularidade expedida pelo Ministério da Justiça válida, (b) regular funcionamento (sem que tenha sido especificado no que consiste o regular funcionamento) e (c) o exercício pela OSCIP de atividades referentes à matéria objeto do

termo de parceria nos últimos três anos. Antes do Decreto n. 7.568, o artigo apenas mencionava a exigência de que fosse conferida o regular funcionamento da entidade, sem que fossem indicados outros critérios a serem observados.

Conforme o art. 31-B, o último requisito é dispensado nos casos de termos de parcerias firmados pelo Ministério da Saúde voltados ao fomento e à realização de serviços de saúde integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), o que não parece compreensível sob a ótica da relevância do serviço em questão. A exigëncia de exercício prévio, até então ausente no Regulamento, visa a impedir a constituição de entidades *ad hoc*, criadas com o fim único de celebrar termo de parceria, e confere garantia relativa de que a contratada dispõe da experiência e credibilidade necessária para ser parceira do Poder Público. Não se vislumbra, de pronto, qualquer fundamento para a escolha do Poder Executivo de afastar a comprovação de exercício da atividade nos casos dos serviços de saúde do SUS, a menos que se interprete que a comprovação de atividade afastaria, por exemplo, entidades que não haviam até o momento prestado serviços de saúde na rede pública de saúde, apenas à rede privada.

O art. 9º-A, por sua vez, acrescenta vedações à celebração de termo de parceria, até então inexistentes. Veda-se, assim, a escolha de entidade que, em relações anteriores com a União, incorreu em pelo menos uma das seguintes condutas: (a) omissão no dever de prestar contas; (b) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; (c) desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos; (d) ocorrência de dano ao Erário; ou (e) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

No que concerne à escolha da entidade com a qual se celebrará o termo de parceria, tem-se que a Lei n. 9.790/99 não possui disposição específica sobre o assunto, podendo apenas se extrair dela que o termo de parceria será celebrado com entidade já qualificada como OSCIP. Destarte, inexiste na Lei em comento a previsão expressa de que será exigido procedimento licitatório prévio à celebração do termo de parceria.

Contudo, é possível vislumbrar pontos críticos envolvendo

tal liberdade de escolha. Havendo uma pluralidade de sujeitos concorrendo pela celebração de um termo de parceria, que lhes garantirá vantagens outorgadas pelo Poder Público, poder-se-ia cogitar que a inexigência de procedimento licitatório prévio viola o princípio da isonomia, uma vez que ausente um procedimento que possa garantir a observância aos princípios constitucionais correlatos.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha compartilha da crítica supra, concluindo pela obrigatoriedade de procedimento licitatório prévio à escolha da OSCIP para a celebração de termo de parceria, referindo que só assim estar-se-á observando aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade. Refere, ademais, que a exigência contida no art. 4º, inciso I, reforça tal entendimento, uma vez que não há como dispensar tais entidades da obrigatoriedade de se submeterem a procedimento licitatório para celebrarem, com o Poder Público, termo de parceria.[28]

Nesse mesmo sentido se posiciona José Anacleto Abduch dos Santos. Embora reconheça não se estar diante de contrato administrativo típico, uma vez que os deveres assumidos importam o desempenho de prestações em benefício da sociedade, entende José Anacleto que se só há falar em dispensa/inexigibilidade de licitação caso a hipótese se adeque a alguma das previsões legais da Lei n. 8.666/93. Conclui, assim, que quanto à escolha das entidades do terceiro setor pela Administração Pública, para com elas firmar termo de parceria, deve prevalecer a regra geral contida no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que obriga a licitar, salvo hipótese de dispensa ou de inexigibilidade.[29]

Marçal Justen Filho também conclui pela necessidade de realização de licitação para escolha da OSCIP com a qual se celebrará termo de parceria. Para o mestre, a escolha de uma OSCIP sem prévio procedimento licitatório abriria as portas para

---

[28] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91/92.

[29] ANACLETO, José Anacleto Abduch. Licitação e terceiro setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor , empresas e Estado : novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 297/298.

a fraude e representaria a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade da licitação.[30]

Contudo, Justen Filho pondera que, caso o termo de parceria finde por consistir em verdadeiro convênio – assim compreendido um instrumento em que duas ou mais parte obrigam-se a conjugar esforços e recursos para desempenhar determinada atividade de interesse coletivo –, inexistindo uma pluralidade de particulares em situação equivalente, cada qual propondo soluções distintas e excludentes para a utilização dos recursos, caberia a incidência do art. 4º do Decreto Federal n. 6.170/2007[31] ("Art. 4o A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.").

Embora contundentes as críticas à ausência de previsão de licitação obrigatória para a escolha de OSCIP, o mesmo TCU já entendeu, no Acórdão n. 1.777/2005 – Plenário, que a natureza do termo de parceria desautoriza a aplicação da Lei n. 8.666/93 quando de sua celebração. Em seu voto, o relator afirma que o termo de parceria se destina à obtenção de colaboração entre o Poder Público e a entidade parceira e se afasta do conceito de contrato administrativo porquanto a utilização dos recursos repassados fica vinculada ao fim ajustado no termo, e não se incorpora ao patrimônio da entidade. Conclui, ao final, que o termo de parceria se aproxima da natureza jurídica de um convênio e, assim, estaria dispensado de procedimento licitatório prévio.

2.4.2.1 Concurso de Projetos

Até setembro de 2011, o Decreto regulamentador da Lei n. 9.790 (Decreto n. 3.100/99) previa, em seu art. 23, a possibilidade de que fosse instaurado, pelo Poder Público, um processo de seleção

30 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo : Dialética, p. 40/41.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo : Dialética, p. 41.

por concurso ("concurso de projetos"), com a devida publicação de edital, tendo por finalidade a escolha de uma organização da sociedade civil de interesse público para a celebração de termo de parceria.

A partir da edição do Decreto n. 7.568/2011, o que antes era uma faculdade do Poder Público tornou-se uma obrigatoriedade. Atualmente, por força da alteração operada no art. 23 do Regulamento, a escolha da OSCIP para celebração de termo de parceria deve ser necessariamente precedida da realização de concurso de projetos pelo órgão estatal parceiro.

O TCU, na Decisão n. 311/1999, já havia recomendado a alteração do art. 23 do Decreto n. 3.100/99 para que o procedimento de seleção pública mencionado supra fosse obrigatoriamente adotado nos casos em que os valores repassados por meio do termo de parceria atinjam determinada quantia, a ser estabelecida com base na relação de custo-benefício para as entidades participarem do concurso. Inegável, contudo, que tal solução provida pelo Tribunal esbarraria na dificuldade do Poder Público em criar um critério objetivo para a realização ou não do concurso, uma vez que cada cenário de celebração de termo de parceria possui inúmeras circunstâncias que lhe tornam peculiar.

Por sua vez, no Acórdão n. 1.777/2005 – Plenário, determinou o TCU ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência, em seu item 9.4, que avaliassem a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigasse a aplicação do critério de seleção de via concurso de projetos a toda e qualquer situação, o que efetivamente ocorreu com a edição do Decreto n. 7.568/2011.

As propostas feitas pelas OSCIPs por conta do concurso são avaliadas por uma comissão julgadora, designada pelo órgão estatal parceiro, composta, no mínimo, por um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência, quando houver. O trabalho da comissão não será remunerado. (art. 30, *caput* e § 1º).

Uma vez instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar termo de parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado, nos termos do parágrafo único

do art. 23. Prestigia-se, assim, a seleção em aberto, evitando uma mudança superveniente de entendimento por parte da Administração.

A seleção e o julgamento dos projetos devem se utilizar dos critérios veiculados no art. 27 da Lei, quais sejam, (a) o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado; (b) a capacidade técnica e operacional da candidata; (c) a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados; (d) o ajustamento da proposta às especificações técnicas; (e) a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; e (f) a análise dos documentos referidos no art. 11, § 2o (referente à prestação de contas). O Regulamento traz ainda, no seu art. 28, critérios que são inaceitáveis como critério de seleção: (a) o local do domicílio da OSCIP ou a exigência de experiência de trabalho da organização no local de domicílio do órgão parceiro estatal; (b) a obrigatoriedade de consórcio ou associação com entidades sediadas na localidade onde deverá ser celebrado o termo de parceria; (c) o volume de contrapartida ou qualquer outro benefício oferecido pela OSCIP.

Conforme mencionado supra, o Decreto refere a forma de seleção da OSCIP por meio de "concurso de projetos", entendendo-se, *a priori*, consistir na adoção da modalidade de concurso prevista no art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93. Contudo, o objeto do termo de parceria, qual seja, a prestação de serviço de relevância pública por parte de entidade do terceiro setor, não parece se coadunar com a finalidade do concurso previsto na Lei n. 8.666. Afinal, não se pretende com o certame apenas a obtenção do melhor projeto, mas também a execução do projeto, com repasse de recursos públicos.

Na modalidade de concurso criada pela Lei n. 8.666, há o interesse da Administração em selecionar trabalho técnico ou artístico, vinculado a habilidades personalíssimas. Nesse caso, a premiação funciona como fator de incentivo aos possíveis interessados em participar do concurso.[32] Não se aproxima, pois, da finalidade da seleção aludida no Decreto n. 3.100, uma vez que visa a estabelecer vínculo (continuativo) de parceria com determinada OSCIP.

[32] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo : Dialética, p. 270.

Dúvidas à parte a respeito da verdadeira natureza do concurso previsto no Regulamento, fato é que inexiste consenso até mesmo a respeito da exigibilidade ou não de que o concurso previsto no Decreto deva consistir em verdadeiro procedimento licitatório, conforme já apontado no tópico anterior.

A obrigatoriedade de realização de seleção pública é afastada por força das exceções constantes do § 2º do art. 23, quais sejam, (a) nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de Termo de Parceria pelo prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; (b) para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou (c) nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do Termo de Parceria já seja realizado adequadamente com a mesma entidade há pelo menos 5 anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

O Regulamento ainda afasta a necessidade de seleção pública previamente à celebração de termos de parceria firmados pelo Ministério da Saúde voltados ao fomento e à realização de serviços de saúde integrantes do SUS, permanecendo nesse caso a possibilidade do gestor de escolher livremente com quem celebrará termo de parceria (art. 31-B).

A distinção operada pode ser compreendida pela relevância da atividade de prestação de serviços de saúde vinculada ao SUS; contudo, não parece ser possível concluir, como decorrência lógica, que devido à relevância da atividade em questão seja necessária a dispensa de realização de seleção pública. Ao afastar a obrigatoriedade de concurso de projetos nos casos de prestadores do SUS, o Poder Executivo federal impede a concorrência e abre a possibilidade para que as distorções por vezes associadas a tal liberdade de escolha ocorram no processo de escolha da parceira.

2.4.3 Da Prestação de Contas

A Lei n. 9.790 veicula, em dois momentos distintos, o dever de prestação de contas pela OSCIP. No art. 4º, inciso VII, alíneas "c" e "d",

há a prestação de contas referente à comprovação da correta aplicação de todos os recursos repassados à OSCIP, e que deve estar prevista no estatuto. No art. 10, § 2º, inciso V, há a prestação de contas referente ao correto adimplemento do objeto do termo de parceria, e que será abordada nesse tópico.

A prestação de contas relativa à execução do termo de parceria será apresentada ao final de cada exercício financeiro, e deve conter, por força do art. 12 do Decreto regulamentador: (a) relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; (b) demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; (c) parecer e relatório de auditoria, nos casos aplicáveis; (d) entrega do extrato da execução física e financeira.

Quanto ao parecer e relatório de auditoria, o art. 19 exige sua apresentação nos termos de parceria que prevejam o repasse de quantia igual ou superior a R$ 600.000,00, inclusive no caso da assinatura concomitante de termos que, somados, atinjam tal valor. A auditoria deverá ser conduzida por auditores independentes, pessoa física ou jurídica, habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade.

Quanto ao extrato da execução física e financeira, este deverá ser preenchido pela OSCIP e publicado na imprensa oficial da área de abrangência do projeto, no prazo máximo de 60 dias após o término de cada exercício financeiro (art. 19 do Decreto).

2.4.4 Do Controle e Avaliação

Luis Eduardo Regules aponta a existência de duas espécies de controle no tocante à atividade de fomento financiada por meio do termo de parceria celebrado com uma OSCIP – o controle interno e o externo. O primeiro é aquele que decorre da produção de provimentos consultivos e decisórios pela própria Administração Pública, enquanto o segundo é exercido fora da esfera da Administração, no âmbito do Tribunal de Contas da União, e pode ser suscitado por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (Art. 75, § 2º, da Constituição Federal).[33]

[33] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 169.

Prossegue Regules para afirmar que o controle interno se materializa pela prévia consulta aos Conselhos de Políticas Públicas (art. 10, § 1º), pela fiscalização e acompanhamento da execução do termo pelos referidos Conselhos (art. 11, *caput*), pela análise dos resultados alcançados pela comissão de avaliação (composta por dois membros do Poder Executivo, um da OSCIP e um membro indicado pelo Conselho de Políticas Públicas, conforme disposto no art. 11, §§ 1º e 2º c/c art. 20, *caput*, do Decreto n. 3.100) e pelos mecanismos de controle social que lhe forem aplicáveis (direito à certidão, ação popular, entre outros).[34]

O artigo 12 da Lei ainda impõe que os responsáveis legais pela fiscalização do termo de parceria – o controle interno – devem, ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou malversação de recursos pela OSCIP, dar imediata ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. O artigo 13 prevê, ainda, a possibilidade de representação ao Ministério Público e Advocacia-Geral da União para que seja requerida a indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro de bens de seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao erário.

2.5 Da Perda da Qualificação

O art. 7º da Lei prevê a perda da qualificação de OSCIP a pedido ou mediante decisão proferida em procedimento administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, assegurado em ambos os casos a ampla defesa e o devido contraditório.

O art. 8º da Lei, por sua vez, faculta a qualquer cidadão requerer, judicialmente ou administrativamente, a perda da qualificação, quando amparado por fundadas evidências de erro ou fraude.

Com exceção da hipótese do art. 8º (erro ou fraude), deixa o legislador de apontar com exatidão quais as infrações são

[34] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 170.

consideradas graves o suficiente para ensejar a desqualificação da entidade. Para Regules, contudo, "o vazio de regramento nesta seara não é suficiente para impedir que a perda de qualificação das OSCIPs seja pautada dentro dos parâmetros de objetividade e segurança para os interessados"[35].

O Decreto n. 3.100 também prevê, em seu artigo 5º, que a alteração da finalidade ou do regime de funcionamento da OSCIP não comunicada ao Ministério da Justiça com a devida justificativa poderá ensejar o cancelamento da qualificação.

Parece-nos também que o não atendimento superveniente aos requisitos necessários para a concessão do título, já abordados neste estudo, deva ensejar a desqualificação da entidade, uma vez que desnatura o título jurídico outorgado. A Lei, contudo, nada refere a respeito.

Acerca das hipóteses de desqualificação, pondera Sílvio Luís Ferreira da Rocha que a autoridade administrativa deve motivar o ato de desqualificação, apontando as obrigações assumidas pela entidade que foram descumpridas, o fundamento legal que a autoriza a desqualificar a entidade e a relação de adequação entre as obrigações não cumpridas e a sanção da desqualificação.[36]

3 MARCO LEGAL DAS OSCIPS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

3.1 Histórico

A partir da edição da Lei n. 9.790/99, que criou o título de OSCIP no âmbito da administração pública federal, Estados e Municípios da Federação brasileira passaram a editar suas próprias leis acerca do tema, no intuito de também se valerem das vantagens associadas à atividade de fomento de entidades do terceiro setor como as OSCIP para o desenvolvimento de atividades de interesse público. Embora possa se afirmar que as legislações estaduais e

[35] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 151.

[36] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 88

municipais têm a Lei n. 9.790/99 como norte a ser observado, nota-se que a qualificação de OSCIP no âmbito estadual e municipal tem sido dotada de novos atributos não observados na legislação federal paradigmática.

Acerca da criação do título de OSCIP no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, Leandro Heitich Fontoura contextualiza seu surgimento com a eleição da governadora Yeda Crusius em 2006, cujo plano de governo vinculava-se à dita Nova Gestão Pública, com uma plataforma focada no ajuste fiscal e de compactação da máquina estatal. Para Fontoura, o ideal de transferência dos serviços públicos não exclusivos do Estado para entidades não estatais, vinculado à Nova Gestão Pública, impulsionou a criação do título no âmbito da Administração Pública Estadual.[37]

A proposição de criação do marco legal das OSCIPs no Rio Grande do Sul foi apresentada pelo Governo do Estado em outubro de 2007, por meio do Projeto de Lei n. 399/2007. Na justificativa vinculada ao Projeto de Lei, consta a intenção do Governo de fortalecer as parcerias com o terceiro setor, bem como elenca as inspirações para a criação do marco legal em comento:

> As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não representam uma nova figura jurídica, pois estão inseridas no marco legal vigente, sob a forma de associações civis sem fins lucrativos ou fundações. A referência legal para o instrumento em tela, que está proposto ao Legislativo gaúcho, ancora-se em diversos outros instrumentos legais, tanto federais quanto estaduais, como a Lei Federal no 9.637/98, a Lei Federal no 9.790/99, a Lei Estadual no 8.46/98 (do Estado de São Paulo) e a Lei Estadual no 14.870/2003 (Estado de Minas Gerais). Esse arcabouço jurídico tem permitido a modernização institucional do setor público brasileiro. A inovação centra-se na qualificação, de entidades não-governamentais como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, o que lhes habilita receber recursos financeiros e administrar bens e equipamentos do

[37] FONTOURA, Leandro Heitich. **A influência de atores não estatais na formulação da lei das OSCIPs no Rio Grande do Sul:** um estudo a partir da teoria das redes de políticas públicas . Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 02/03/2010, p. 71

> Estado, mediante a celebração de Termo de Parceria, no qual são acordadas metas de desempenho que visam assegurar a qualidade e a efetividade dos serviços prestados. [38]

O Projeto de Lei foi aprovado, tendo se materializado na Lei Estadual n. 12.901, de 11 de janeiro de 2008. Em 13 de março de 2008, o Poder Executivo Estadual editou o Decreto n. 45.541, que regulamenta a referida Lei.

Então Secretário de Estado da Justiça e do Desenvolvimento Social no Governo Yeda, Fernando Schüler esclarece que as OSCIPs, tais quais disciplinadas pelo marco legal criado, "não importam em alienação do patrimônio público, mas na contratualização da gestão do serviço público não exclusivo do Estado"[39].

Inegável que diversos aspectos da Lei Federal n. 9.790/99 foram repisados na Lei Estadual n. 12.901/2008, subsistindo especialmente a ideia central do título, qual seja, a celebração de parcerias com entidades do terceiro setor para o desenvolvimento de atividades de relevância pública cujo desempenho não cabe exclusivamente ao Poder Público. Contudo, a Lei Estadual inova em determinados pontos, veiculando disposições simplesmente não previstas na Lei Federal n. 9.9790/99 e, ao fim, aprimorando o instituto das OSCIPs.

3.2 Requisitos para Concessão do Título

Além da exigência de atendimento a requisitos relacionados aos objetivos sociais perseguidos pela entidade, à adequação do estatuto e à ausência de impedimentos, a Lei n. 12.901/2008 impõe que a entidade seja constituída há pelo menos dois anos, em uma provável tentativa de afastar entidades cujas operações não estejam consolidadas, consistindo-se tal exigência em verdadeiro requisito técnico. Afasta, ademais, eventuais entidades *ad hoc*, criadas especificamente para a celebração de um termo de parceria.

---

[38] RIO GRANDE DO SUL. **Projeto de lei n. 399/2007**: justificativa. Porto Alegre, 2007.

[39] SCHÜLER, Fernando Luís. Depoimento [15 de setembro, 2009]. Porto Alegre : **A influência de atores não estatais na formulação da lei das OSCIPs no Rio Grande do Sul:** um estudo a partir da teoria das redes de políticas públicas. Entrevista concedida a Leandro Heitich Fontoura.

Quanto aos objetivos a serem promovidos pela entidade, a Lei n. 12.901 repete o rol criado pela Lei n. 9.790, acrescentando, contudo, a gestão de recursos hídricos e de fomento ao esporte. Em ambos, verifica-se como observado o ideal de transferência de serviços não exclusivos à sociedade civil, não consistindo tais objetivos em serviços exclusivos do Estado.

No que toca à adequação do estatuto, novamente a Lei n. 12.901 repete essencialmente o rol trazido pela Lei n. 9.790, mas inovando em dois aspectos importantes. No inciso IV do art. 3º, a Lei prevê que o estatuto deve prever a transferência, em caso de dissolução da entidade, do seu patrimônio líquido a outra OSCIP (preferencialmente com o mesmo objeto social da extinta) ou, na falta de OSCIP, ao Estado. Essa parte final consiste em novidade, já que possibilita que o patrimônio líquido da OSCIP extinta seja transferido ao Estado, e não a uma OSCIP similar.

O inciso V, por sua vez, prevê, no caso de desqualificação ou rescisão do termo de parceria, a transferência do acervo patrimonial disponível da OSCIP adquirido com repasses público a outra OSCIP, ou ao Estado. A possibilidade de transferência ao Estado também constitui, nesse caso, novidade. O § 3º do art. 3º condiciona tal transferência a autorização estatal.

É difícil compreender com exatidão o quanto pretendido pelo legislador quando prevê a possibilidade transferência de patrimônio da OSCIP ao Estado. Nos casos da Lei n. 9.790, compreende-se o intuito de transferir a outra OSCIP como forma de garantir a continuidade do desempenho das atividades de interesse público; a transferência ao Estado, por outro lado, não parece possuir o mesmo ânimo, uma vez que significaria incumbir o Estado de retomar o desempenho de tais atividades por si mesmo.

Parece-nos que a finalidade pretendida pelo legislador é o repasse do patrimônio ao Estado como forma de garantir que serão repassados novamente a outra OSCIP no futuro, evitando que, caso inexistam OSCIPs aptas a receber tais repasses no momento, a OSCIP extinta ou desqualificada seja dispensada da necessidade de transferir o seu patrimônio. Poder-se-ia cogitar também que, no caso específico de desqualificação/rescisão, a transferência do

patrimônio adquirido com recursos públicos possa servir como ressarcimento ao erário.

Outra disposição que deverá constar do estatuto é a possibilidade de instituir remuneração para os seus dirigentes, ressalvando-se, contudo, que a remuneração deverá respeitar não só os valores praticados pelo mercado (tal qual previsto no paradigma legislativo), mas também os salários e pisos mínimos das respectivas categorias profissionais, na região correspondente a sua área de atuação. Institui, assim, novo critério a ser observado no caso de opção pelo pagamento de remuneração aos dirigentes da OSCIP.

A Lei n. 12.901 também inova ao exigir que o estatuto da entidade candidata inclua as seguintes previsões: (a) finalidade não lucrativa da entidade, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades, vedada a distribuição, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores ou doadores, de eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades; (b) atribuições da diretoria ou do diretor; (c) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; (d) natureza social dos objetivos da entidade relativos à respectiva área de atuação (incisos VIII-XI, art. 3º).

O art. 3º, § 2º, veda a parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau do Governador ou do Vice-Governador do Estado, de Secretário de Estado, de Senador ou de Deputado Federal ou Estadual atuar como conselheiro ou dirigente de OSCIP, evitando, assim, quaisquer atentados aos princípios da moralidade administrativa por atos de nepotismo. Tal vedação, não prevista na Lei Federal, assegura que a parceria celebrada com o Poder Público não incorrerá em favorecimentos por conta dos aludidos parentescos.

3.3 Da Concessão do Título

Pela Lei Estadual n. 12.901, a concessão do título também

é ato vinculado, conforme se extrai de sua redação. Verificado o atendimento aos requisitos legais, o requerimento deverá ser deferido.

A inovação fica por conta da fixação de prazo de validade da qualificação. Conforme prevê o art. 6º, § 2º, do Decreto n. 45.541, o certificado de qualificação como OSCIP será de três anos. Ao final do período, a entidade deverá comprovar que mantém a condição de OSCIP, mediante nova apresentação dos documentos exigidos quando da protocolização do requerimento administrativo [40]

Entendemos que a decisão de atribuir à qualificação um prazo de validade reforça o controle das OSCIPs, uma vez que coexiste com a avaliação e fiscalização do termo de parceria e com o controle interno e externo ao qual se submete. Assim, além de ter que se submeter aos mecanismos de controle e fiscalização usuais, a OSCIP ainda deverá comprovar, a cada três anos, que ostenta as qualidades para manter-se como entidade qualificada.

Salutar a previsão de tal período de validade como forma de evitar que, pelo decurso do prazo, uma OSCIP deixe de atender a um dos inúmeros requisitos que lhe são exigíveis. Em verdade, estranha-se que a Lei Federal n. 9.790 nada diga a respeito da necessidade de comprovar periodicamente a regularidade da OSCIP, atribuindo somente aos órgãos de controle a obrigação de verificar a regularidade do título.

3.4 Termo de Parceria

Enquanto a Lei Federal n. 9.790 prevê tão somente a destinação de recursos orçamentários para a execução do termo de parceria, o marco legal das OSCIPs no Estado do Rio Grande do Sul prevê também a destinação eventual de bens públicos, mediante permissão de uso, à OSCIP.

Luís Eduardo Regules Patrone, ao examinar a Lei Federal n. 9.790, já vinha salientando o acerto do legislador ao deixar

[40] Art. 2º do Decreto n. 45.541.

de prever o repasse de bens públicos à OSCIP.[41] Tais elogios se justificam especialmente porque título anterior à OSCIP, a qualificação de Organização Social (Lei Federal n. 9.637/1998), prevê o repasse de recursos financeiros, bens públicos e até mesmo a cessão de servidores por conta da celebração de contrato de gestão, o que para Regules consubstancia ausência de zelo com o patrimônio público, uma vez que tais cessões se dariam sem maior controle e garantia de proteção do patrimônio cedido.

Inegável que a problemática principal envolvendo a cessão de bens públicos se trata justamente do controle e fiscalização do uso de tais bens, a fim de que não pereçam nas mãos do particular. Por outro lado, a prestação de serviço de relevância pública pela OSCIP pode se beneficiar, e muito, da cessão de tais bens; suponha-se, por exemplo, a existência de espaço público ocioso, capaz de abrigar as atividades de determinada OSCIP. Nesse caso, ceder o bem público em questão à OSCIP significaria uma diminuição no repasse financeiro necessário para a execução do termo de parceria, uma vez que a OSCIP não poderá contabilizar o gasto com instalações, já que cedidas pelo Poder Público. Significa, ademais, uma racionalização do gasto público, dando-se destinação útil a bem ocioso.

O marco legal das OSCIPs no Estado do Rio Grande do Sul inova também ao prever, em seu art. 15, que o termo de parceria não terá prazo de vigência superior a 60 meses. A exigência de um prazo de vigência força a realização de procedimento licitatório pelo menos a cada 60 meses, o que garante a possibilidade de outras OSCIPS concorrerem pela celebração de termo de parceria que envolva a prestação continuada de determinado serviço. Por outro lado, a limitação temporal da vigência do termo de parceria pode ser considerada prejudicial porque retira a continuidade das atividades da OSCIP, podendo incluir ensejar aumento de gastos associados à parceria estabelecida.

A Lei Estadual n. 12.901, em seu art. 14, traz também novidade referente às causas de rescisão do termo de parceria,

[41] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 155

prevendo rol de situações que autorizam o Poder Público a desfazer a parceria pactuada. A legislação paradigmática não prevê, de forma expressa, hipóteses ensejadoras de rescisão, apenas podendo se concluir que casos como fraude ou malversação deverão significar a rescisão do termo de parceria.

A existência de previsão legal de hipóteses ensejadoras de rescisão do termo de parceria traz maior segurança jurídica para a OSCIP e também se constitui em garantia para o Poder Público, que poderá rescindir o termo se quaisquer uma das irregularidades ali elencadas se verificar.

O art. 14 traz não só hipóteses relativas ao inadimplemento e malversação, mas também impõe a manutenção da regularidade fiscal e trabalhista da entidade, bem como o pagamento de salário não inferior ao mínimo a seus funcionários.

Além da consulta prévia à Secretaria de Estado diretamente envolvida (art. 21, I, do Decreto n. 45.541) – em evidente paralelismo à previsão de consulta prévia constante da Lei Federal n. 9.790 –, a Lei Estadual n. 9.790 prevê que deve a OSCIP, previamente à celebração do termo de parceria, comprovar regularidade fiscal com as Fazendas Federal, Estadual, e Municipal, INSS e FGTS mediante a apresentação das respectivas certidões negativas e do preenchimento das condições necessárias para o exercício das atividades que constituem o seu objeto social, bem como de relatório circunstanciado das atividades sociais desempenhadas pela entidade no exercício imediatamente anterior à apresentação da proposta do termo de parceria.

Tal previsão, não constante da legislação federal, garante a idoneidade da OSCIP com a qual se celebrará o termo de parceria, ao tempo que representa pequeno ônus à OSCIP no que diz respeito à necessidade de apresentação de tais documentações. Evita, ademais, a celebração de termo com entidades que não logrem comprovar exercício prévio na atividade que afirmam desempenhar.

3.4.1 Cláusulas Essenciais

Embora repise, quase que integralmente, as disposições constantes do art. 10, § 2º, da Lei Federal n. 9.790, o art. 9º da

Lei Estadual n. 12.901 acrescenta novas cláusulas essenciais ao termo de parceria a ser firmado no âmbito da Administração Pública do Rio Grande do Sul.

Primeiramente, impõe, em seu inciso IV, que os indicadores de resultados a serem utilizados na avaliação da execução do termo devem contemplar indicadores de avaliação por parte dos usuários do serviços prestados pela OSCIP. Embora simplória, a previsão de avaliação pelos usuários se constitui em excepcional meio de controle social da execução do contrato. Busca-se, dessa forma, atrelar a satisfação da população – destinatária final dos serviços prestados pela OSCIP – ao adimplemento ou não do termo, o que certamente será decisivo na qualidade dos serviços ofertados pela OSCIP.

O inciso VIII, por sua vez, impõe a previsão de rescisão nos casos de infração aos dispositivos legais já abordados, bem como a possibilidade de se estipular outros casos que devam ensejar a rescisão contratual.

3.4.2 Da Obrigatoriedade da Realização de Seleção Pública

Talvez a maior inovação da Lei Estadual n. 12.901 tenha sido a obrigatoriedade de que a celebração do termo de parceria seja precedida de processo de seleção pública para escolha da entidade qualificará com a qual será firmado o termo (art. 10, § 1º). Diferentemente da Lei Federal n. 9.790, que apenas facultava a realização de tal seleção até a recente edição do Decreto nº 7.568/2011, o marco legal das OSCIPs no Rio Grande do Sul impõe a realização de certame desde o início de sua vigência.

Fernando Schüler salienta o ineditismo da imposição de seleção pública para escolha das OSCIPs, fundamentando-a no intuito de evitar riscos de patrimonialização do sistema de contratualização. Para Schüler, não há sentido em substituir um modelo de Estado abrangente e tentacular por um modelo em que é dado aos Governos liberdade total de escolher quais OSCIPs terão a prerrogativa de gerenciar determinado serviço de relevância pública.[42]

---

42 SCHÜLER, Fernando Luís. Do welfare state ao Estado-agência. In: ZOTTIS, Alexandra Marcela; RUSSO, Denise; ARAUJO, Margarete Panerai (Orgs.). **Sustentabilidade**: uma abordagem social. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2009, p. 31/32.

O procedimento de escolha se inicia com a publicação em Diário Oficial de aviso contendo resumo do processo seletivo. Para repasses totais de até R$ 500.000,00, o prazo mínimo entre o aviso e o recebimento das propostas é de 15 dias, dobrando no caso de repasses superiores a R$ 500.000,00. (art. 10, § 2º)

À Procuradoria-Geral de Justiça e à Procuradoria-Geral do Estado é facultado indicar representantes para acompanhar a seleção da OSCIP, prestigiando-se, assim, o controle externo do certame. (art. 12, parágrafo único, do Decreto).

O edital de seleção pública deverá conter, necessariamente, (a) especificação técnica do objeto do Termo de Parceria; (b) prazos, condições, forma e local de apresentação das propostas; (c) critérios de seleção e julgamento das propostas; (d) prazo de vigência do Termo de Parceria (limitado a 60 meses, como já visto); (e) pontuação pertinente a cada item da proposta ou projeto; (f) valor máximo a ser desembolsado, quando for o caso. (art. 13 do Decreto)

Como condição de participação no certame, o Regulamento impõe a apresentação de projeto técnico detalhado, bem como a comprovação de sua regularidade jurídica e fiscal.

O processo seletivo será conduzido por comissão julgadora composta por dois profissionais de notória especialização e conhecimento sobre o assunto, dois representantes da Secretaria a qual está vinculada a execução do objeto do Termo de Parceria, e um representante da Secretaria do Planejamento e Gestão. Os representantes de Secretaria são todos indicados pelo titular da pasta e não há previsão de remuneração da comissão julgadora (art. 16 do Decreto).

As propostas serão classificadas de acordo com os critérios contidos no Edital, devendo ser levado em conta (a) a adequação da proposta ao edital e (b) a capacidade técnica e operacional da entidade participante, considerando suas condições efetivas de execução sustentável dos serviços objeto do termo de parceria. (art. 15 do Decreto) Tais quesitos previstos no Regulamento abrem margem para uma valoração subjetiva, ocorrência esta já observada

por Luciano Ferraz[43] e que, *a priori*, não é capaz de configurar vício no procedimento adotado, desde que observados os princípios da impessoalidade e moralidade.

Diferentemente do Regulamento das OSCIPs no âmbito federal, o Decreto n. 45.541 não traz vedação da adoção de determinados critérios de seleção, classificação ou de pontuação.

Acerca da natureza jurídica do procedimento adotado, a Lei Estadual parece esbarrar em problemática similar àquela enfrentada pelo seu paradigma legislativo. Isso porque a Lei Estadual nem alude a qualquer modalidade licitatória, apenas definindo-a como "seleção pública", verdadeira modalidade *sui generis*, sem previsão na Lei n. 8.666. O Regulamento se encarrega de disciplinar tal modalidade, fixando-lhe prazos, critérios, aplicação e recurso.

Ao tratar da escolha de impor a realização de seleção pública previamente à celebração de termo de parceria, Fernando Schüler esclarece:

> o objetivo foi criar um modelo de seleção completamente distinto da Lei 8.666, por uma razão bastante clara: o objetivo da seleção pública, na lei das Oscips, é selecionar uma organização gestora do serviço, e não contratar um serviço determinado. O foco é selecionar, por critério de mérito (currículo, capacidade gerencial, capacidade inovadora - critérios que são dispostos no edital e a partir dos quais é gerada uma pontuação), uma organização que se presume terá uma relação de parceria com o Estado por muitos anos (a lei limita a 5 anos o termo de parceria, o que na minha visão é um prazo muito curto). Como o termo de parceria pode (e deve), ser ajustado e aprimorado quando necessário, ao longo dos anos, seria artificial imaginar que se estaria contratando um serviço. O que de fato se está contratando é um "sujeito jurídico" devidamente habilitado para gerenciar um serviço público. (...) Qualquer paralelismo com os procedimentos da Lei 8.666 seria artificial, visto se tratar de focos muito diferentes.[44]

---

43 FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor : considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 64, p. 77, nov/dez 2010.

44 SCHÜLER, Fernando Luis. Re: OSCIPs no RS [mensagem pessoal], Mensagem recebida por renatasr85@gmail.com em 26 jul. 2011.

Assim como se concluiu acerca da Lei Federal n. 9.790, fato é que inexiste consenso a respeito da consequências da não alusão a procedimento licitatório previsto em Lei no caso da escolha de OSCIP. No caso da Lei Estadual, mesmo que a seleção pública não seja considerado procedimento licitatório propriamente dito, inegável que a sua exigência se revela medida salutar, porquanto institui, mesmo que de forma *sui generis*, um procedimento capaz de ser realizado com observância aos princípios que devem nortear a Administração Pública e que garante a concorrência.

3.4.3 Do Controle e Avaliação

A Lei Estadual n. 12.901 prevê, em seu artigo 11 e seguintes, que a execução do objeto do termo de parceria será acompanhado pelo Órgão de Controle Interno do Estado do Rio Grande do Sul e pela Assembleia Legislativa. Ademais, prevê que os resultados obtidos serão avaliados por comissão de avaliação, designada pelo Governador do Estado.

A comissão de avaliação será integrada por um profissional de notória especialização e conhecimento sobre o assunto, um servidor da Secretaria de Estado a qual está vinculada a execução do termo de parceria (indicado pelo titular da Pasta) e um servidor da Secretaria de Planejamento e Gestão (indicado pelo titular da Pasta). Aqui, diferentemente do que ocorre na Lei Federal n. 9.790, não há previsão de membro da comissão vinculado à OSCIP.

A novidade fica por conta da obrigatoriedade de que os resultados sejam analisados pela comissão de avaliação com periodicidade no mínimo semestral, conforme o art. 11º, § 1º. Por ocasião da avaliação semestral, a OSCIP deverá apresentar relatório gerencial sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados, bem como demonstrativo integral da receita e despesas realizadas na execução. Dessa forma, nota-se o desejo do legislador estadual de manter um controle rígido sobre a execução do termo, evitando surpresas ao término de sua vigência.

Outrossim, o art. 12 da Lei Estadual n. 12.901 impõe aos responsáveis pela fiscalização representar à Procuradoria-Geral do Estado, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público no caso de irregularidades na utilização de recursos ou bens pela OSCIP, sob pena de responsabilidade solidária.

3.4.4 Prestação de Contas

A Lei Estadual n. 12.901 e seu Decreto regulamentador mantém a necessidade de prestação de contas, pela OSCIP, referente à execução do termo de parceria ao término de sua vigência. Conforme o art. 31 do Decreto, a OSCIP deverá instruir a prestação de contas com os seguintes documentos: (a) relatório gerencial de execução de atividades; (b) demonstração de resultados do exercício; (c) balanço patrimonial; (d) demonstração das origens e aplicações de recursos; (e) demonstração das mutações do patrimônio social; (f) notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário; (g) publicidade, por meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade; (h) as certidões negativas de débitos no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS - colocando-as à disposição, para exame, de qualquer cidadão; (i) parecer sobre o balanço patrimonial emitido por auditores externos independentes.

Nota-se que a legislação estadual amplia a documentação exigida por ocasião da prestação de contas em relação ao seu paradigma legislativo, demandando demonstrações contábeis relacionadas essencialmente à aplicação dos recursos e dados acerca das atividades desenvolvidas no curso do termo de parceria. Exige, ainda, a apresentação de certidões que demonstrem a sua regularidade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando a preocupação do legislador de que a OSCIP cumpra as obrigações que lhe tocam em relação a recolhimentos ao INSS e FGTS de seus funcionários.

A legislação estadual exige ainda parecer sobre o balanço patrimonial emitido por auditores externos independentes. Na Lei Federal n. 9.790, a exigência de auditoria apenas se dá em casos específicos, o

que não ocorre no caso das OSCIPs no Rio Grande do Sul. Tal medida visa a assegurar a regularidade da aplicação dos recursos repassados, certificando-se não só de que o termo de parceria não propiciou qualquer aumento desproporcional ou injustificado no patrimônio da OSCIP, mas também que os recursos repassados foram devidamente alocados em suas atividades.

3.5 Perda da Qualificação

Diferentemente da margem de liberdade deixada pela Lei Federal n. 9.790, o marco legal das OSCIPs no Estado do Rio Grande do Sul especifica, no seu art. 6º, as situações que deverão ensejar a perda da qualificação da entidade como OSCIP. São elas: (a) dispor de forma irregular dos recursos públicos que lhe forem destinados; (b) incorrer em irregularidade fiscal ou trabalhista; (c) descumprir o disposto na Lei nº 12.901 ou no termo de parceria firmado.

Dispõe ainda o art. 10 que a perda do título se dará mediante decisão proferida em processo administrativo instaurado na Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social (assegurados o contraditório e a ampla defesa), de ofício ou a pedido de qualquer pessoa, ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público.

O art. 14, inciso I, refere ser a desqualificação da OSCIP causa ensejadora de rescisão do termo de parceria, o que se afigura uma redundância, haja vista que as hipóteses do art. 14 parecem estar totalmente abrangidas pelas hipóteses de perda de qualificação do art. 6º.

4 CONCLUSÃO

Ao promulgar lei própria acerca da qualificação da entidades da sociedade civil como OSCIPs, o Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul optou por não se limitar a simplesmente reproduzir os dispositivos da legislação federal paradigmática. Editou, ao fim, diploma legal inovador, que aprimorou previsões constantes da Lei Federal n. 9.790 e criou novos institutos que contribuem para a popularização das parcerias com OSCIPs.

Inegável que as parcerias com entidades do terceiro setor podem

sofrer tanto com os burocráticos procedimentos que lhe antecedem, que frequentemente repelem entidades candidatas, bem como com a ineficiência dos meios de controle estatais, que findam por permitir que entidades inidôneas sigam a receber repasses públicos sem prestar a contrapartida devida. Em ambos os casos, parece pretender a Lei Estadual n. 12.901 possibilitar que a parceria com as OSCIPs se torne cada vez mais presente no cotidiano da Administração Pública do Rio Grande do Sul, porquanto esforça-se em prover os meios necessários para que parcerias eficientes ocorram.

No tocante ao procedimento de qualificação, a Lei Estadual n. 12.901 conjuga a um procedimento relativamente descomplicado a exigência de comprovação de atendimento a requisitos que pretendem assegurar a idoneidade das entidades candidatas, bem como garantir a continuidade da prestação do serviço no caso de rescisão ou desqualificação. Mantém ainda a ausência de discricionariedade no ato de qualificação, afastando julgamentos políticos que ao fim prejudicam a transparência e a moralidade da parceria.

Tem-se ainda que a Lei Estadual n. 12.901 inovou ao exigir a realização de seleção pública em toda e qualquer celebração de termo de parceria, exigência esta que observa os princípios aos quais deve observância a Administração Pública e garante, ao fim, a lisura da escolha da OSCIP e a oportunidade de concorrência justa entre as candidatas. Apenas recentemente, por meio da edição do Decreto nº 7.568/2011, o Poder Executivo federal passou a prever a obrigatoriedade da realização de concurso de projetos, o que reforça o vanguardismo do marco legal estadual nesse tocante.

A Lei Estadual n. 12.901 ainda institui mecanismos próprios de controle do termo de parceria, tornando-o mais rígido ao impor documentações adicionais e avaliação semestral. Amplia, ainda, as exigências relativas à prestação de contas em relação ao paradigma federal, visando a assegurar a regularidade da aplicação dos recursos públicos repassados.

Ao final, é possível perceber a adequação da Lei Estadual n. 12.901 à atual realidade das parcerias com o terceiro setor. O diploma legal em comento cria título jurídico que dá ensejo à atividade de fomento estatal, possibilitando o desempenho de atividades de interesse público

por entidade do terceiro setor, mas o reveste com as devidas cautelas que devem estar associadas a qualquer repasse de recursos públicos a particular, prestigiando os princípios que devem nortear a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis. **Fundações, organizações sociais e agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e outras modalidades de prestação de serviços públicos**. São Paulo: LTR, 2000.

ANACLETO, José Anacleto Abduch. Licitação e terceiro setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor , empresas e Estado : novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 290/300.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. A experiência dos termos de parceria entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 487-523.

COPOLA, Gina. **Desestatização e terceirização**. São Paulo: NDJ, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. **Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP**: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. 2. ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2001.

FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor : considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 64, p. 77-83, nov/dez 2010.

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

FONTOURA, Leandro Heitich. **A influência de atores não estatais na formulação da lei das OSCIPs no Rio Grande do Sul:** um estudo a partir da teoria das redes de políticas públicas . Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 02/03/2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública centralizada e descentralizada**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil : do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor, empresas e Estado : novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 180/196.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MODERNO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 75-86, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor**: regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Projeto de lei n. 399/2007** : justificativa. Porto Alegre, 2007.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHÜLER, Fernando Luís. Do welfare state ao Estado-agência. In: ZOTTIS, Alexandra Marcela; RUSSO, Denise; ARAUJO, Margarete Panerai (Orgs.). **Sustentabilidade** : uma abordagem social. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2009, p. 25-38.

_____, Fernando Luis. **Re: OSCIPs no RS** [mensagem pessoal], Mensagem recebida por renatasr85@gmail.com em 26 jul. 2011.

A PROCESSUALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Rogério Garcia Mesquita
[1]

Resumo: A tomada de decisões no âmbito da Administração Pública exige a observância de critérios de legitimação, apresentando-se a atuação processualizada como uma alternativa à decisão unilateral representada pelo ato administrativo. Há dissensão doutrinária quanto à adequada terminologia a ser empregada nessa hipótese, pois alguns autores dizem se tratar de processo administrativo, sendo que outros acenam para procedimento administrativo. A processualidade ampla admite a existência de processo inclusive na função administrativa, no qual é possível a efetiva participação dos cidadãos, em conformidade com a noção de Estado Democrático de Direito. A necessidade de legitimação recomenda a atividade administrativa processualizada, que autoriza a tomada de decisões considerando todos os interesses envolvidos.

Palavras-chave: Direito administrativo. Processualidade administrativa. Legitimidade das decisões.

Riassunto: Decisioni della pubblica amministrazione richiedi il rispetto di criteri di legittimità, presentando la procedura amministrativa come alternativa alla decisione unilaterale rappresentata dal atto amministrativo. C'è disaccordo sulla espressione corretta da utilizzare in questo caso: alcuni autori dicono che è il processo amministrativo; altri dicono che è la procedura amministrativa. La procedura in senso lato ammette l'esistenza di processo nella funzione amministrativa, in cui è possibile la partecipazione effettiva dei cittadini in conformità con la nozione di uno Stato democratico. La necessità di legittimità raccomanda la utilizzazione del processo nella attività amministrativa, che autorizza l'assunzione di decisioni prendendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti.

[1] Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: rogerio-mesquita@pge.rs.gov.br.

Parole chiave: Diritto amministrativo. Procedura amministrativa. Legittimità delle decisioni.

Sumário: 1. Introdução. 2. Processo administrativo e procedimento administrativo. 3. A processualidade ampla. 4. A processualidade do Direito Administrativo contemporâneo. 5. Processualidade Administrativa e Legitimidade Estatal. 6. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tecer algumas considerações sobre a processualidade do Direito Administrativo contemporâneo, com a finalidade de apurar aspectos relevantes para a compreensão dos fundamentos que culminaram por consagrar o processo administrativo como um importante instrumento de tomada de decisões.

A busca de critérios de legitimidade das decisões tomadas no Estado Democrático de Direito tem sido objeto de muitos esforços intelectuais, sendo que a processualização da atividade administrativa no Direito Administrativo contemporâneo é uma tendência que encontra uma significativa afinidade com tal pretensão.

As transformações paradigmáticas enfrentadas pelo Direito têm sido observadas, sobretudo, no Direito Administrativo. De fato, atualmente qualquer processo decisório na seara administrativa somente pode ser legitimado se precedido do diálogo democrático e conciliador, o qual supõe a efetiva participação de todos os envolvidos. Daí a relevância da atividade administrativa processualizada.

Assim sendo, pretende-se discorrer sobre a controvérsia doutrinária em torno da denominação adequada a ser adotada na espécie - processo ou procedimento administrativo - apontando os fundamentos contemplados por tais posicionamentos dos administrativistas.

Ainda, considerando a noção de processualidade ampla, que admite a existência de processo nas atividades inerentes a cada uma das funções estatais – administrativa, judicial e legislativa - objetiva-se acenar como se deu a evolução para a processualização da atividade administrativa no Direito Administrativo Contemporâneo.

Por fim, com ênfase no aspecto garantista inerente à processualidade

administrativa, notadamente diante da participação e colaboração dos destinatários das decisões administrativas, pretende-se apontar o elo existente entre a atuação processualizada e a legitimidade das decisões.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo, no Direito Administrativo contemporâneo, não mais ocupa uma posição nuclear, ao menos de forma isolada ou exclusiva. Com efeito, Otto Bachof apontou a existência de várias relações jurídicas da Administração Pública que operam completamente à margem do ato administrativo [2], o que levou a doutrina a asseverar que tal categoria perdeu a centralidade no âmbito do Direito Administrativo, figurando, atualmente, como uma dentre as inúmeras formas de materialização da atividade administrativa contemporânea.[3]

Diante da "crescente relevância que tem vindo a assumir a própria actividade processual da Administração, quer quando esta actua através de actos administrativos quer quando celebra contratos"[4] , o processo administrativo alcança um lugar de destaque hodiernamente, apresentando-se como uma alternativa democrática à decisão unilateral representada pelo ato administrativo.

Contudo, até mesmo a escolha do termo mais adequado - processo ou procedimento administrativo - é questão controvertida na doutrina, ocupando-se dela processualistas e administrativistas, sendo significativo o dissenso existente, o qual restou refletido

---

[2] "(...) existem numerosas relações jurídicas que se fundamentam, modificam ou terminam de uma forma totalmente diferente do acto administrativo" (BACHOF apud SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119).

[3] (...) o acto administrativo perdeu a sua posição de quase exclusividade, ou de monopólio, no âmbito das relações administrativas. (...) ele é, cada vez mais, somente uma forma de actuação entre muitas" (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109).

[4] ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 66

em dois importantes diplomas legais: a lei federal 9.784/99, que "estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal" (art. 1º), e a lei paulista 10.177/98, que "regula os atos e procedimentos administrativos da Administração centralizada e descentralizada do Estado" (art. 1º) [5].

Na doutrina pátria, Carlos Ari Sundfeld adota a expressão *procedimento* administrativo com base em três argumentos: a) processo remete à função jurisdicional, o que pode levar à limitação da expressão para os casos em que haja partes e controvérsia, deixando o indivíduo indefeso nas outras hipóteses; b) processo pode induzir à conclusão de que a Administração julga definitivamente certas questões; c) processo pode ensejar confusão diante dos atos administrativos do próprio Poder Judiciário.[6] Sundfeld traz uma "proposta que, através de critério semântico, visa a afastar eventuais dúvidas do intérprete, que poderiam resultar em gravame indevido ao particular"[7] . Pode ser apresentada como objeção à proposta entelada o argumento de que a expressão *processo administrativo*, por si só, permite fazer o elo do instituto com a função administrativa, e autorizar uma exegese própria (distinta do processo judicial).

Observe-se que o conceito de processo não precisa ficar adstrito à função judicial, tampouco desautoriza uma rigorosa aplicação técnica, pois outros conceitos, "talvez até mais relevantes para o direito administrativo, (...) receberam a devida 'transposição' e 'adaptação' histórica à realidade imposta pelo direito público. Por exemplo, lembre-se a disciplina do "ato administrativo"[8] . Com efeito, "Oriundo historicamente do direito civil e circunscrito ao termo "ato jurídico", deu-se fundamental

---

[5] BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 222

[6] SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo**. In RDP 84/64-74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

[7] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46

[8] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

evolução do conceito para que se adaptasse às necessidade do regime jurídico de direito público".[9]

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, assevera que a acepção *processo* deve ficar restrita aos denominados processos de segundo grau, conforme a denominação de Massimo Severo Giannini, pois "a Constituição está preocupada com os processos revisivos (onde há 'litigantes') e os sancionadores ou disciplinares (onde há 'acusados')"[10] . Por outro lado, o "procedimento administrativo (de primeiro grau) pode ser conceituado, sem maiores preocupações, como uma série de etapas ou formalidades a serem seguidas para a emanação de atos administrativos, dela dependentes"[11] . Entretanto, a distinção ora proposta pode deixar de coincidir com o modelo legal:

> (...) há situações jurídicas contidas no conceito de 'procedimento' desenvolvido por Lúcia Valle Figueiredo que tipicamente se subordinam a uma 'relação jurídico-administrativa', caracterizadora de nossa visão do conteúdo do processo. Tome-se como exemplo o processo de licitação. Em seu desenvolvimento normal não há acusados e/ou litigantes. Trata-se de série de atos administrativos praticada em harmonia com atos privados, visando a – respeitados os princípios da concorrência e isonomia (dentre outros) – celebrar contratos de conteúdo patrimonial. Desde o início – formal e público – da licitação se estabelece relação jurídica entre particulares interessados e ente público que promove o certame. Também o curso amigável de desapropriação estabelece vínculo jurídico-administrativo entre Estado e particulares. Essas relações jurídicas não derivam nem envolvem 'litigância' e/ou 'acusação', mas configuram 'processo administrativo'.[12]

Marçal Justen Filho afirma que a maior parte da doutrina entende que "o procedimento é uma espécie de itinerário a ser seguido"[13] , e

---

[9] Idem, ibidem.

[10] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 281.

[11] Idem, ibidem.

[12] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50-51.

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 218.

também "afirma-se que há processo sempre que existir 'procedimento' somado a 'controvérsia'" [14]. Todavia, declara-se filiado à corrente minoritária quanto ao tema, pois "Assiste razão a ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO quando afirma que o procedimento não é uma espécie abrangida no gênero processo, ao contrário do que propugna grande parte da doutrina"[15] , e acaba por sintetizar a questão em conformidade com o pensamento de Alberto Xavier, o qual leciona que o processo administrativo apresenta três características fundamentais, a saber: a) a garantia de duplo grau, b) princípio do contraditório, e c) princípio do efeito vinculante para a Administração [16].

Romeu Felipe Bacellar Filho traz valiosas considerações a respeito da distinção entre processo e procedimento. A primeira, tendo em vista que há situações que prescindem de atuação em contraditório, é "que todo processo é procedimento, porém a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo" [17]. A segunda observação é que "a relação entre procedimento e processo administrativo é a de gênero e espécie".[18] A terceira assertiva implica "a adoção da processualidade ampla: o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional" [19], o que induz a uma "quarta consequência: da aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, resulta a formação de um núcleo constitucional comum de processualidade ao lado do diferenciado"[20] , e adverte:

---

14 Idem, p. 219.
15 Idem, p. 218.
16 Idem, p. 221. "A jurisdicionalização do processo administrativo em geral, e em matéria tributária em especial, releva-se através de três traços essenciais: a garantia do duplo grau, o princípio do contraditório, como meio de exercício do direito de ampla defesa, e o princípio do efeito vinculante para a Administração das decisões finais nele proferidas" (XAVIER, Alberto. **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 127 – grifos no original).
17 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 51.
18 Idem, ibidem.
19 Idem, ibidem.
20 Idem, p. 53.

> Assentadas estas premissas, a posição defendida no trabalho vai além das linhas tradicionalmente enunciadas pela doutrina a respeito do procedimento e do processo. Com efeito, nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional. Com isto, quer evidenciar-se a importância da distinção (e não do distanciamento) entre as noções de procedimento e processo, adquirindo feições próprias compatíveis com a competência a ser exteriorizada (administrativa, judicial ou legislativa). Não se está a advogar a "jurisdicionalização do processo administrativo", tese, aliás, originada na premissa de identificação do processo com a jurisdição. Em igual equívoco, poderia incorrer quem sustentasse o mero deslocamento dos institutos do direito processual civil ou penal para o direito administrativo, sem qualquer compromisso com a dinâmica do exercício da função administrativa.[21]

Tal lição mereceu os aplausos de Egon Bockmann Moreira, o qual aduz que "Talvez a mais avançada solução seja a defendida por Bacellar Filho" ao argumento de que "O momento é de ampliação dos limites de cada uma das disciplinas, respeitando-se suas peculiaridades, mas transpondo-se o 'acordo tácito' em torno das ideias de processo e procedimento, que resultou no desmembramento artificial de tais fenômenos jurídicos".[22]

Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que é usual a nomenclatura *procedimento* no Direito Administrativo, sendo reservada a designação de processo para os casos contenciosos, que exigem *julgamento administrativo*, a exemplo do processo tributário e do processo disciplinar. Reconhece que o termo adequado é *processo*, sendo procedimento a modalidade ritual de

---

[21] Idem, p. 58. No mesmo sentido: "O único problema é utilizar a expressão para indicar conceitos, regimes jurídicos e institutos que são inaplicáveis. Em outras palavras, o grande risco está em imaginar que processo administrativo indica um regime jurídico exatamente idêntico ao do *processo jurisdicional*. Há enormes diferenças entre ambos e o estudioso deve ter isso em vista" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 219, nota 8 – grifos no original).

[22] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61.

cada processo, e acaba por prognosticar que a partir do advento da lei federal (Lei 9.784/99) passe a se disseminar o termo *processo*. [23].

Na mesma linha é a argumentação de José Cretella Júnior, o qual ensina que inexiste diferença ontológica entre processo e procedimento, acenando uma distinção quantitativa, pois é possível "empregar o primeiro termo para mostrar o *conjunto de todos os atos e procedimento* para designar cada um desses atos: *processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo*" [24].

Odete Medauar assinala que procedimento é uma sucessão encadeada de atos, e *processo* vai além do vínculo entre atos, estabelecendo também vínculo jurídico entre sujeitos - abrangendo direitos, deveres, poderes, faculdades – na relação processual, concluindo que "o *processo administrativo* caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado, em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração"[25] .

Vê-se, pois, a diversidade de critérios utilizados pelos doutrinadores para estabelecer a distinção entre processo e procedimento, notadamente para o fim de denominar com precisão cada uma das categorias, permanecendo, no entanto, controvertido o tema. Via de consequência, parece oportuno introduzir o tema da processualidade ampla.

3 A PROCESSUALIDADE AMPLA

A noção de processualidade ampla encontra-se em oposição àquela ideia restrita de processo, que vincula o termo "processo" instantaneamente à função jurisdicional, i.e., o conceito tradicional de processo refere-se ao "processo judicial". O termo *processo* é de origem relativamente recente, sendo que substituiu a expressão

[23] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 433.
[24] CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 439 (grifos no original).
[25] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 164.

juízo (do latim *iudicium*), porque esta última expressão não abrange a totalidade do fenômeno que pretende exprimir. Com efeito, juízo abarca apenas as *operações intelectuais cognoscitivas*, ou seja, o julgamento, olvidando as *operações volitivas*: o comando pelo qual se impõe o cumprimento do Direito. Lembre-se, ainda, que há casos em que a atividade de julgamento inexiste, ou tem escassa relevância, v.g., na execução.[26]

"Processo", a seu turno, na sua acepção técnico-jurídica, refere-se à sucessão de atos, fatos ou operações que tem por escopo fundamental a decisão de um conflito de interesses juridicamente relevantes. Assim, além de contemplar a atividade de julgar – contida na expressão *juízo – processo* abarca também a função de comando da sentença, a execução (*litígio de pretensão insatisfeita*), bem como enfatiza a natureza dinâmica do instituto [27]:

> Demarcou-se assim o conceito de processo pela *função jurisdicional* que visa prosseguir: o processo em sentido rigoroso ou técnico seria mais especificamente apenas o que se desenrola perante os tribunais comuns, chegando CARNELUTTI a sugerir que a expressão 'processo judicial' envolve em si mesma uma tautologia. Delimitando ainda mais restritamente o conceito, CHIOVENDA define o processo como 'o conjunto de atos coordenados para a finalidade de realização

[26] CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto Processuale Civile apud XAVIER, Alberto. Do Procedimento Administrativo. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 7-8.
[27] XAVIER, Alberto. **Do Procedimento Administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 8-9.

> da vontade concreta da lei por parte dos órgãos da jurisdição ordinária'. [28]

Em verdade, apenas por antonomásia se pode falar em *processo administrativo* para designar os "procedimentos formados em repartições públicas, no tocante a atividades diversas que ali realizam órgãos da administração. Em tais casos o que existe é apenas procedimento administrativo"[29] , valendo a mesma lição ao "denominado processo legislativo, que é apenas o conjunto de formas e regras de tramitação procedimental para constituírem-se leis e atos normativos".[30]

Todavia, foram empreendidos estudos direcionados à superação do conceito tradicional e restrito de processo, voltados à "aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, resulta a formação de um núcleo constitucional comum de processualidade ao lado do diferenciado"[31] . É que o vocábulo *processo* é tradicionalmente utilizado para designar o processo jurisdicional, sendo que o

---

[28] Idem, p. 9. O primeiro mestre italiano referido na citação reformulou sua opinião, pois "CARNELUTTI já asseverava que a sinonímia entre função processual e função jurisdicional implica imperfeição de linguagem e de pensamento que a ciência do processo deve corrigir" (apud BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 51, nota de rodapé nº 115). Por outro lado, importante complementar a lição de CHIOVENDA: "O que até este ponto discorremos, forma a ideia de processo civil e nos habilita a defini-lo. *O processo civil é o complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária*" (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas, SP: Bookseller, 2009, p. 77. Grifos no original). Vê-se, pois, que Chiovenda estava a se referir especificamente ao processo civil.

[29] MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1974, p. 9. Alberto Xavier afirma que a mesma opinião é compartilhada, v.g., por Leo Rosenberg, Piero Calamandrei, Enrico Redenti, Eduardo Couture e Jaime Guasp (XAVIER, Alberto. Do procedimento administrativo. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 9-10).

[30] MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1974, p.

[31] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 53.

processualista imagina manejá-lo com exclusividade, atribuindo à jurisdição voluntária e ao direito administrativo, de maneira desdenhosa, o uso do termo procedimento, invariavelmente precedido do adjetivo mero ('mero procedimento'), olvidando que o processo também é um procedimento. [32] Por isso é fundamental colacionar uma ampla noção de processo:

> Diz-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do 'instrumento da jurisdição'; a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo para fora da área estatal constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham. [33]

Adolf Merkl foi um dos primeiros juristas a adotar um conceito amplo de processo [34]. Com efeito, o autor austríaco salienta que "Todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos"[35] . Logo em seguida aponta tais caminhos: "la ley es la meta a que nos lleva na via legislativa, y los actos judiciales e administrativos son metas a que nos

---

[32] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993

[33] Idem, p. 132.

[34] "Este notável mestre, já em 1927, demonstrava com incontendível lógica e inobjetável procedência que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo. (...) Aliás, a primeira monografia sobre o tema, que é de Tezner, jurista austríaco tal como Merkel, data de 1923 e usa também a expressão 'processo' " (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 434).

[35] Em livre tradução: "Todas as funções estatais e, em particular, todos os atos administrativos são metas que não podem ser alcançadas senão por determinados caminhos" (MERKL, Adolf. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004, p. 272).

conducen el procedimiento judicial y el administrativo" [36]. E conclui de maneira lapidar:

> La teoría procesal tradicional consideraba el 'proceso' como propiedad de la justicia, identificándolo con el procedimiento judicial. Constituía una de esas restricciones habituales de conceptos jurídicos de validez general. Se explica históricamente la limitación del concepto del proceso a la justicia, porque dentro de esta función estatal se hallan las raíces del 'proceso' y dentro de ella ha sido elaborado técnicamente, pero, desde el punto de vista jurídico-teórico, no es sostenible esta reducción, porque el 'proceso' por su propia naturaleza, puede darse em todas las funciones estatales, posibilidad que, en realidad, se va actualizando en medida cada vez mayor. [37]

Trata-se de processo em sentido amplo sempre que a produção de um efeito jurídico depende de uma sucessão coordenada de atos humanos tendente àquele fim. [38] Tal fenômeno ocorre no processo judicial, mas não se reduz a ele, pois em todas as ocasiões em que a norma contemple uma *fattispecie* de formação sucessiva haverá processo. "Seriam, pois, procedimentos ou processos em sentido amplo as sucessões coordenadas de atos que visam a emissão de um ato legislativo ou administrativo"[39] .

---

[36] Em livre tradução: "(...) a lei é a meta a que nos leva a via legislativa, e os atos judiciais e administrativos são metas a que nos conduzem o procedimento judicial e o administrativo" (MERKL, Adolf. Teoria General del Derecho Administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 272).

[37] Em livre tradução: "A teoria processual tradicional considerava o 'processo' como propriedade da justiça, identificando-lo com o procedimento judicial. Constituía uma dessas restrições habituais de conceitos jurídicos de validade geral. Se explica historicamente a limitação do conceito de processo à justiça, porque dentro desta função estatal se acham as raízes do 'processo' e dentro dela foi elaborado tecnicamente, mas, desde o ponto de vista jurídico-teórico, não é sustentável esta redução, porque o 'processo', por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais, possibilidade que, em realidade, se vai atualizando em medida cada vez maior" (MERKL, Adolf. **Teoria General del Derecho Administrativo.** Granada: Comares, 2004, p. 273).

[38] SANDULLI, Aldo. **Il Procedimento Amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1959, p. 1 e ss.

[39] XAVIER, Alberto. **Do Procedimento Administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 16.

No ordenamento estatal italiano existem vários tipos de processo: os processos nos quais se desenvolve a jurisdição, os processos que realizam a satisfação de interesses confiados à tutela do Estado (jurisdição voluntária), os processos nos quais se desenvolve a atividade dos órgãos estatais que constituem a administração pública, o processo de criação das leis.[40] Dessarte, o processo constitui o gênero comum a todas as funções estatais, apresentando-se com características multiformes, conforme a natureza da função estatal. "Existem, assim, não um mas três procedimentos distintos: o legislativo, o administrativo e o judicial". [41]

Uma noção ampla de processo pode ser formulada como a "sucessão ordenada de formalidades tendentes à formação ou à execução de uma vontade funcional" [42] pois "o procedimento administrativo é espécie do gênero que envolve, também, procedimentos legislativos e judiciários"[43] . Invariavelmente questiona-se a *expressão jurisdicionalização* do processo administrativo, eis que parte do pressuposto de que o processo é inerente à atividade jurisdicional, mas cabe salientar que a processualidade ampla abarca as três funções estatais, pois também o "processo legislativo pode ser definido em termos gerais como o *complexo de atos necessários à concretização da função legislativa do Estado*" [44].

É incensurável o argumento de que inexiste total semelhança entre os processos administrativo e judicial, mas isso "não impede que ambos remetam a um gênero comum designado *processo*, que representa uma sequência de atos preordenada a um fim e configura um meio legítimo de exercício do poder".[45] Oportuno, ainda, colacionar uma importante lição:

---

[40] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas, SP: Bookseller, 2006, p. 35-36.

[41] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 367-368. O excerto transcrito refere-se à página 368.

[42] Idem, p. 21.

[43] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, p. 117.

[44] SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41

[45] BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226. Grifos no original.

> Adotando da ideia de processo uma noção fundamental, entenda-se por *processo* toda a série de atos que se desenvolvem, com a finalidade de atingir um determinado resultado. No *judicial*, o que importa, nas espécies e na jurisdição, é o *modus faciendi* dos atos forenses, a sistematização dos procedimentos, as técnicas para a eficaz aplicação do direito, os trâmites necessários que levam à prestação da sentença. No *legislativo*, o importante, sobretudo na ordenação, são aqueles atos que somados produzem as leis, depois de apreciados por órgãos competentes, aprovados quando à juridicidade e votados para efeito de sanção constitucional. No *administrativo*, o peculiar reside na formação do processo, em certas regras ou princípios que permitem a participação de interessados na discussão da vontade administrativa, marcada a intenção de impugnação das decisões formalizadas". [46]

Por fim, é pertinente enfatizar que a processualidade administrativa merece ser qualificada como processo, sem qualquer receio de confusão, pois o processo recebe uma adjetivação – judicial, legislativo ou administrativo - conforme a função de que é instrumento, o que permite identificar o âmbito da atividade estatal à qual se refere.[47] Ademais, não se pode olvidar a caracterização de um núcleo comum da processualidade[48] , assim especificado no que concerne ao processo administrativo:

> E todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo, assim: a) os elementos *in fieri* e pertinência ao exercício do poder estão presentes, pois o processo administrativo representa a transformação de poderes administrativos em ato; b) o processo administrativo implica

[46] FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 277. Ainda, do mesmo autor: "Por outro lado, não há como negar, o fenômeno procedimento como processo é comum a todas as funções estatais, não se limitando apenas às implicações jurisdicionais-judiciárias" (*In* **Introdução ao Direito Processual Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 97).

[47] MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15-26 e 44.

[48] Idem, p. 27-32.

> sucessão encadeada e necessária de atos; c) é figura jurídica diversa do ato; quer dizer, o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo; d) o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que desemboca; e) há um resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto em esquema de contraditório. [49]

Além da processualidade ampla, que admite a existência de processo nas atividades inerentes a cada uma das funções estatais, o que acabou por consagrar o uso da expressão *processo administrativo*, a própria noção de atividade administrativa processualizada[50] oportunizou uma ampliação do uso da aludida expressão, conforme o tópico a seguir.

4 A PROCESSUALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

A processualidade ampla acabou por consagrar, como se viu, a utilização da terminologia *processo administrativo*. E também ensejou outro fenômeno: a expressão *processo administrativo* inclusive passou a ser empregada de forma mais abrangente, pois acentua Merkl que "En el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo" [51].

A dogmática do Direito Administrativo já havia assinalado que a noção de atividade processualizada estava a permear

---

[49] Idem, p. 45.

[50] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 209-249.

[51] Em livre tradução: "No fundo, toda Administração é processo administrativo e os atos administrativos apresentam-se-nos como simples produtos do processo administrativo" (MERKL, Adolf. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004, p. 272). No mesmo sentido: "(...)na Administração Pública, decidir é fazer processos – isto é, toda a atividade decisória é condicionada por princípios e regras de índole processual" (SUNDFELD, Carlos Ari. **Processo e procedimento administrativo no Brasil**. *In* As Leis de Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19 – Grifos no original).

toda a função administrativa. Nessa senda, o conceito técnico de processo administrativo é "o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa"[52] . Contudo, "a necessidade que tem a Administração Pública de *registrar* seus atos, de *controlar* o comportamento de seus agentes e de *decidir* sobre certas controvérsias acabou por generalizar o uso dessa locução"[53] , razão pela qual acaba por formular uma conceituação teleológica e abrangente de processo administrativo:

> Destarte, processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o *conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e outorgar direitos a terceiros*.[54]

A prática administrativa convencionou chamar de *processo* toda a autuação interna da Administração Pública, motivo pelo qual foi introduzida a distinção entre os *processos administrativos* propriamente ditos - caracterizados pelo litígio entre a Administração e o administrado e/ou servidor -, e os *processos administrativos impropriamente ditos*, - que são os meros expedientes em trâmite nos órgãos administrativos, despidos de controvérsia.[55]

Um conceito abrangente foi assim elaborado por José dos Santos Carvalho Filho: "Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente

---

[52] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 986.
[53] Idem, ibidem.
[54] Idem, p. 987. Grifos no original.
[55] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 652.

identificado pela Administração Pública" [56], o que ensejou outra classificação de processo administrativos, quanto à natureza, em *não-litigiosos e litigiosos* [57], o que confirma a amplitude que é conferida à categoria *processo administrativo*. Outro conceito elástico restou estabelecido nos seguintes termos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> (...) existe sempre como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final sempre é precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. [58]

Sebastián Martin-Retortillo Baquer aduz que "La actividad de la Administración es siempre uma actividad **procedimentalizada**" [59], e acrescenta:

> El procedimiento administrativo es el **iter**, el camino obligado para la producción de los actos administrativos: cauce formal de las distintas actuaciones que necesariamente deben seguirse para la producción de los actos administrativos; habitualmente concurren em él órganos o, incluso, Administraciones públicas

[56] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 23.
[57] Idem, p. 24-27.
[58] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 589.
[59] Em livre tradução: "A atividade da Administração é sempre uma atividade procedimentalizada" (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2007, p. 327 – Grifos no original).

> distintas; em su caso, también los particulares interesados, para que pueden hacer valer y acreditar sus derechos e intereses.[60]

O jurista espanhol ainda enfatiza que "Hoy nos parece lógico que el actuar de la Administración aparezca pautada em sus diferentes fases: que esto es, en definitiva, el procedimiento administrativo" [61]demonstrando categoricamente que a processualização da atividade administrativa restou inexoravelmente consumada.

Mario Nigro leciona no mesmo sentido, ressaltando a "deslocação do centro de gravidade da actividade administrativa: do acto administrativo – concebido classicamente como o resultado conclusivo preciso da actividade de preparação e elaboração da decisão – para o próprio 'iter' de formação da decisão"[62] . A respeito da doutrina italiana, Vasco Pereira da Silva escreve o seguinte:

> O procedimento deixa, pois, de ser visto em função do acto final, para passar a ser considerado em si mesmo, enquanto manifestação mais genuína e específica da actividade administrativa. É ele que regula o actuar administrativo anterior e posterior à decisão final, e que está presente tanto na actividade unilateral como na actividade de direito privado da Administração. Na opinião de autores como NIGRO, PASTORI, PERICU, PUGLIESE, TRIMARCHI, CHITI, CARDI, ou CASSESE, para referir apenas alguns dos nomes

---

[60] Em livre tradução: "O procedimento administrativo é o *iter*, o caminho obrigatório para a produção dos atos administrativos: canal formal das distintas atuações que necessariamente devem seguir-se para a produção dos atos administrativos; na qual habitualmente concorrem órgãos ou, inclusive, Administrações públicas distintas; quando for o caso, também os particulares interessados, para que possam fazer valer e acreditar seus direitos e interesses" (idem, ibidem).

[61] Em livre tradução: "Hoje nos parece lógico que o atuar da Administração apareça pautado em suas diferentes fases: que isso é, definitivamente, o procedimento administrativo" (idem, ibidem). Observe-se que os autores europeus costumam utilizar o termo *procedimento* em face de seus ordenamentos terem jurisdição dupla, para evitar confusão com o processo da jurisdição administrativa, o que inocorre no ordenamento brasileiro, pelo que a expressão *processo administrativo* pode ser utilizada sem essa ressalva.

[62] *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira Dias da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 306-307.

> mais significativos, o procedimento deve ser, em virtude disso, entendido como o novo 'centro' do Direito Administrativo, como o conceito capaz de responder dogmaticamente às necessidades e exigências da actividade administrativa dos nossos dias.[63]

A relação entre a ampliação dos fins do Estado e a consequente expansão da atuação administrativa exigiu uma unificação e organização da atividade administrativa, materializadas através do surgimento de diplomas legais de disciplina do procedimento:

> É neste contexto de enorme dispersão e diversidade de meios e instrumentos jurídicos conformadores que a categoria procedimento administrativo vem assumir uma posição central – princípio da procedimentalização da actividade administrativa -, pela necessidade de compatibilização dessas múltiplas alternativas, unificadas assim pelo procedimento administrativo como forma de ordenação unitária. [64]

A processualização da atividade administrativa revela-se, assim, como uma tendência irreversível do Direito Administrativo contemporâneo, elevando o *processo administrativo* a uma das categorias centrais desse ramo jurídico. É incontroverso entre os doutrinadores que tal fenômeno ocorreu principalmente para concretizar e/ou garantir direitos fundamentais, tais como o contraditório, a ampla defesa, enfim, o devido processo legal, notadamente com a participação e colaboração dos destinatários da decisão administrativa, o que confere legitimidade à atuação estatal.

5 PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGITIMIDADE ESTATAL

Merece ser ressaltada a vertente garantista do processo administrativo, para a proteção de direitos subjetivos, inclusive o direito

---

63 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira Dias da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 307.

64 DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 37, nota 66.

ao processo, com benefícios evidentes para a própria Administração Pública em face da legitimação daí decorrente. Com efeito, a própria formação processualizada da decisão administrativa está implícita na noção de Estado Democrático de Direito, que consagra o Princípio Democrático, assim explicitado no texto constitucional: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, § único). Sobre o Princípio Democrático, vale a pena mencionar a seguinte lição:

> Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadas *teorias complexas da democracia*) se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio e ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exerce controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9º/c), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2º)"[65] .

O direito ao devido processo legal figura atualmente entre as garantias processuais dos direitos humanos, consagrado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos[66] . Com efeito,

---

[65] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p.286.

[66] Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José – Adotada pela Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Assinada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, promulgada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

o Pacto de San José da Costa Rica proclama, em seu artigo 8º, § 1º, que:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, ma apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Considerando que a Constituição Federal em vigor estendeu a garantia do devido processo legal aos processos administrativos em que haja litígio (art. 5º, LIV e LV), a doutrina já acusou a existência de um direito ao devido processo legal administrativo[67] , até mesmo porque a exigência prévia do *due process of law* como *conditio sine qua non* para a privação de bens deve ser entendida com a latitude que se impõe à exegese constitucional, que *in casu* consiste na restrição de qualquer bem *jurídico*.

O aspecto garantista do processo administrativo tem alcançado o merecido destaque, na medida em que constitui "instrumento importante para que os administrados possam fazer valer seus direitos contra a Administração Pública. Faz parte do instrumental das garantias outorgadas pela Constituição"[68] , sendo inabalável a assertiva de "que a processualidade é exigência formal indispensável à realização das garantias dos administrados". [69]

---

[67] V.g. FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Devido Processo Legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001. No mesmo sentido: "Nessa dimensão pode-se até falar – conforme bem assinalou Wallace Paiva Martins Jr. – num *dever* de instauração e desenvolvimento do processo administrativo" (FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41).

[68] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 289.

[69] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Tendências da Administração Pública**. *In* TELLES, Antonio A. Queiroz & ARAÚJO, Edmir Netto de. Direito Administrativo na Década de 90 – Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 103.

Nessa senda, deve ser enfatizado que a finalidade do processo administrativo consiste na garantia aos destinatários da função administrativa, que é a primeira e mais relevante de suas finalidades, pois exige a observância de procedimentos e critérios previamente definidos como condição para qualquer decisão administrativa apta a afetar os interesses dos administrados [70], mormente quando analisada sob o prisma da legitimidade.

A doutrina alienígena não discrepa de tal entendimento, pois o renomado publicista português José Joaquim Gomes Canotilho, ao acenar para o défice procedimental no exercício do direito ao processo, lembra o elo existente com os direitos fundamentais:

> No plano doutrinal, assiste-se, há quase duas décadas, ao desenvolvimento de 'impulsos teóricos' tendentes a demonstrar que o *procedimento* e/ou *processo* postulam uma imbricação material com os direitos fundamentais, fundamentalmente captada sob uma tripla perspectiva:
>
> 1 – *procedimento*/*processo*, reconduzíveis a instrumentos de protecção e realização dos direitos fundamentais;
>
> 2 – *procedimento*/*processo*, configurados como instrumentos 'adequados e justos' para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais;
>
> 3 – procedimento/processo, proclamados como 'locais' ou 'espaços' de exercício dos direitos, liberdades e garantias. [71]

No mesmo sentido leciona Joaquín Tornos Mas, na medida em que recorda, com relação a uma de suas finalidades, que "desde la vertiente garantista, el procedimiento permite al interessado defender su posición frente al acto que incide en su esfera de

[70] MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 142.

[71] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição e Défice Procedimental**. *In* Estudos de Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72. Os grifos são do original.

derechos o intereses legítimos"[72] , através da exigência de respeito ao ordenamento que vincula a adoção da decisão.[73]

Por fim, é sempre pertinente mencionar os ensinamentos de um insigne mestre como Adolf Merkl, que já no ano de 1927 vislumbrava a processualidade ampla e, mais do que isso, o aspecto garantístico inerente ao processo:

> El motivo político legislativo para la elaboración de un *derecho procesal administrativo* es el empeño de proporcionar a los hombres que obtienen su derecho en cada caso particular a través de las autoridades administrativos, las mismas garantías de juridicidad o, lo que es lo mismo, la misma aplicación justa del derecho administrativo material, o, en fórmula más breve aunque menos exacta, la misma seguridad de las relaciones jurídicas que ofrece el derecho procesal judicial a todos aquellos a quienes se les declara o establece el derecho – por la vía judicial -, es decir, en el juicio, fundamentalmente. La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón uma garantia de que el contenido se adapta a la norma.[74]

O relevo doutrinário do aspecto garantista do processo administrativo, com a merecida ênfase apontando que a principal finalidade do instituto é a garantia dos destinatários da função

---

[72] "(...) desde a vertente garantista, o procedimento permite ao interessado defender sua posição frente ao ato que incide em sua esfera de direitos ou interesses legítimos". TORNOS MAS, Joaquín. *In* SOLÉ, Juli Ponce. Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Adinistrativo Debido. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 23 (Prólogo).

[73] Idem, ibidem.

[74] "O motivo político-legislativo para a elaboração de um *direito processual administrativo* é o empenho de proporcionar aos homens que obtêm seu direito em cada caso particular através das autoridades administrativas, as mesmas garantias de juridicidade ou, o que é o mesmo, a mesma aplicação justa do direito administrativo material, ou, em fórmula mais breve embora menos exata, a mesma segurança das relações jurídicas que oferece o direito processual judicial a todos aqueles que se lhes declara ou estabelece o direito – pela via judicial -, é dizer, em juízo, fundamentalmente. A necessidade de observar certas formas, tais como as que estabelece o direito administrativo formal, se considera com razão uma garantia de que o conteúdo se adapta à norma" (MERKL, Adolf. Teoria General del Derecho Administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 276-277).

administrativa, é mero reflexo da institucionalização do Estado Democrático de Direito (art. 1º CF), que, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, coloca em primeiro plano os direitos fundamentais, inclusive conferindo-lhes eternidade (art. 60, § 4º, IV, CF), vinculando a atuação administrativa ao dever de realizá-los.

Em consequência disso, a processualização da atividade administrativa "Deriva da Constituição Federal e da sua condição de instrumento inafastável de realização das garantias constitucionais democráticas". [75] Nesse contexto, não há como deixar de vislumbrar o elo entre a aludida garantia do administrado e o dever de bem administrar.

De fato, a efetiva participação dos cidadãos é por demais relevante, pois "no atual cenário constitucional, os direitos fundamentais são regras de ônus de argumentação que jogam em desfavor das intervenções restritivas da liberdade que os poderes estatais pretendam levar a cabo para a consecução de suas atividades"[76] .

Por conseguinte, a atividade administrativa processualizada é o foro adequado para a abertura à prevalência de argumentação racional, apta a garantir a legitimidade das decisões e, com isso, promover uma atuação administrativa comprometida democraticamente com os valores constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações experimentadas pelo Direito Administrativo contemporâneo oportunizaram fértil discussão doutrinária acerca dos critérios de legitimidade da atuação da Administração Pública, exsurgindo a processualização como uma alternativa à decisão unilateral representada pelo ato administrativo.

Apesar da diversidade de critérios utilizados pelos doutrinadores para estabelecer a distinção entre processo administrativo e

[75] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 221-222.

[76] SCHWANKA, Cristiane. **A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual.** *In* Rev. do TCE/MG, jul-set/2011, v. 80, n. 3, ano XXIX, p. 79.

procedimento administrativo, permanecendo controvertido o tema, a moderna doutrina administrativista culmina por adotar o critério procedimento-gênero. Por conseguinte, o procedimento configura-se também como processo somente quando existir a cooperação dos sujeitos e o contraditório.

Por outro lado, em face da noção ampla de processualidade, a processualidade administrativa deve ser qualificada como processo, sem qualquer receio de confusão, pois o processo recebe uma adjetivação – judicial, legislativo ou administrativo - conforme a função de que é instrumento, o que permite identificar o âmbito da atividade estatal à qual se refere.

A processualização da atividade administrativa revela-se como uma tendência irreversível do Direito Administrativo contemporâneo, elevando o processo administrativo a uma das categorias centrais desse ramo jurídico. Tal processualização ocorreu principalmente para enfatizar o aspecto garantista do devido processo legal, abrangente da participação e colaboração dos destinatários da decisão administrativa.

A própria noção de Estado Democrático de Direito - fundado no Princípio Democrático, que supõe a efetiva participação dos cidadãos -, bem como o dever de bem administrar vinculado à realização dos direitos fundamentais, exigem a atividade administrativa processualizada, a qual revela uma Administração Pública dialógica, apta a garantir a legitimidade das decisões e os estandartes constitucionais.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar.** São Paulo: Max Limonad, 2003

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição e Défice Procedimental**. In Estudos de Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civi**l. Campinas, SP: Bookseller, 2009.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José – Adotada pela Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Assinada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, promulgada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

DUARTE, David. **Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1994.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas, SP: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Devido Processo Legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao Direito Processual Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2007.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade** no Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MERKL, Adolf. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Granada: Comares, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** Vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Tendências da Administração Pública.** In TELLES, Antonio A. Queiroz & ARAÚJO, Edmir Netto de. Direito Administrativo na Década de 90 – Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANDULLI, Aldo. **Il Procedimento Amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1959.

SCHWANKA, Cristiane. **A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual**. In Rev. do TCE/MG, jul-set/2011, v. 80, n. 3, ano XXIX.

SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo**. In RDP 84/64-74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Processo e procedimento administrativo no Brasil.** In As Leis de Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORNOS MAS, Joaquín. In SOLÉ, Juli Ponce. Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Adinistrativo Debido. Valladolid: Lex Nova, 2001.

XAVIER, Alberto. **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XAVIER, Alberto. **Do Procedimento Administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LEI DE ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS (LEI Nº 12.527/2011) DEMOCRACIA, REPÚBLICA E TRANSPARÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Marco Antonio Karam Silveira[1]

Sumário: 1 Introdução 2 Normas e Valores da Lei Federal nº 12.527/2011 3 Acesso a Informações Públicas Ativas 4 Acesso a Informações Públicas Passivas 5 Limites de Acesso a Informações 6 Conclusão. Referências

Sumary: 1 Introduction 2 Norms and Values of the Federal Act nº 12.527/2011 3 Access to Active Public Information 4 Access to Passive Public Information 5 Limits Access to Information 6 Conclusion. Bibliography

Resumo

Esse trabalho aborda o conteúdo, a interpretação e a aplicação da lei de acesso a informações – Lei nº 12.527/2011 -, promulgada em 18 de novembro de 2011, com entrada em vigência no dia 16 de maio de 2012[2] . A Lei Federal de Acesso a Informações é informada pelos valores da democracia, da república e da transparência, diretrizes de sua interpretação e aplicação. Assim, as regras de acessibilidade ativa e passiva devem ser examinadas e orientadas sob esses valores. Discorre-se, ainda, acerca dos limites da aplicação da lei e da responsabilidade dos agentes públicos e políticos pelo seu descumprimento.

[1] Procurador da Assembleia Legislativa do RS. Doutorando em Direto UFRGS. mestre em Direito da Economia e da Empresa pela FGV.

[2] A Lei Federal nº 12.527/2011 foi publicada em 18 de novembro de 2011, com prazo de vacatio legis de 180 dias, conforme determina seu artigo 47. Assim, nos termos do artigo 8º da Lei Complementar nº 95/1998, a lei entra en vigor no dia 16 de maio de 2012.

Abstract

This paper discusses the content, the interpretation and application of Access to Information Act nº 12.527/2011 - promulgated on November 18, 2011, entered into effective on 16 May 2012. The Access to Information Federal Act is informed by the values of democracy, the republic and transparency, its means directives to interpretation and application. Thus, the accessibility of active and passive rules must be examined and guied in these values. Discourses is also about the limits of application of the law and liability of public officials and politicians for their violate.

Palavras Chaves: Lei de Acesso a Informações - Direito Constitucional – Direito Administrativo – Democracia – República - Transparência.

Keyboards: Access to Information Act – Constitutional Law – Administrative Law – Democracy – Republic – Transparency.

1 INTRODUÇÃO

Em 18 de novembro de 2011, foi promulgada a Lei de Acesso a Informações - Lei n. 12.527/2011 – que regulamenta o direito

fundamental à obtenção de informação[3] e fixa o dever do Estado em fornecer informações públicas aos cidadãos. A lei tem por escopo a concretização do direito fundamental à informação, marcado pelos valores da democracia, da república e da transparência, ao tratar a

[3] O direito fundamental de acesso a informações é objeto de tutela normativa em leis e instrumentos jurídicos internacionais, tais como: a elogiada Lei Federal de Transparência e Acesso a Informação Pública Governamental do México, de 2002; a Lei de Liberdade de Informação norte-americana, de 1966 (Freedom of Information Act); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), que em seu artigo XIX diz: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão: este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras"; os artigos 10 e 13 da Convenção das Nações Unidascontra a Corrupção, de 2003, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687/2006, que diz: "Artigo 10 – Informação pública. Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades em encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública" e "Artigo 13 – Participação da sociedade. 1. Cada Estado parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões; b) Garantir o acesso eficaz do público à informação; c) Realizar atividade de informação pública para fomentar à intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários; d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção. Essa liberdade poderá estar sujeita a certas restrições, que deverão estar expressamente qualificadas pela lei e ser necessárias para: i) Garanti o respeito dos direitos ou da reputação de terceiros; ii) Salvaguardar a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou a moral públicas. 2. [...]"; item 4 da Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedade democráticas".

informação como bem público, do qual o Estado apenas detém a guarda, restringindo o sigilo de informações públicas a hipóteses excepcionais.

A lei estabelece duas vertentes para o fornecimento de informações públicas aos interessados. A primeira, denominada de ativa, o Estado tem o dever de disponibilizar espontaneamente as informações nas páginas eletrônicas de internet de seus respectivos órgãos ou em suas repartições; a segunda, denominada de passiva, o Estado, mediante provocação processual administrativa do interessado, obriga-se a fornecer as informações solicitadas.

Assim, para a correta interpretação e aplicação da nova lei é necessário, primeiramente, fixar seu conteúdo axiológico e teleológico. Vale dizer, quais valores pretende proteger e fins que pretende atingir, e as normas[4]

[4] Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. O dispositivo normativo é interpretado, resultando a norma. Vale dizer, da interpretação do dispositivo se extrai a norma. Da distinção entre dispositivos e norma o direto é reconstruído pela atividade interpretativa. O intérprete/aplicador não descreve o conteúdo de um significado previamente dado, mas realiza ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto. Os traços de significação mínimos já existentes, chamados de condição intersubjetiva a priori, são condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. O intérprete/aplicador parte desse mínimo e reconstrói o sentido do texto (Humberto ÁVILA, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, PP. 22/26.

(princípios e regras[5]) diretivas que norteiam a sua interpretação no acesso ativo (espontâneo) e passivo (procedimental) a informações e os limites de sua aplicação.

De logo, aponta-se que o eixo estruturante adotado para interpretação e aplicação da lei é aquele que potencializa a

[5] O significado do vocábulo princípio será tomado, inicialmente, em sentido comumente adotado pela doutrina clássica. As críticas em relação a essa denominação serão feitas em relação aos "princípios" pontualmente abordados no transcorrer e ao final do trabalho, tomando por base a obra de Humberto ÁVILA, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. A propósito, a finalidade da distinção entre princípios e regras, proposta de dissociação por nós adotada, tem duas funções: (i) visa antecipar características das espécies normativas de modo a facilitar o processo interpretação e aplicação do Direito e;(ii) aliviar o ônus argumentativo do aplicador do Direito (Humberto ÁVILA, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, PP. 56/57). "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (Humberto ÁVILA, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70). Um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Os fins representam uma função diretiva. A instituição do fim é ponto de partida para a procura de meios. Os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios se situam no plano deontológico. Os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico. (Idem, Ibidem, PP. 70/72). O postulado normativo aplicativo são normas estruturantes da aplicação de princípios e regras. Aqui insere-se a proporcionalidade e a razoabilidade. As espécies de postulados são assim postas: (i) inespecíficos: ponderação; concordância prática e proibição de excesso; (ii) específicos: igualdade – aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade; razoabilidade – aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida; proporcionalidade – aplicável nos casos em que exista uma relação de casualidade entre um meio e um fim (Idem, Ibidem, PP. 93/125).

concretização dos direitos fundamentais[6] na leitura do Estado Constitucional[7] , especialmente aqui o direito fundamental de acesso a informações públicas.

Assim, o estudo tem o objetivo, a par da necessária exposição dogmática fundada no exame das normas e valores trazidos pela lei (âmbito da interpretação), expor os aspectos pragmáticos do procedimento e dos limites concernentes à sua aplicação.

Fixado o marco metodológico, fundado na estrutura da lei federal em exame e no necessário caráter didático da exposição, a estruturamos da seguinte forma: (1) Normas e Valores da Lei Federal nº 12.527/2011; (2) Acesso a Informações Públicas Ativas; (3) Acesso a Informações Públicas Passivas; (4) Limites de Acesso a Informações e; (5) Conclusão e Diretivas.

O tópico 1, Normas e Valores da Lei Federal nº 12.527/2011, serve de orientação à interpretação e aplicação dos dispositivos da lei. Parece-nos de suma importância traçar, nos limites dessa exposição, ao menos os aspectos mais relevantes das normas (princípios e regras) e dos valores contidos diretamente ou indiretamente na lei. São esses elementos que norteiam como ela deve ser tratada, sempre sob orientação consentânea com a Constituição da República[8] .

---

[6] ALEXY, Robert, Teoria de los Derechos Fundamentales. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 2008; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, 2004 e Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1999; GREGÓRIO PECES – Barba Martinez, Eusébio Fernandez Garcia e Rafael de Asís Roig. Hitória de Los Derechos Fundamentales, Tomo II, v. 2; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[7] Para uma aproximação com os traços do Estado Constitucional, ver ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. 8. Ed. Madrid: Editoria Trotta, 2008.

[8] "Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen)" (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 10).

O tópico 2, Acesso a Informações Públicas Ativas, carrega essa denominação em razão da causa que desencadeia a disponibilização dessas informações. Nesses casos, a Administração, espontaneamente, vale dizer, ativamente, oferta ao público (interessado) o acesso às informações públicas em seu ambiente virtual (página eletrônica de internet), atualmente denominados sob a sigla de portais de Transparência, ou em espaço físico (sala ou ambiente afetado a essa específica finalidade).

No tópico 3, Acesso a Informações Pública Passivas, é dado tratamento quanto às informações que são requeridas pelo interessado à Administração. Nas hipóteses em que as informações não sejam integralmente disponibilizadas no ambiente virtual ou físico, ou nas hipóteses em que o interessado pleiteia informações mais detalhadas, A Administração aguarda a provocação processual do interessado para deflagrar o oferecimento das informações requeridas. Nesse ponto, interessa-nos abordar a adequação dos regramentos concernente ao processo e procedimento administrativo, notadamente da Lei Federal nº 9.784/1999[9] e seus reflexos nos demais entes federativos.

No tópico 4, Limite de Acesso a Informações, são tratadas as limitações imposta pela lei em exame, no que conforma a adequação do acesso às informações às garantias constitucionais de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, bem assim a documentos internos que, conquanto de caráter público, mereçam, no entender da Administração Pública, a reserva temporária de acesso.

Por fim, no tópico 5, expomos algumas conclusões para a plena e adequada aplicação da Lei de Acesso a Informações Públicas pela Administração em geral.

[9] A lei federal serviu de inspiração para a elaboração de regramento interno pioneiro na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, conforme regulamento por nós sugerido, dando origem à Resolução de Mesa nº 838/2008.

2 NORMAS[10] E VALORES DA LEI FEDERAL Nº 12.527/2011

A Lei Federal nº 12.527/2011, promulgada em 18 de novembro de 2011, denominada de Lei de Acesso a Informações Públicas, impõe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e aos Tribunais de Contas e Ministério Público, em todas as esferas da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o dever de ofertar aos interessados, ativa e passivamente, o acesso a informações de caráter público (LAIP, artigo 1º e 2º).

Os sujeitos passivos da obrigação de abrir os dados públicos são todos os agentes públicos, envolvendo todos os servidores públicos (concursados ou em comissão), todos os agentes políticos (do Presidente da República a Vereadores), todos aqueles que, por qualquer natureza de vínculo com órgãos ou entidades públicas – funcional, obrigacional ou contratual, direto ou indireto - detenham a guarda de informações públicas, em todos os entes federativos, em todos os poderes e órgãos públicos ou privados que prestem serviço público ou detentores de informações de caráter público.

As informações públicas – objeto da lei - são todos os dados públicos guardados pelo Estado, os quais incluem informações da Administração – reuniões, atas, discussões, decisões, relatórios, auditorias, licitações, contratos, gastos, ações – e informações de Governo – decisões, reuniões, políticas. Nesse particular, a nova lei foi genérica na descrição do significado de informação e de documento constante no artigo 4°, incisos I e II, ao contrário da descrição minuciosa do artigo 3°, inciso III, da lei mexicana, que define documentos como todos os expedientes, relatórios, estudos, atas, resoluções, ofícios, correspondências, acordos, diretivas, diretrizes, circulares, contratos, convênios, instruções, notas,

[10] Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. O dispositivo normativo é interpretado, resultando a norma. Vale dizer, da interpretação do dispositivo se extrai a norma. Da distinção entre dispositivo e norma o direito é reconstruído pela atividade interpretativa. O intérprete/aplicador não descreve o conteúdo de um significado previamente dado, mas realiza ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto (Humberto ÁVILA, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, PP. 22/26).

memorandos, estatísticas ou qualquer outro registro que veicule o exercício de faculdade ou atividades dos sujeitos obrigados e de seus servidores públicos, sem importar a fonte ou data de sua elaboração, e informação como o conteúdo desses documentos, produzidos, obtidos, adquiridos, transformados ou arquivados.

Embora a descrição da nova lei não seja tão específica quanto a da lei mexicana, a adoção da regra da transparência e da publicidade aplicada à descrição genérica dos incisos I e II do artigo 4° acaba por contemplar todo o rol acima, de modo exemplificativo. O que a lei pretende, não parece haver dúvida, é um Estado aberto. A adoção de simetria na abertura de documentos e informações sincroniza o conhecimento entre aquele que detém o poder e aquele que outorga o poder. Garante a igualdade de posição quanto ao conhecimento de informações e de documentos que são de todos. A interpretação da lei, portanto, deve ser aquela que garante o máximo de transparência e publicidade de todas as informações geradas, adquiridas ou arquivadas pelo Estado.

Assim, reuniões, discussões e decisões políticas, de governo ou administrativa no âmbito do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital ou Municipal; reuniões, discussões e decisões políticas, de governo ou administrativas realizadas pelas Mesas Diretoras do Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e Distrital; reuniões, discussões e decisões políticas, de governo ou administrativa tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e todos os Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça, Diretorias das Justiça de primeiro grau estadual, federal, eleitoral, militar, trabalhista; reuniões, discussões e decisões políticas realizadas pelo Ministério Público Federal, Ministério Público dos Distrito Federal e dos Estados, Procuradorias Regionais; as reuniões, discussões e decisões políticas do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municipais, onde houver, devem ser disponibilizadas ao público de forma primária, íntegra, autêntica (LAIP, artigo 4°, incisos VI, IX, VIII, VII) pelos meios como previstos na lei, com exceção restrita as de cunho reservado que possam ocasionar prejuízos ou falta de efetividade das ações a serem realizadas ou criar, dada a

ausência de decisão final e integral, suspeitas infundadas aos agentes envolvidos. Por isso, a importância de que as informações a serem abertas pelos sujeitos obrigados estejam consolidadas. Vale dizer, exemplificadamente, a divulgação de informações de reuniões de Mesa dos Parlamentos, de reuniões de Ministérios ou Secretarias ou, então, de relatórios de auditoria dos Tribunais de Contas, ainda sem decisão ou consolidação da posição final da Administração, enseja o resguardo dessas informações até que estejam concluídas. Isso evita, por um lado, a divulgação parcial de informações, que devem ser íntegras e primárias (LAIP, art. 4º, VIII e IX). Impede, ainda, a emissão de juízos de valor temerários pelos interessados, tanto dos particulares quanto dos órgãos de imprensa, acerca de assuntos e condutas sem definição dos órgãos constitucionalmente competentes para apreciação final e definitiva.

Outro exemplo do requinte de interpretação e aplicação que a lei exige, está em requerimentos solicitando as ligações telefônicas dos telefones funcionais utilizados pelos servidores públicos e agentes políticos, tal como um Ministro de Estado, Presidente da República, Governador ou Parlamentar. Em um primeiro momento opõe-se ao pedido mediante alegação de afronta direta à privacidade, tutelada pelo texto constitucional. Num segundo momento, argúi-se que a utilização de telefones funcionais, em nosso mero exemplo, tem afetação exclusivamente pública e, portanto, deve ser de conhecimento amplamente aberto ao público as ligações realizadas. Pondera-se, não obstante, que o caráter público das ligações utilizadas por servidores públicos e agentes políticos pode conter informações de discussões ainda parciais acerca de determinada matéria administrativa ou debate sobre questões políticas estratégias, cuja divulgação poderia comprometer a própria higidez da implementação de determinada decisão, administrativa ou política, ou afetar arranjos político-partidários. Um parlamentar, novamente a título exemplificativo, pode utilizar seu telefone funcional para contatar aliados políticos ou adversários, visando a formação de maiorias ou qualquer outro legítimo arranjo político. Conquanto o caráter público da utilização do bem público cedido a esse exclusivo título ao parlamentar, o conteúdo da informação parece merecer o devido

resguardo, não pela inviolabilidade da vida privada, inexistente nesse caso, mas na própria construção da democracia representativa, que restaria limitada ou usurpada, na hipótese de inexistência de parcial sigilo dessas ligações, parcialidade essa restrita à devida divulgação das quantidade de ligações e do valor total gasto.

Por evidente que se incluem na descrição das informações a serem abertas ao público todos os atos normativos do Poder Executivo e do Poder Legislativo e as decisões judiciais, sentenças e acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário, desde que não protegidos, esses últimos, pela cláusula do segredo de justiça prevista em lei. Ainda, incluem-se as manifestações processuais judiciais e administrativas do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

A lei federal regula o inciso XXXIII do artigo 5º, o inciso II do §3º do artigo 37 e §2º do artigo 216 da Constituição da República[11] .

O fundamento normativo da lei é a publicidade, conforme se observa do disposto em seu inciso I do artigo 3º, no qual a publicidade das informações públicas é adotada como regra e o sigilo como exceção. Para além do disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, que já adotava a publicidade como norma impositiva à Administração Pública direta e indireta, em

[11] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"; "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: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informação sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII"; "Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 2º – Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem."

todas as esferas da federação, a presente lei reitera agora o dever de publicidade das informações públicas como direito fundamental, acentuando a obrigatoriedade de oferta das informações de modo objetivo, ágil, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (LAIP, artigo 5º).

A invisibilidade do poder baseia-se na arcaica teoria do *arcana imperii*, característica do poder absoluto dos reis. A república do Estado Constitucional exige a visibilidade plena do poder, e o poder em uma república se exerce pela democracia[12] . A república está presente na exigida transparência das condutas dos agentes públicos e das ações que realizam. A densificação da forma republicana de governo está no traço da exigência de efetiva tutela do direito pela estrutura político-administrativa[13] . A transparência das ações dos sujeitos obrigados é marca do Estado aberto a todos que dele participam. A transparência vincula-se ao valor democrático, no sentido de que informações que são de todos, porque públicas, devem estar disponíveis a todos.

Como se extrai, os valores base da lei em exame são a democracia e a república. A democracia está no amplo e, em regra, no irrestrito acesso a informações de caráter público, instrumento básico da possibilidade de participação do cidadão na vida política. Significa o exame, pelo cidadão, de quão democrático é o exercício da democracia pelos seus representantes. Possibilita ao cidadão a conferência do exercício do poder, abrindo espaço para a inserção da sociedade no Estado, no cerne do local da tomada de decisões. O essencial à democracia é o exercício das liberdades e dos direitos fundamentais para assegurar que "as ações governamentais sejam subtraídas ao funcionamento secreto de câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas"[14] .

---

[12] BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, PP. 29-30.

[13] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 229.

[14] BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 30.

Assim, e aqui o ponto nodal para a correta interpretação e aplicação de seu conteúdo, a lei tem por escopo a concretização do direito fundamental à informação, marcado pelos valores da transparência[15] , decorrente da república e da democracia. São esses os valores que a lei pretende proteger e atingir, e que, portanto, devem ser considerados como base inafastável de interpretação e aplicação. As informações públicas pertencem ao cidadão, e não ao Estado[16] .

Somente esse eixo axiológico-estruturante de interpretação e aplicação da lei é capaz de potencializar a concretização dos direitos fundamentais[17] na leitura do Estado Constitucional.

Nessa linha, o dever em publicizar os dados públicos impõe aos servidores públicos e agentes políticos, e às pessoas físicas ou aos representantes de pessoas jurídicas que executem o tratamento de informações, em razão de vínculo como Estado, o dever de agir na divulgação desses dados. O descumprimento desse dever, retardando, recusando-se, omitindo-se ou fornecendo-a de forma incorreta, incompleta ou imprecisa, mediante conduta que propicie manutenção do sigilo das informações requeridas, acarreta responsabilização pela prática de ato ilícito administrativo ou de improbidade administrativa (LAIP, artigo 32). Cabe lembrar que a imposição de eventual penalidade ao responsável, torna imprescindível a abertura de procedimento específico, em que assegurado o devido processo legal, em respeito ao contraditório e a ampla defesa.

---

15 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 15ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

16 Nesse aspecto, importante pensar acerca da permanência do denominado princípio da supremacia do interesse público em nosso sistema normativo constitucional (ÁVILA, Humberto. Repensado o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". O direito público em tempos de crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Ingo Sarlet, org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, PP. 99/127.

17 ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estúdios constitucionales, 2008; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, 2004 e Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

3 ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS ATIVAS

O acesso a informações públicas ditas ativas significa a adoção pela Administração Pública de condutas proativas de franqueamento das informações públicas ao cidadão (LAIP, artigo 8º).

Essa conduta espontânea de abertura de dados deve ocorrer de duas formas: em ambiente virtual, mediante oferecimento das informações nas páginas eletrônicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dos Tribunais de Contas e Ministério Público (LAIP, artigo 8º, §2º), ou em ambiente físico especialmente afetado à prestação de serviço com finalidade de atender, orientar e informar o cidadão quanto ao acesso a informações (LAIP, artigo 9º, inciso I).

Quanto ao acesso virtual de informações[18] , a Administração fica obrigada a abrir informações relativas à administração do patrimônio público, utilização dos recursos públicos, licitações e contratos administrativos (LAIP, artigo 7º, inciso VI), atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços (LAIP, artigo 7, inciso V), implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos, resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores (LAIP, artigo 7, inciso VII), além de prestar orientação sobre os procedimentos para viabilizar o

[18] Referimos três exemplos paradigmáticos de utilização da ferramenta virtual, criados na esteira da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que determina, em seu artigo 48, a criação de instrumentos de transparência para o acompanhamento da gestão fiscal e a divulgação dessas informações em páginas eletrônicas, pelos meios posteriormente acrescidos em seus direitos pela Lei Complementar 131/2009. O primeiro é o Portal Transparência do Governo Federal (www.transparência.gov.br), que mostra os dados diários de execução orçamentária e de transferência de recursos públicos; o segundo são as páginas eletrônicas da Câmara dos Deputados (www2.camara.gov.br/transparencia) e do Senado Federal (www.senado.gov.br/transparencia), em que há uma diversidade de informações de caráter público postas à disposição do cidadão para consulta, e, em âmbito estadual, Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, já disponibiliza informações de conteúdo público em sua página eletrônica de internet, em tudo adequada às prescrições da nova lei (www.al.rs.gov.br/transparencia).

pretendido acesso, tais como local, meios, autoridades responsáveis (LAIP, artigo 7, I). As informações contemplam também aquelas contidas em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos (LAIP, artigo 7, inciso II) e as produzidas ou custodiadas por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado (LAIP, artigo 7, inciso III), todas sem qualquer transformação, adulteração, edição (LAIP, artigo 7, inciso IV).

No que toca ao acesso físico, os sujeitos obrigados devem dispor de espaço especialmente afetado à finalidade de prestar informações requeridas pelos interessados ou permitir que esses realizem as pesquisas das informações de que necessitar (LAIP, artigo 11, §3°).

As informações públicas podem ser agrupadas em informações administrativas *stricto sensu*, envolvendo as atividades estritamente administrativas em todas as esferas dos sujeitos obrigados, e as informações administrativas *lato sensu*, que envolvem discussões de políticas, ou de governo, coletiva ou interna de atuação dos sujeitos obrigados. As informações administrativas envolvem as informações relativas à gestão administrativa, especialmente à gestão financeira concernentes a gastos públicos com atividades fim e meio da Administração (contratações, diárias dos agentes políticos e servidores públicos, gastos com telefones funcionais, gastos com combustíveis, locação de veículos, publicações, aplicação de verbas de publicidade), execução orçamentária, plano plurianual, reuniões, discussões e decisões proferidas por órgãos colegiados ou pelos chefes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, Ministros de Estado, Secretários estaduais ou municipais, servidores públicos, efetivos ou comissionados, incluindo as autarquias, fundações públicas e privadas gestores de recursos públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista. As informações de política ou de governo são aquelas decorrentes da atividade precípua dos poderes e dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, concernentes às decisões dos órgãos do Poder Executivo dotados de jurisdição administrativa, pareceres, decisões dos órgãos colegiados dos Tribunais, Conselhos, Comissões, as

decorrentes de atividade parlamentar, e as decisões judiciais em geral, nos graus das respectivas jurisdições e competências.

Todas as informações, portanto, devem ser espontaneamente fornecidas pelos sujeitos obrigados, em ambiente virtual ou físico.

4 ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS PASSIVAS

As informações públicas também podem ser obtidas mediante provocação processual do interessado junto à Administração Pública, por isso ditas passivas em relação aos sujeitos obrigados (LAIP, artigo 10).

A adoção de procedimentos processuais definidos previamente pelo Estado é uma das marcas do Estado Constitucional. Definição prévia das regras de competência, dos recursos cabíveis, dos prazos existentes e do teor da motivação das decisões administrativas são exigências de conformação ao dever constitucional de tutela efetiva dos direitos. A Constituição da República assegura o devido processo legal como direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso LIV. A busca da efetiva tutela do direito fundamental a informações pelo cidadão somente fica viabilizada com a existência de regras procedimentais previamente estabelecidas pelo Estado, em que estabelecidas as autoridades competentes para apreciação de pedidos, as autoridades competentes para o julgamento de eventuais recursos, a definição de forma, tempo e lugar para a prática de atos processuais nos procedimentos administrativos, além da comunicação, motivação, anulação e revogação dos atos processuais administrativos. Esse dever de organização administrativa dos procedimentos internos da Administração Pública acarreta a necessária previsão normativa das regras de processo e de procedimentos administrativos.

Na esfera federal, a Lei nº 9.784/1999 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fixando as normas processuais e procedimentais, em respeito ao denominado devido processo legal, substancialmente orientado

à tutela efetiva do direito dos interessados em exercer sua pretensão junto à Administração[19] .

Cotejando-se as disposições da Lei nº 9.784/1999 com as da Lei nº 12.527/2011, conclui-se, a despeito de algumas divergências pontuais, pela compatibilidade do diálogo normativo entre ambas, acentuadamente pela submissão da aplicação da lei do procedimento administrativo federal à cláusula de subsidiariedade (LAIP, artigo 20). Assim, as disposições da Lei 12.527/2011, por emanar do mesmo ente federativo (União) e conter disposições especiais em relação à lei geral do procedimento administrativo, preponderam sobre as disposições da lei do procedimento[20] .

A mesma prevalência ocorre em eventual concomitância de incidência da Lei Federal de Acesso a Informações com lei estadual, distrital ou municipal que regule o procedimento administrativo em sua esfera de competência. A rigor, a Lei 12.527/2011 tem traço de incidência vertical e horizontal, caracterizada por ser lei nacional, e não federal, incidindo sobre todos os entes federativos e seus respectivos poderes e órgãos. Conquanto a nova lei tenha incidência ampla, não há qualquer incompatibilidade com normas de procedimento eventualmente editadas pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. As leis de procedimento veiculam os meios em que os interessados buscam a tutela administrativa de direitos. Em que pese a possibilidade de previsão nas normas de procedimento de disposições relativas ao acesso de informações, nesses pontos sua incidência ocorrerá sob a cláusula de subsidiariedade acima referida.

A Lei nº 12.527/2011 estipula que qualquer interessado pode requerer à Administração o acesso a informações, utilizando-se

---

19 Na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, tomando por base a Lei nº 9.784/1999, propusemos minuta de normatização dos procedimentos administrativos internos, a qual foi adotada pela Mesa Diretora do Parlamento, mediante aprovação da Resolução de Mesa nº 838/2008 e, posteriormente, a despeito da ausência de técnica legislativa adequada, pela Resolução de Mesa 1.082/2011. Cabe ressaltar que a Resolução de Mesa nº 838/2008 é documento normativo de vanguarda, na medida em que prevê e assegura o direito do cidadão em obter seus direitos junto à Administração do Parlamento, desde 1008, estando apta a atender as determinações da Lei nº 12.527/2011.

20 MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Tradução de Luis Afonso Heck. Barueri: Manole, PP. 111/112.

de qualquer meio (escrito ou virtual), sendo obrigatória, apenas, a identificação do requerente e a especificação da informação requerida (LAIP, artigo 10), sendo vedada a exigência de fundamentação do pedido (LAIP, artigo 10, §3°) [21].

A legitimação ativa é universal, restrita às pessoas físicas civilmente capazes de exercer os atos da vida civil, excluindo-se as pessoas com incapacidade civil absoluta ou relativa (Código Civil, artigo 3° e 4°), e às pessoas jurídicas devidamente constituídas. Assim, qualquer pessoa em pleno gozo de sua capacidade civil pode requerer informações, não estando a legitimação do pedido restrita ao cidadão (aquele com capacidade eleitoral ativa). Note-se que a única menção que a lei faz a *cidadão* está no artigo 9°, inciso I, restrita à obrigatoriedade de criação de serviço de atendimento. A leitura dos demais dispositivos não autoriza qualquer vinculação do interessado à figura do cidadão, titular da capacidade eleitoral ativa[22] . A legitimação pretende ser ampla e evitar qualquer restrição. Restringir a legitimação ao cidadão excluiria as pessoas com capacidade eleitoral ativa facultativa, as pessoas jurídicas, os estrangeiros residentes no país, todos titulares dos direitos fundamentais.

Nessa linha, o requerimento pode ser veiculado por meio de petição escrita, a ser protocolizada em local físico específico do Poder ou órgão requerido, ou por meio digital, tanto por correio eletrônico, enviado a destinatário específico, quanto em formulário padrão disponível na página eletrônica do Poder ou órgão (LAIP, artigo 10, §2°).

A identificação do requerente deve ser singela, de forma a não restringir a viabilidade do pedido (LAIP, artigo 10, §1°), limitando-se ao nome, inscrição no cadastro de pessoa física ou carteira de identidade civil ou documento com fé pública equiparado, domicílio (residencial

[21] No mesmo sentido, a Constituição Portuguesa, que, conforme CANOTILHO, o pedido "não faz depender a liberdade de acesso aos documentos administrativos da existência de um interesse pessoal" (CANOTILHO, Joaquim José Gomes, Direito Constitucional e Teoria de Constituição. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 515).

[22] Vale dizer, todo aquele que tiver entre 18 (dezoito) e 70 (setenta) anos, nos termos da Constituição da República, obrigado ao alistamento e ao voto (Constituição da República, artigo 14, § 1º, I e II, alínea b) e, por evidente, o menor entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos (Constituição da República, artigo 14, § 1º, II, alínea c), para quem é facultado o alistamento e a obtenção da capacidade eleitoral ativa, estaria legitimado a requerer as informações do Poder Público.

ou comercial) ou endereço eletrônico para entrega direta da informação requerida ou notificação de decisão da autoridade pública competente. Quando pessoa jurídica, o pedido deve conter o nome da sociedade empresária ou simples, identificação do representante legal, número do cadastro nacional de pessoa jurídica, endereço da sede e endereço eletrônico para entrega direta da informação requerida ou notificação de decisão da autoridade pública competente.

O pedido não necessita de fundamentação, motivação ou demonstração de interesse. Basta o pedido de acesso a determinado documento. A descrição do documento requerido deve ser clara, objetiva e precisa a ponto de identificar o objeto do pedido e manejar de forma eficiente e eficaz a busca do documento pelo Estado.

Na hipótese de insuficiência dos dados do pedido, o Estado notificará o requerente para complementar o requerimento, abrindo-se, com isso, novo prazo para o Estado. O requerente deve fazer constar, ainda, os meios pelos quais pretende receber a informação requerida, se em meio digital ou físico, em fotocópia ou certidão, ou verbalmente. Os custos de recursos humanos desses serviços ficam absorvidos pela conjugação do dever constitucional em prestá-los e do dever atribuído ao servidor público de atender à população. Os custos de material, contudo, devem ser suportados pelo requerente, mediante recolhimento desses custos em tesouraria, excepcionadas as hipóteses de expressa declaração de pobreza no ato de requerimento. A entrega da informação pelo Estado deve ser certificada no próprio requerimento, coletando-se o "recebido" do requerente, sendo o requerimento arquivado no órgão para futura e eventual consulta do órgão diante de pedido idêntico realizado pela mesma pessoa, caso em que o requerimento será sumariamente indeferido, sob essa justificativa. Nos casos de envio da documentação por correio eletrônico, o meio de comprovação de entrega é aquela disponível no sistema eletrônico de remessa, o qual também deverá ser arquivado para a finalidade acima mencionada.

Se as informações requeridas estiverem disponíveis nas páginas eletrônicas dos poderes ou órgãos, o requerente será notificado do caminho de acesso a informação.

Não obstante, servidores públicos e agentes políticos tem o dever de auxiliar o interessado na elaboração do pedido e de informar sobre sua

tramitação. Ademais, quando o requerimento for protocolado em órgão equivocado, o Estado tem o dever de encaminhar o requerimento ao órgão competente, notificando o requerente, ou informar ao requerente, de logo, o endereço do órgão competente.

Um dos problemas que se coloca na vedação de exigência da exposição do motivo do pedido é a abertura a pedidos levianos, sem a devida carga de seriedade. Há casos em que grupos de pessoas unem-se em conluio para, por meio digital, realizar solicitações em massa pela página eletrônica dos poderes e dos órgãos estatais visando a queda de sistemas. Pedidos dessa natureza, quando devidamente identificados, devem ser sumariamente indeferidos, sob justificativa de que tais atos, supostamente fundados no exercício do direito fundamental a informação, são destituídos de seriedade e inviabilizam o direito de acesso à informação aos demais interessados. Vale dizer, pedidos levianos, destituídos de seriedade ou realizados em massa, de maneira ordenada, barram o pleno exercício do direito fundamental de acesso a informações pelas demais pessoas. É o exercício abusivo de um direito, que acaba por limitar ou impedir o exercício desse mesmo direito por outro titular.

Outro problema a ser enfrentado pela Administração ocorre quando a informação tiver que ser fornecida em meio impresso ou por fotocópia, às custas da Administração, nas hipóteses em que o requerente declarar não dispor de meios para obter ou reproduzir a informação (LAIP, artigo 11, §§ 5° e 6°, e artigo 12, *caput* e parágrafo único). Em casos tais, a solução que conforma o direito fundamental à obtenção de informações públicas e o dever do Estado em prestá-las é aquela que concretiza a tutela efetiva e adequada do direito. O escopo primordial da nova lei é abrir os dados públicos e franqueá-los aos interessados. A observância do dever previsto na nova lei não pode redundar na quebra da razoabilidade e da proporcionalidade, com quebra da adequação entre os meios e os fins. Assim, se os dados estiverem abertos, disponíveis eletronicamente, ou puderem ser ofertadas em meio digital ao interessado, resta atendido o direito fundamental. Somente nos casos em que a informação não estiver disponível em meio digital é que a Administração deverá fornecê-la em meio impresso ou fotocópia ao interessado.

Por evidente, que nessas hipóteses também deve ser ponderada a extensão do pedido com a proporção do interesse público

envolvido. Requerimentos que veiculem pedidos de fotocópias de dezenas, centenas ou milhares de processos de, por exemplo, execuções orçamentárias estatais de décadas passadas, com pedido de isenção de custos fundada em declaração de pobreza, devem ser examinados sob a ponderação da colisão entre o direito fundamental do interessado em obter essa informação e o direito fundamental dos demais interessados universais. Em casos tais, o atendimento do pedido de um interessado inviabiliza ou retarda o atendimento a outro interessado em particular ou em grupo. A conformação desses casos deve considerar outras formas de oferta dessas informações ou, excepcionalmente, a exigência de exposição, ainda que sucinta, do interesse que o requerente pretende tutelar com o acesso aos documentos.

O pedido de acesso à informação solicitada deve ser atendido de imediato (LAIP, artigo 11, *caput*) ou, não sendo possível, a Administração deve, no prazo de até 20 dias, comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão; justificar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação (LAIP, artigo 11, § 1°, incisos I, II e III). O prazo de 20 (vinte) dias pode ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa, cientificando-se o requerente (LAIP, artigo 11, §2°). Nesse ponto, as carências de recursos humanos e financeiros na Administração devem ser consideradas para a prorrogação do atendimento do pedido, desde que não obstaculize o acesso, cedo ou tarde, às informações requeridas.

Na hipótese do requerimento veicular informação classificada como sigilosa, o pedido será indeferido, motivando-se a recusa no caráter sigiloso da informação requerida. A motivação da decisão administrativa negativa de acesso deve ser expressa e mencionar o grau e o tempo de duração do sigilo da informação, bem assim informar o requerente da possibilidade de recurso à autoridade superior, identificando essa autoridade, o prazo e o modo de interposição do recurso (LAIP, artigo 11, §4°).

Em todas as manifestações ou decisões administrativas relativas a requerimento de informações o interessado tem direito à cópia ou certidão do inteiro teor da decisão (LAIP, artigo 14).

Cabe a interposição de recurso de decisões de indeferimento de acesso a informações ou de negativa de acesso às razões do indeferimento, no prazo de 10 (dez) dias, contados da ciência do interessado, dirigidos à autoridade hierarquicamente superior à recorrida, a qual terá o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se (LAIP, artigo 15, *caput* e parágrafo único). O recorrente deve identificar-se da mesma forma que no pedido original, apontando o endereço em que pode ser notificado do julgamento do recurso ou receber a informação requerida. O recurso deve ser instruído com protocolo do requerimento, demonstrando-se o indeferimento, por cópia ou certidão, ou o transcurso do prazo legal.

A LAIP prevê, em seu artigo 16, *caput* e §1°, a Controladoria-Geral da União como segunda instância recursal competente em âmbito federal para reexame dos recursos de decisões duplamente indeferidas no âmbito do Poder Executivo Federal. Na hipótese do reexame também restar indeferido, mantendo-se a negativa de acesso à informação, abre-se a via de novo recurso a denominada Comissão Mista de Reavaliação de Informações, mencionada no artigo 35 da lei. Percebe-se que o amplo escalão de tramitação recursal pode alcançar quatro instâncias, evidenciando a publicidade e a transparência das informações de caráter público como regra geral da nova lei.

Embora a nova lei tenha incidência em todos os entes da federação, a adoção de simetria do parâmetro federal ao estadual não pode ser integral. Primeiro, porque, ao menos no Estado do Rio Grande do Sul, ausente na estrutura administrativa órgão estadual similar à Controladoria-Geral da União. Segundo, porque cada um dos Poderes, os Tribunais de Contas e o Ministério Público deverão adotar regras procedimentais internas complementares à lei federal, instituindo a autoridade competente para apreciar os pedidos e a autoridade recursal competente. Essa definição de competência interna, nos moldes da lei federal, cabe a cada Poder, aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público, de forma autônoma e independente.

Nas hipóteses de decisões recursais denegatórias de acesso a informações oriundas do Poder Judiciário e do Ministério Público estas deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público (LAIP, artigo 19, § 2°).

5 LIMITES DE ACESSO A INFORMAÇÕES

Conquanto exposto que o amplo acesso a informações constitui a regra atual do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, fundado na publicidade e na transparência da coisa pública, há algumas situações genéricas em que a oferta ou acesso a informações fica restrita.

Há duas restrições genéricas ao acesso a informações.

A primeira hipótese genérica de restrição (LAIP, artigo 31) decorre da cláusula geral de inviolabilidade da vida privada e intimidade, direito fundamental positivado no artigo 5º do inciso X da Constituição da República[23] . Todos os documentos privados de que o Estado tenha a guarda estão acobertados pela inviolabilidade da intimidade. A rigor, em casos tais não há restrição de incidência da lei de acesso a informações, porque o direito fundamental que essa veicula é o de acesso a informações públicas, e não a qualquer informação de que o Estado tenha a guarda. Exemplificadamente, documentos relativos a dados pessoais de servidores públicos ou particulares, domicílio, contra-cheques, dados telefônicos, prontuários médicos, desconto de pensão alimentícia de servidor público, informações bancárias e empréstimos consignados em folha em pagamento decorrentes de vínculo funcional com a Administração, documentos relativos à declaração de imposto de renda, são todos acobertados pelo sigilo constitucional e, portanto, excluídos da incidência da nova lei. Assim, documentos que contenham

[23] "Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". A mesma proteção vem prevista no artigo XII Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU, que diz: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

informações pessoais somente poderão ser acessados por agentes públicos legalmente autorizados e somente poderão ser solicitados pelos próprios interessados, pessoalmente ou por representantes constituídos, pelo prazo de 100 (cem) anos.

A tutela do direito de acesso a esses documentos pessoais pelos próprios interessados viabiliza-se pela aplicação da Lei 9.507/1997 (Lei do *Habeas Data*). Os dados pessoais podem ser divulgados mediante consentimento prévio da pessoa a que se referirem os documentos ou por previsão legal, como ordem judicial, nos casos de tutela dos direitos de incapaz sem representante legal, defesa dos direitos humanos e do interesse da coletividade, quando preponderante, além de servirem à composição de dados estatísticos, vedada a identificação pessoal

A restrição à oferta de informações pessoais decorre, ainda, de sigilo específico *ex lege*, ou seja, decorrentes da lei. São exemplos os processos ou documentos produzidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, Comissões de Sindicância, Processos Administrativos, Inquéritos Policiais, em que o sigilo pode ser decretado para resguardo das apurações, além dos processos judiciais penais, de família, criança e adolescente, e todos aqueles definidos legislativamente como de segredo de justiça, e informações que contenham segredo industrial (LAIP, artigo 22).

A segunda hipótese genérica de restrição ao direito fundamental de acesso a informações são as decorrentes de classificação de sigilo a documentos impostos pela Administração. Tais documentos só podem ser assim classificados quando importarem risco à segurança da sociedade ou do Estado (LAIP, artigos 23 e 24).

Os documentos ou informações poderão ser classificadas, segundo o grau de sigilo e respectivo prazo, em ultrasecreta, pelo prazo de até 25 anos, secreta, pelo prazo de até 15 anos, e reservada, pelo prazo de até 5 anos (LAIP, artigo 24). A nova lei estabelece as autoridades federais do Poder Executivo competentes para a classificação, conforme o grau de sigilo (LAIP, artigo 27). Nos demais poderes da União, nos Estados e nos Municípios, além dos Tribunais de Contas e Ministério Público, não é exigida a adoção como parâmetro de simetria ao modelo normativo para ao Poder Executivo Federal. Em respeito à autonomia dos Poderes (Constituição da República, artigo

2°), do Ministério Público (Constituição da República, artigo 127, § 2°) e dos Tribunais de Contas (Constituição da República, artigos 73, *caput*, e 75, *caput* e parágrafo único), cada qual pode estabelecer as autoridades competentes para a classificação, reclassificação ou desclassificação dos documentos sigilosos. A mesma competência administrativa mantém-se em âmbito estadual, distrital e municipal, em razão da cláusula de abertura do artigo 45 e da ausência de exigência de observância ao parâmetro federal.

A classificação de informação como sigilosa, seja qual for o grau, deve ser formal e motivada pela autoridade (LAIP, artigo 28), com demonstração detalhada de que sua divulgação coloca em risco a segurança da sociedade e do Estado, além do prazo ou termo do sigilo (LAIP, artigo 24, *caput* e §5°), delimitadas nas exaustivas hipóteses dos incisos no artigo 23[24] . Pareceria evidente que o detalhamento do risco não deveria se relacionar com o teor da informação que se pretendesse impor fora da esfera do conhecimento do público, mas com as conseqüências fáticas de risco à segurança da sociedade ou do Estado. Contudo, o parágrafo único do artigo 28 coloca como sigilosa a própria decisão classificatória do sigilo. Na prática, ao requerer informações, o interessado será informado de que a informação requerida está classificada como sigilosa, não tendo acesso à decisão que motivou e justificou a restrição de acesso. A decisão indeferitória,

[24] "I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociação ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas, VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações"

nos termos do dispositivo do parágrafo único do artigo 28, somente mencionará que a informação requerida é sigilosa, sem qualquer motivação. Essa prática está em desconformidade com o dever de motivação das decisões judiciais e administrativas e com os valores que a própria lei pretende realizar. Para nós, a decisão deve ser fundamentada, com motivação o mais próxima possível do teor da informação que se pretende resguardar.

O artigo 21, *caput* e parágrafo único, veda a restrição de acesso a informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais e as que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

A vedação à divulgação de informações sigilosas pelo Estado (LAIP, artigo 25), sejam privados ou classificados, impõe aos seus servidores públicos e agentes políticos, e às pessoas físicas ou aos representantes de pessoas jurídicas que executem o tratamento de informações sigilosas, em razão de vínculo como Estado (LAIP, artigo 26, parágrafo único), o dever de abstenção em divulgar esses dados, resguardando o sigilo. O descumprimento desse dever, agindo mediante conduta que propicie a abertura desses dados, acarreta responsabilização pela prática de ato ilícito administrativo ou de improbidade administrativa (LAIP, artigo 32). Cabe lembrar que a imposição de eventual penalidade ao responsável, torna imprescindível a abertura de procedimento específico, em que assegurado o devido processo legal, em respeito ao contraditório e a ampla defesa.

Na linha do §6° do artigo 37 da Constituição da República, os órgãos e entidades públicas, e as pessoas físicas ou jurídicas privadas que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenham acesso a informação sigilosa ou pessoal, respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso (LAIP, artigo 34, *caput* parágrafo único).

6 CONCLUSÕES E DIRETIVAS

1. O Estado Constitucional repele o sigilo dos documentos públicos.

2. Todas as informações públicas devem ser espontaneamente fornecidas pelos sujeitos obrigados, em ambiente virtual ou físico, ou mediante provocação processual administrativa, com adoção de procedimentos e processos internos com regras definidas previamente.

3. A Lei de Acesso a Informações Públicas adota a publicidade dos documentos públicos como regra do sistema normativo brasileiro. Essa regra está fundada nos valores da república, da democracia e da transparência.

4. Toda interpretação dos dispositivos da Lei de Acesso a Informações Públicas deve considerar os valores da república, da democracia e da transparência, com o escopo de concretização do direito fundamental à informação. São esses os valores que a lei pretende proteger e atingir, e que, portanto, devem ser considerados como base inafastável de interpretação e aplicação. As informações públicas pertencem ao cidadão, e não ao Estado.

5. A regra da abertura de dados somente sofre restrição nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, notadamente a inviolabilidade da vida privada, prevista no artigo 5°, inciso X, da Constituição da República, e nas hipóteses de classificação de sigilo pelas autoridades competentes.

6. O dever em publicizar os dados públicos impõe aos servidores públicos e agentes políticos, e às pessoas físicas ou aos representantes de pessoas jurídicas que executem o tratamento de informações, em razão de vínculo como Estado, o dever de agir na divulgação desses dados. O descumprimento desse dever, retardando, recusando-se, omitindo-se ou fornecendo-a de forma incorreta, incompleta ou imprecisa, mediante conduta que propicie manutenção do sigilo das informações requeridas, acarreta responsabilização pela prática de ato ilícito administrativo ou de improbidade administrativa (LAIP, artigo 32).

7. Os servidores públicos e agentes políticos, e às pessoas físicas ou aos representantes de pessoas jurídicas que executem o tratamento de informações sigilosas, em razão de vínculo como Estado, têm o dever de abstenção em divulgar dados sigilosos, devendo resguardar o sigilo. O descumprimento desse dever, agindo

mediante conduta que propicie a abertura desses dados, acarreta responsabilização pela prática de ato ilícito administrativo ou de improbidade administrativa (LAIP, artigo 32). Nos casos dos itens 6 e 7, cabe lembrar que a imposição de eventual penalidade ao responsável, torna imprescindível a abertura de procedimento específico, em que assegurado o devido processo legal, em respeito ao contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 2008.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". O direito público em tempos de crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Ingo Sarlet, org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 99/127.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GREGÓRIO PECES – Barba Martinez , Eusébio Fernandez Garcia e Rafael de Asís Roig. **História de Los Derechos Fundamentales**, Tomo II, v. 2.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

PARECER Nº 15.724/12

GESTÃO DO HOSPITAL TRAMANDAÍ. POSSIBILIDADE DE FIRMATURA DE CONVÊNIO. ATENDIMENTO DE PACIENTES DE CONVÊNIO – RESSARCIMENTO DO SUS E CUSTEIO PELO PLANO PRIVADO.

Trata-se de expediente encaminhado pela Secretaria da Saúde, questionando sobre a possibilidade de firmatura de convênio com a Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas, de Sapucaia do Sul, para a gestão do Hospital Tramandaí. Questiona, ainda, sobre a forma de ressarcimento do SUS pelo atendimento prestado a pacientes detentores de planos privados de saúde. Por fim, o sr. Diretor do Departamento de Assistência Hospitalar e Ambulatorial (DAHA) elabora dúvida quanto à possibilidade de realizar-se atendimento aos usuários portadores de seguro privado de saúde no âmbito do SUS.

Narra a consulente que, em julho de 2011, a Secretaria Estadual da Saúde foi informada, repentinamente, pela Ulbra, anterior gestora do Hospital Tramandaí, da impossibilidade de manutenção das atividades daquele nosocômio e da imediata suspensão das atividades do mesmo. Tratando-se de hospital referência na região, único do município, o encerramento de suas atividades deixaria desassistida a população local. Caracterizada a emergencialidade da situação, e tendo em vista a experiência da Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas (FHMGV), de Sapucaia do Sul, na prestação do serviços de gestão hospitalar, com sucesso, procedeu a Secretaria à contratação emergencial desta fundação, com fulcro no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93. Foi exarada, à época, a Informação nº 081/11/PDPE, que concluiu pela possibilidade de dita avença, recomendando fosse iniciado, desde logo, procedimento para a solução definitiva da questão.

Extinta a contratação emergencial pelo decurso do prazo, questiona a SES quanto ao instrumento jurídico mais adequado para a formalização da avença, se poder-se-ia firmar convênio com a FHMGV. O DAHA questiona sobre a possibilidade de atendimento, no âmbito do SUS, de pacientes portadores de plano privado de

saúde (convênios). Encaminhado o expediente à assessoria jurídica da SES, esta questiona, ainda, sobre a forma de ressarcimento do SUS pelo atendimento de pacientes que possuem convênio privado.

O expediente é encaminhado a esta PGE, em regime de urgência, para orientação jurídica sobre o tema.

É o relatório.

A fim de melhor esclarecer as questões postas, primeiramente analisar-se-á a possibilidade de firmatura de convênio para formalização da avença exposta.

Quanto ao atendimento, pelo SUS, de pacientes portadores de seguro de saúde privado, existem dois enfoques postos no presente expediente: a possibilidade de atendimento destes pacientes, questionada pelo DAHA; e a forma de ressarcimento deste atendimento, questionada pela assessoria jurídica. Neste ponto, há que se distinguir sobre a forma de prestar-se este atendimento. Ao que parece, indaga o DAHA sobre a possibilidade deste atendimento ser prestado de forma diferenciada, com os privilégios garantidos pelos convênios, reservando parte dos leitos do nosocômio para esta finalidade, e cobrando-se os valores diretamente dos convênios. Neste caso, não haveria o custeio do atendimento pelo SUS. A assessoria jurídica, por sua vez, busca elucidar a situação em que o paciente é atendido no âmbito do SUS, em igualdade de condições com os pacientes que não possuem plano privado de saúde, sendo o atendimento custeado pelo SUS, que posteriormente buscaria o ressarcimento dos valores despendidos junto ao plano de saúde do paciente.

Assim, posteriormente, dividir-se-á esta questão sob dois aspectos diversos: o atendimento dos pacientes com plano privado, no âmbito do SUS, com custeio pelo próprio SUS e, o atendimento, em hospital público, com custeio pelo plano privado de saúde.

Da possibilidade de firmatura de convênio

Inicialmente, devido à emergencialidade da situação posta em julho de 2011, foi a Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas contratada pelo Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio da

Secretaria da Saúde, pelo prazo de 180 dias, para o seguinte objeto (fl. 30):

> "O presente instrumento tem por objeto estabelecer as bases da relação entre as partes, contratar a FHMGV para gerir o Hospital Tramandaí integrando-o ao Sistema Único de Saúde – SUS e definindo a sua inserção na rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde hospitalares e ambulatoriais, visando à garantia atenção integral à saúde, no que for possível, em todas as áreas contratadas, dentro do limite de sua capacidade instalada e pactuada à saúde dos usuários do Sistema Único de Saúde que deles necessitem.
>
> §1º Os serviços contratados encontram-se discriminados no Plano Operativo previamente definido entre as partes (Anexo I), que integram este instrumento, na Ficha de Programação Orçamentária e na Ficha de Cadastro de Estabelecimento de Saúde, para todos os efeitos legais, devendo estar à disposição do Complexo Regulador local.
>
> §2º Os serviços ora contratados estão referidos a uma base territorial populacional, conforme Plano de Regionalização da Secretaria Estadual da Saúde, PDR, e serão ofertados conforme indicações técnicas de planejamento da saúde, compatibilizando-se demanda e disponibilidade de recursos financeiros do SUS."

Portanto, busca o Estado a gestão do Hospital Tramandaí, de forma a atender as demandas de saúde daquela região.

A FHMGV, por sua vez, foi criada pela Lei Municipal nº 3.224/10, do Município de Sapucaia do Sul, que assim dispõe:

> "Art. 7º – A Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas terá a finalidade de, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, prestar serviços de saúde em todos os níveis de assistência hospitalar, inclusive os serviços de atendimento móvel de urgências, além de poder desenvolver atividades na área da atenção básica a saúde, de ensino e pesquisa científica e tecnológica na área da saúde, de acordo com os princípios, as normas e os objetivos constitucionais e legais do SUS.
>
> Art. 8º – A Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas celebrará contratos de gestão e convênios com o Poder Público.
>
> (…)

> Art. 10 – Os serviços de saúde prestados pela Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas deverão ser organizados em conformidade com as diretrizes e normas do Sistema Único de Saúde – SUS, devendo servir de campo de prática para ensino e pesquisa na área da saúde, mediante convênios com o Poder Público e instituições de ensino e pesquisa, públicas e privadas."

Os mesmos objetivos estão postos em seu estatuto, aprovado pelo Decreto nº 3.699/10, do Município de Sapucaia do Sul. Saliente-se que a denominação Fundação Hospitalar Sapucaia do Sul, utilizada nos documentos constantes do presente expediente, trata-se de nome fantasia utilizado pela FMHGV.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336-337) assim define o instrumento jurídico do convênio:

> "O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas o com entidades privadas.
>
> Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.
>
> O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios 'no que couber'. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação de Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º.
>
> As diferenças que costumam ser apontadas entre contrato e convênio são as seguintes:
>
> a) no contrato, os interesses são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos; por exemplo, em um contrato de compra e venda, o vendedor quer alienar o bem para receber o melhor preço e o comprador quer adquirir o bem pagando o menor preço; no convênio, também chamado de ato coletivo, todos os participantes querem a mesma coisa;

b) os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem, por meio de convênio, para alcançá-los; por exemplo, uma universidade pública – cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade – celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros; é o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação; é também o que se verifica com os convênios firmados entre Estados, Municípios e União em matéria tributária para coordenação dos programas de investimentos e serviços públicos e mútua assistência para fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações;

c) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção etc., que serão usufruídos por todos os partícipes, o que não ocorre no contrato;

d) no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;

e) dessa diferença resulta outra: no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas;

f) nos contratos, 'as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma) – ao passo que

> nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns' (cf. Edmir Netto de Araújo (1992:145);
>
> g) em decorrência disso, há uma outra distinção feita por Edmir Netto de Araújo (1992:146): 'a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os convenentes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença)'."

Para caracterização de um convênio, portanto, necessário que haja um objetivo comum a ser perseguido. No caso em tela, verifica-se que, tanto o Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio da Secretaria Estadual da Saúde, quanto a FHMGV, buscam o atendimento aos serviços de saúde.

Em caso similar, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela viabilidade de realização de convênio, como transcrito a seguir:

> **"AÇÃO POPULAR. LEI 4.717/65. LEGALIDADE E LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO LATO SENSU. CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. EFICÁCIA CONSTITUTIVA NEGATIVA E CONDENATÓRIA. PERDAS E DANOS. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRELIMINAR CONTRA-RECURSAL DE NÃO-CONHECIMENTO**. Descabido o acolhimento da prefacial de não-conhecimento dos apelos, porquanto as peças recursais apresentam suficiente fundamentação fática e jurídica à análise da matéria por este Tribunal, além de pedido específico ao provimento do recurso, a fim de reforma da decisão singular. O fato novo apontado pelos apelados como fundamento da sentença consubstancia-se em apenas um dos diversos argumentos esposados pelo Magistrado a quo para firmar seu convencimento acerca da procedência da ação popular, prescindindo de impugnação específica a todas as alegações explicitadas na decisão judicial. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. Inexiste a nulidade apontada pelo primeiro apelante, por afronta ao artigo 7º, inciso III, da Lei 4.717/65, na medida em que o ato inquinado de ilegal e lesivo ao patrimônio público, o qual ensejou a propositura da *actio popularis*, foi praticado em época anterior ao Governo Olívio Dutra, não obstante a renovação por ele realizada, além do que não houve a identificação precisa do responsável pela prática do ato, de modo que não procede o pedido para integração à lide do então Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul. Preliminar rejeitada.

CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS. A hipótese configura a realização de um convênio, não obstante a existência de obrigações de cada uma das partes, porquanto visam à concretização de um interesse comum, qual seja o atendimento à comunidade dos serviços de saúde pública. Reconhecimento da existência de obrigações recíprocas inclusive nos convênios, pois obrigatoriamente cada parte deverá promover esforços para atingir a finalidade previamente estabelecida.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS. A condução da administração de um bem público que presta atendimento de saúde à população, considerado o dever estabelecido ao Estado pela Carta Política, constitui um dos serviços técnicos referidos no artigo 13 da aludida legislação. Aplicabilidade do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/95.

CARGA EFICACIAL DA AÇÃO POPULAR. As ações recebem classificação em razão de sua carga eficacial preponderante, pois não há ação pura, variando de 1 a 5, atribuídas a cada uma das espécies (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva), em constante 15, definida a natureza da ação pela predominância daqueles elementos (também chamados de parcelas). As cargas eficaciais da ação de direito material e da sentença não têm correspondência necessária, já que a classificação pressupõe a sentença de integral satisfação. Já em relação à carga de eficácia da "ação" de direito processual há identidade com aquela da sentença em razão da adoção, no nosso direito processual, do princípio

dispositivo. Preponderância da carga eficacial constitutiva negativa e condenatória na **ação popular**, relacionada aos seus requisitos de admissibilidade, ilegalidade e lesividade.

CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO AOS PARTÍCIPES E BENEFICIÁRIOS DO ATO. PROVA DO PREJUÍZO MATERIAL AO ERÁRIO. Inadmissibilidade da condenação em perdas e danos, diante da inexistência de comprovação de prejuízo material ao erário, inclusive quando a prova coligida dá conta de que os valores repassados foram utilizados no pagamento de pessoal, melhoramento das condições de higiene, aquisição de equipamentos e materiais adequados, gastos que demonstram a destinação dos valores ao atendimento de sua obrigação-fim (prestação adequada de serviços de saúde à comunidade).

ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. Diante da reforma da sentença, os encargos sucumbenciais devem ser alterados, recaindo a sucumbência aos autores da ação popular, que, todavia, não merecem suportá-los, diante da isenção atribuída constitucionalmente ao autor da referida demanda quanto ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, "salvo comprovada má-fé" (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e considerando-se a ausência de comportamento malicioso dos postulantes, o que não se justificaria a sua condenação ao pagamento de tais ônus.

Preliminares argüidas no primeiro apelo e nas contra-razões recursais dos segundos apelados rejeitadas. Primeiro, terceiro e quarto apelos parcialmente providos, prejudicado o exame do segundo." (Apelação nº 70004487229, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, 2ª Câmara Cível, j. 02/06/2004)

Tendo em vista a comunhão de interesses entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas, bem como a decisão judicial acima transcrita, entende-se possível a realização de convênio para a prestação de serviços de gestão do Hospital Tramandaí.

Do ressarcimento ao SUS pelos planos privados de saúde

O direito à saúde está posto no art. 196 da Constituição Federal, que garante a todo e qualquer cidadão brasileiro o acesso igualitário às ações e serviços para a sua promoção. Desta forma, não poderia o prestador de serviços, no âmbito do SUS, deixar de prestar atendimento a qualquer usuário, ainda que possua plano privado de saúde.

Na situação em análise, o atendimento ocorre no âmbito do SUS, sem qualquer diferenciação, de paciente que possui plano privado de saúde. Nesse caso, é possível o ressarcimento ao SUS, por parte do plano privado, pelos serviços prestados. Tal hipótese está prevista no art. 32 da Lei nº 9.656/98, que regula:

> "Art. 32 - Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS."

A fundamentação para a cobrança destes valores é o enriquecimento sem causa das operadoras privadas de serviços de saúde. Isto porque, percebem valores dos usuários para a prestação de um serviço que, nesta situação, é executado pelo SUS. No dizer de Otávia Míriam Lima Santiago Reis (O Ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança. Disponível em: <http://anstabnet.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Mono_Ressarcimento%20otica%20juridica%20-%20Otavia_Reis.pdf>. Acesso em: 10.abr.2012):

> "Como já fora demonstrado neste trabalho, a assistência privada à saúde se dá através de contratos privados de prestação de serviços por meio dos quais a operadora do plano se compromete a prestar assistência à saúde, dentro dos limites estipulados pelo contrato, e, em contraprestação, os contratantes pagam uma mensalidade à operadora.

Para caracterizar o primeiro elemento - enriquecimento sem causa – é necessário que a operadora tenha um enriquecimento quando o seu usuário usufrui do

SUS. Consoante o conceito de Agostinho Alvim, retromencionado, o enriquecimento compreende qualquer aumento do patrimônio, ou diminuição evitada. Ora, quando um cliente da operadora paga sua mensalidade e usa os serviços do SUS, resta claro que a operadora deixa de ter uma diminuição no seu patrimônio, afinal, não precisou custear os serviços do seu cliente.

Exige-se, ainda, que o enriquecimento seja sem justa causa. Neste ponto, poder-se-ia dizer que o ressarcimento ao SUS não é devido porque o enriquecimento das operadoras tem uma causa, qual seja, o contrato celebrado com o beneficiário do plano. Entretanto, a simples existência do contrato não justifica o enriquecimento das operadoras, é preciso, ainda, que este enriquecimento se dê de forma justa. Assim, quando uma operadora de plano de saúde celebra um contrato de prestação de serviços, tem o direito às mensalidades do usuário e o dever de prestar os serviços. Se assim proceder (recebe as mensalidades e presta os serviços), todo o lucro auferido com essa atividade será um enriquecimento justo. Entretanto, a partir do momento que a operadora recebe as mensalidades e não presta os serviços, pois o beneficiário utilizou o SUS, a empresa privada está se enriquecendo, injustamente, dos valores das mensalidades. Confortável a situação das operadoras, afinal, elas recebem para prestar os serviços, mas não precisam desembolsar nenhum valor para presta-los, porque o Sistema Público atende gratuitamente os seus clientes.

No que tange ao segundo elemento - empobrecimento do SUS - é claro que o sistema público sofre um prejuízo toda vez que é utilizado por um cliente de plano privado, afinal, esta utilização compromete ainda mais a assistência da população em geral, que em sua grande maioria pode usufruir, unicamente, do serviço público. O SUS é um sistema que visa garantir a assistência à saúde a toda população, logo, envolve custos altíssimos, pelo que é financiado por toda sociedade. Mesmo diante das várias fontes de custeio, é de conhecimento público a crise pela qual passa o sistema de saúde (faltam remédios, leitos, médicos,...). A população carente, sem dúvida, é que mais suporta essas deficiências, e tem sua situação agravada ainda mais, quando o serviço público é utilizado por pessoas que poderiam ter

> utilizado um serviço privado, pelo qual, ressalte-se, já pagaram. Importa observar que o ressarcimento ao SUS não implica em ofensa ao direito à saúde, enquanto direito público subjetivo. Ao revés, toda pessoa que se dirige ao SUS, seja beneficiária de plano privado ou não, recebe a assistência à saúde. O Estado continua oferecendo a assistência gratuitamente, pelo que o indivíduo não terá que desembolsar mais nenhum valor.
>
> Por fim, resta averiguar se há um nexo de imediatidade entre o enriquecimento da operadora e o empobrecimento do SUS. Note-se que a operadora sofre um acréscimo patrimonial sempre que recebe para prestar o serviço e não o presta. Ora, a diminuição no patrimônio foi evitada graças à utilização do SUS. Vê-se, portanto, que há um nexo entre as duas situações: o sistema público atende todos os indivíduos porque tem o dever de faze-lo, e a operadora se locupleta dos valores que não gastou no tratamento de seu cliente."

Muito embora tenha havido questionamento quanto à constitucionalidade do dispositivo legal (ADI 1.931-MC/DF), este foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar, sendo que ainda não houve julgamento definitivo da lide. Posterior alteração da redação do artigo, trazida pela Medida Provisória nº 2.177-44/01, não alterou a decisão liminar, pois o sentido do artigo permanece o mesmo, como consta da seguinte decisão:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXISTÊNCIA DE ADI SOBRE O TEMA, NA QUAL A MEDIDA CAUTELAR FOI INDEFERIDA. JULGAMENTO IMEDIATO DE OUTRAS CAUSAS SOBRE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/1998. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> I – A existência de decisão em controle abstrato, na qual a medida cautelar foi indeferida, não impede o julgamento de outros processos sobre idêntica controvérsia. Precedentes.
>
> II – A jurisprudência desta Corte ratificou a tese da constitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/98. Precedentes.
>
> III – Agravo regimental não provido." (Ag. Reg. no Re 558.919, rel. Min. Ricardo Lewandowsky, 1ª Turma, j. 15/12/2009)

O próprio art. 32 da Lei nº 9.656/98 determina que caberá à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a edição de normas para regulamentação do ressarcimento ao SUS. Neste escopo, foi expedida a Resolução Normativa nº 185, de 30/12/2008, que define a competência e o procedimento para cobrança dos referidos valores:

> "Art. 3º – Atendimento a ser ressarcido pela operadora de plano privado de assistência à saúde – OPS é a utilização de serviços de atendimento à saúde por beneficiário em prestador público ou privado, conveniado ou contratado, integrante do SUS, desde que cobertos pelo plano privado de assistência à saúde ao qual está vinculado o beneficiário, ainda que o prestador não integre a rede assistencial da OPS.
>
> Art. 5º – A identificação é procedimento administrativo, de competência da Diretoria de Desenvolvimento Setorial – DIDES, que verifica a ocorrência da obrigação legal de ressarcir ao SUS, por meio da constatação de atendimento no SUS a beneficiário, do cálculo do montante devido e da determinação da OPS devedora.
>
> Art. 7º – A identificação será realizada mediante cruzamento de bancos de dados relativos aos atendimentos realizados pelo SUS com as informações cadastrais das OPS, constantes do banco de dados da ANS, nos termos do art. 20 da Lei 9.656/98, e da regulamentação da ANS.
>
> (...)
>
> Art. 8º – A prestadora de serviços ao SUS que comprovadamente estiver utilizando mecanismos próprios para identificação de beneficiários, em prejuízo da universalidade de acesso de seus usuários, será representada aos órgãos de controle e avaliação do SUS.
>
> Art. 9º – No procedimento de ressarcimento ao SUS será utilizado o meio eletrônico para armazenamento, tramitação e visualização de processos, notificações, intimações, e transmissão de peças processuais.
>
> Art. 10 – O protocolo de petições, de recursos, de documentos e a prática de atos processuais em geral pelas OPS serão realizados exclusivamente por meio eletrônico, mediante uso de assinatura

> eletrônica e senha, sendo obrigatório o credenciamento prévio na ANS de representante para atuar nos processos de ressarcimento ao SUS, conforme a ser disciplinado em Instrução Normativa pela DIDES.
>
> Art. 43 – Compete a ANS a cobrança judicial e extrajudicial dos créditos referentes ao ressarcimento ao SUS, juros e multa de mora, e a multa processual.
>
> Art. 51 – Os valores recolhidos pelas OPS a título de ressarcimento ao SUS serão partilhados pela ANS conforme ato em conjunto com o Ministério da Saúde.
>
> Art. 52 Até o último dia útil de cada mês, a ANS publicará em sua página na Internet demonstrativo de repasse com as seguintes informações:
>
> I - identificação do gestor do SUS responsável pelos atendimentos ressarcidos;
>
> II - competência dos atendimentos ressarcidos;
>
> III - valor recolhido; e
>
> IV - data do repasse ao SUS.
>
> IV - data do repasse, conforme legislação específica."

O cabimento do ressarcimento ao SUS pelos planos privados tem sido confirmado pela jurisprudência, como se verifica dos seguintes julgados:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INTEGRAÇÃO DO JULGADO. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98.
>
> - O recurso interposto somente é cabível quando houver obscuridade, contradição ou omissão de algum aspecto sobre o qual deveria o Juízo ter-se pronunciado, obrigatoriamente.
>
> - Constata a existência de omissão, sana-se o vício, integrando o julgado.
>
> - "O ressarcimento ao SUS é devido sempre que um usuário de plano de saúde privado recorre ao sistema público, não

importando se o contrato foi firmado antes do advento da Lei 9.656/98 ou se os atendimentos foram realizados fora da área de cobertura geográfica, porquanto o ato de cobrança do ressarcimento decorre de previsão legal expressa, não se encontrando vinculado a questões contratuais, mas ao atendimento realizado pelo SUS aos cidadãos que também são beneficiados por um plano de saúde suplementar" (AC 420498, Sétima Turma Especializada, Rel. Juiz Federal Convocado Luiz Paulo S. Araújo Filho, no afast. Relator, DJ 24/07/2008; AC 364528, Quinta Turma Especializada. Rel. De.Fed. Vera Lúcia Lima, DJ de 13/11/2008).

- Da análise da documentação acostada aos autos não é possível verificar se os procedimentos realizados estariam dentro do prazo de carência, se seriam, ou não, casos de urgência ou emergência, se os atendimentos teriam sido realizados fora da área de abrangência do contrato, assim como, se houve, efetivamente, exclusão de beneficiários.

- Deixando de ser acostados aos autos os termos de adesão e/ou respectivos contratos, atinentes aos consumidores, devidamente associados as AIH´s correspondentes, bem como documentação, legível, comprovando a exclusão do beneficiário, não há como entender provada necessária desvinculação entre os beneficiários que foram atendidos pelo SUS e a operadora de saúde.

- Comprovando a operadora do plano que à época do atendimento o beneficiário não pertencia mais ao quadro de funcionários da contratante do plano de saúde, incabível o ressarcimento.

- No mais, o voto condutor do acórdão embargado encontra-se devidamente fundamentado, inexistindo outros vícios que possam autorizar sua reforma em sede de declaratórios.

- Recurso parcialmente provido." (Ação Rescisória nº 2007.02.01.017245, Rel. Des. Fed. Fernando Marques, 3ª Seção Especializada, TRF2, j. 17/02/2011).

"ADMINISTRATIVO. OPERADORAS DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98.

> 1. Não vislumbrada inconstitucionalidade na Lei nº 9.656/98, que estabelece o ressarcimento pelos serviços prestados por instituições de assistência à saúde a conveniados de operadoras de planos privados que, porventura, venham a fazer uso do Sistema Único de Saúde.
>
> 2. O art. 32 da Lei nº 9.656/98 somente prevê o ressarcimento de despesas médicas relativas ao atendimento pelo SUS, não estabelecendo nova fonte de custeio para a Seguridade Social, devendo ser afastada a alegada inconstitucionalidade. O atendimento pelo SUS de pessoas conveniadas aos planos de saúde não pressupõe violação ao art. 196 da CF/88.
>
> 3. Apelação improvida." (Apelação Cível nº 2007.71.00.008890-0, Rel. Des. Fed. Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, 3ª Turma, TRF4, j. 08/07/2009)

Do regramento exposto, tem-se que a competência para a identificação de eventuais ressarcimentos e para sua cobrança é da ANS. A identificação dá-se por cruzamento de dados de forma eletrônica, sendo vedado aos prestadores de serviços que procedam à verificação da existência de conveniados. De igual sorte, a cobrança judicial deste valores também cabe à ANS que, posteriormente, fará a distribuição dos valores arrecadados.

Assim, respondendo-se ao questionamento posto pela assessoria jurídica da SES, tem-se que não cabe a inclusão de cláusula em convênio determinando a informação de atendimento a usuários que possuam plano privado de saúde. Tampouco poderia a SES proceder à cobrança de tais valores, conforme expresso na Lei nº 9.656/98 e RN 185/08.

Do atendimento a pacientes portadores de planos privados de saúde

Como já esclarecido anteriormente, passar-se-á à análise da viabilidade jurídica do atendimento, em hospitais públicos, de pacientes vinculados a planos privados de saúde, com custeio

diretamente pelos convênios. Por óbvio, haverá que ser o atendimento de acordo com o plano de saúde do usuário, com todos os benefícios ali constantes.

Decorre que, deste atendimento diferenciado, haverá distinção entre os dois públicos que procuram o hospital: de um lado, os usuários do SUS, expostos à delonga de filas para marcação de consultas e exames, oriundos necessariamente de encaminhamento pelos postos de saúde, em acomodações singelas e muitas vezes precárias. De outro lado, os usuários de convênios, com acomodações de maior conforto, maior agilidade no atendimento, e encaminhados diretamente por seus médicos. É o fenômeno conhecido como "dupla porta" de entrada, que tem causado grandes debates e polêmica na sociedade.

As alegações contrárias a esta prática fundamentam-se na afronta aos princípios da universalidade e da equidade previstos na Constituição Federal. De outra banda, seus defensores afirmam que os atendimentos particulares e de convênios são utilizados para complementar o custeio e aprimorar o atendimento dos usuários do SUS, uma vez que os valores alcançados pelo Sistema Único de Saúde são insuficientes.

Sob o ponto de vista jurídico, podemos citar duas ações judiciais que discutem o tema, sendo que os dois casos encontram-se em tramitação, não tendo havido decisão definitiva. Tratam-se de ações movidas pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul contra o Hospital de Clínicas de Porto Alegre, e pelo Ministério Público de São Paulo contra o Estado de São Paulo.

Na ação civil pública nº 2009.71.00.003341-4, o Ministério Público Federal pleiteia que o atendimento no Hospital de Clínicas de Porto Alegre seja integralmente pelo SUS, excluindo-se o atendimento a pacientes particulares e de convênio, de forma diferenciada. A ação foi recentemente decidida em 1º grau, tendo sido julgada improcedente. Muito embora não haja identidade de situação fática com o caso em análise, uma vez que trata-se de Hospital Escola, com regramentos diversificados, cabe transcrever parte da sentença, que traz elementos a serem considerados no caso em tela:

"A controvérsia estabelecida na presente demanda cinge-se à pretensão deduzida na inicial para que o réu Hospital de Clínicas de Porto Alegre se abstenha de prestar serviços e dedicar leitos hospitalares a pacientes particulares ou por meio de convênios privados de saúde, e que passe a disponibilizar toda sua capacidade operacional e leitos ao Sistema Único de Saúde. Objetiva a presente ação civil pública, ainda, que o réu se abstenha de receber recursos que não sejam provenientes do Sistema Único de Saúde ou de orçamentos públicos, excetuadas verbas decorrentes de atividades de pesquisa. Para atingir tais pretensões, pleiteia o autor, ademais, que os entes da federação, Município de Porto Alegre e Estado do Rio Grande do Sul, realoquem verbas a fim de que seja absorvida a demanda própria decorrente do atendimento integral ao Sistema Único de Saúde, bem como para que a União fiscalize o cumprimento do julgado.

Contrariamente à tese defendida na inicial, o réu Hospital de Clínicas de Porto Alegre defende que é constituído sob a forma de empresa pública e que seria apenas conveniado ao SUS, salientando que a forma de acesso dos pacientes aos hospitais conveniados é definida de acordo com os critérios estabelecidos pelo gestor do sistema, no caso o Município de Porto Alegre. Defendeu, além disso, que mesmo fazendo parte da administração indireta da União, possuiria autonomia administrativa e financeira, o que viabilizaria a forma em que é operacionalizado o atendimento no hospital, seja pela via particular ou por via dos convênios, salientando que não estaria obrigado a acatar a abstenção pretendida pelo Ministério Público Federal diante da ausência de qualquer amparo constitucional ou legal.

(...)

A partir de então a execução do convênio se deu de acordo com o Plano Operativo elaborado pelo gestor do SUS, no caso o Município de Porto Alegre, e o hospital réu, com a definição de metas, consoante disposto na cláusula quinta acima descrita. Neste aspecto, mostra-se relevante a defesa quando afirma que sempre cumpriu as metas exigidas pelo gestor, inclusive com a superação destas sem o correspondente custeio, afirmação esta que não restou contraditada nos autos. Aliás, esta é uma queixa antiga do hospital em relação ao gestor, como se vê da manifestação no Inquérito Civil no ano de 1999 (fl. 573, Anexo I, Vol. 3). Também já nos anos

de 2001 e 2002 o gestor informava sobre a existência de um teto financeiro de recursos destinados ao Município para fazer frente às despesas com o Sistema Único de Saúde e que limitava o pagamento das faturas aos hospitais conveniados, confirmando a alegação do hospital réu de que excedia os procedimentos contratados (fls. 648/649, Anexo I, Vol. 3), e de que seria inviável o aumento de repasse de recursos ao hospital por conta de ampliação de leitos em vista do esgotamento do referido teto financeiro (fl. 654, Anexo I, Vol. 3).

Assim, defende o hospital réu que a interpretação correta para a dedicação de 100% ao Sistema Único de Saúde se restringiria à obrigação de cumprimento das metas estabelecidas pelo gestor, destacando que este jamais pretendeu o atendimento exclusivo ao Sistema Único de Saúde pelo hospital, em virtude da ausência de verbas orçamentárias para custeá-lo. Neste aspecto, cabe referir a posição do Município de Porto Alegre declinada em sua contestação de que não se oporia que o hospital réu dedicasse 100% de seu atendimento ao Sistema Único de Saúde, desde que houvesse o correspondente custeio por verbas federais, o que parece não existir. Com efeito, o equilíbrio econômico-financeiro do convênio está garantido tanto pelas disposições contidas nos atos normativos acima apontados, como no próprio contrato, não havendo como se impor ao réu a obrigação pretendida na inicial sem a correspondente fonte de custeio. Por seu turno, a União afirma em sua contestação que o réu, além de ter prorrogada a sua certificação como hospital de ensino, teria até o ano de 2010 para cumprir os requisitos previstos na Portaria Interministerial MEC/MS 2.400/07, que revogou a Portaria nº 1.000/04, dentre eles a migração para o atendimento exclusivo ao Sistema Único de Saúde. Destacou, ainda, que seus órgãos responsáveis não teriam conhecimento de qualquer irregularidade no cumprimento do convênio pelo hospital, o que reforça a conclusão do réu acerca de inexistir, até pelo menos o ajuizamento da demanda, o efetivo interesse dos entes federados em ver cumprido o requisito de exclusividade previsto nos atos normativos expedidos pela União.

Nota-se que, embora a Portaria Interministerial 1.000/04 tenha sido efetivamente revogada pela Portaria Interministerial 2.400/07, esta, além de prever a integralização da meta de 100% do atendimento hospitalar ao Sistema Único de Saúde,

no prazo de 2 anos, previu igualmente a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do convênio, assim dispondo:

Art. 7º Definir que as unidades hospitalares que desejarem ser certificadas como Hospital de Ensino deverão cumprir os seguintes requisitos:

...

XII - dedicar um mínimo de 60% da totalidade dos leitos ativos e do total dos procedimentos praticados ao Sistema Único de Saúde :

a) os hospitais públicos devem assumir o compromisso de ampliar gradualmente essa porcentagem, até atingir 100%, no prazo de dois anos, sendo asseguradas as condições de equilíbrio econômico-financeiro no convênio com o gestor local do SUS;

b) todos os benefícios decorrentes das novas modalidades conveniadas/contratuais entre os hospitais de ensino e o gestor serão proporcionais ao numero de leitos e procedimentos destinados ao SUS;

Não fora isso, o Estado do Rio Grande do Sul, ao sustentar a responsabilidade do Município de Porto Alegre, gestor local do Sistema Único de Saúde, defendeu a inviabilidade do atendimento do pedido deduzido na inicial *"uma vez que o repasse financeiro aos Municípios é devidamente pactuado junto a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), que é a instância básica para a viabilização dos propósitos integradores e harmonizadores do SUS, sendo o fórum de negociação, integrados pelos gestores municipal e estadual. Além disso, há necessidade da descentralização dos serviços para que a alta Complexidade possa ser presta o mais próximo possível ao domicílio dos usuários, de forma a não prejudicar os municípios do interior e seus cidadãos, onerando, ainda mais, os Tesouros Municipais com deslocamentos dos mesmos a Porto Alegre. Ademais, os recursos financeiros em questão são federais, não havendo autonomia do Estado quanto ao repasse de verbas públicas aos municípios, pois, como antes exposto, a pactuação integra a regionalização do SUS e é discutida de forma colegiada junto à CIB " (fl. 622).*

> Há que se concluir, portanto, que a matéria envolve a própria gestão do sistema, já que, para dar viabilidade ao alcance da meta de 100% de atendimento ao Sistema Único de Saúde, seria necessária a realocação de verbas e um novo gerenciamento sobre os serviços prestados em âmbito municipal e estadual. Com efeito, considerando que o Sistema Único de Saúde é disciplinado e gerido por todas as esferas de governo (União, Estado e Município), por meio de ações articuladas que ordenam os serviços prestados na área de saúde e as fontes de custeio, a intervenção do Poder Judiciário, no caso concreto, onde não resta claro como se daria o correspondente equilíbrio econômico-financeiro do convênio pactuado entre o Município e o hospital réu, dependendo de políticas de gestão e de orçamento (art. 36 da Lei nº 8.080/90), mostra-se indevida, sob pena de violação do postulado da separação dos poderes. Isso porque não há como o Poder Judiciário se substituir à Administração Pública para determinar um comando genérico de realocação de recursos públicos para fazer frente à demanda de um único hospital público, mormente quando existente um convênio com o gestor do Sistema Único de Saúde, que não restou denunciado por nenhuma das partes, embora existente cláusula específica neste sentido, justamente porque o hospital vem cumprindo as metas estabelecidas de comum acordo, inclusive ultrapassando-as sem o correspondente ressarcimento. Aliás, causa certa perplexidade o fato de existir a possibilidade de denúncia do convênio por ambas as partes, o que tornaria possivelmente ineficaz o comando judicial que acolhesse o pedido deduzido na inicial, acaso, em seguida, fosse denunciado o convênio. O provimento judicial, nessa hipótese, restaria condicionado à vigência do convênio."

O enfoque utilizado pela decisão supracitada, portanto, baseia-se no equilíbrio econômico-financeiro do convênio. Assim, somente poderia exigir-se do nosocômio a utilização integral pelo SUS, sem recebimento de outras verbas, se pudesse haver o custeio integral, correspondente ao atendimento realizado pelo sistema público de saúde, sem restrições orçamentárias.

Fundamento diverso foi utilizado na ação civil pública nº 0029127-38.2011.8.26.0053, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o aquele Estado, visando suspender

os efeitos no Decreto nº 57.108/2011, daquele Estado, que prevê a destinação de 25% dos leitos existentes em hospitais públicos, gerenciados por Organizações Sociais, para o atendimento de pacientes particulares ou de convênios. O processo encontra-se em tramitação, somente tendo sido decidido o pedido liminar, nos seguintes termos:

> "Vistos. O questionamento que o autor faz na inicial, para o fim de obter a liminar, diz respeito à necessidade de suspensão dos efeitos concretos do Decreto Estadual 57.108/2011 que possibilita a destinação de 25% dos leitos existentes nos hospitais públicos estaduais gerenciados por Organizações Sociais. De fato, há relevância e verossimilhança no direito alegado na inicial notadamente porque os bens onde os serviços são prestados são públicos e por definição constitucional devem servir aos usuários do sistema único de saúde. Como se não bastasse, os documentos que instruem a inicial revelam que o requerido deixou de aplicar o dinheiro devido na área da saúde, há filas de espera de atendimento e demanda reprimida (fl. 130), sem falar no fato de que a cobrança do ressarcimento dos gastos deve ser feito pela ANS. Essas afirmações revelam que o efeito pretendido pelo mencionado Decreto favorece 'a prática de 'dupla porta' de entrada, selecionando beneficiários de planos de saúde privados para atendimento nos hospitais públicos geridos por Organizações Sociais, promovendo, assim, a institucionalização da atenção diferenciada com: preferência na marcação e no agendamento de consultas, exames e internação; melhor conforto de hotelaria, como já acontece em alguns hospitais universitários no Estado de São Paulo' (fl. 130). Nesse contexto, portanto, vê-se evidente afronta ao Estado de Direito e ao interesse público primário da coletividade. Dessa hipótese emerge o perigo da demora uma vez que nenhum contrato de gestão foi firmado,alterado ou aditado para abranger a nova situação jurídica questionada. Pelo exposto,defiro a liminar para determinar que o requerido se abstenha de celebrar contratos de gestão, alterações ou aditamentos de contratos de gestão, com organizações sociais, suspendendo-se, por ora, os efeitos concretos do Decreto Estadual n. 57.108/2001, fixando-se multa diária de R$10.000,00 a ser arcada pessoalmente pelos agentes públicos que descumprirem as obrigações oriundas desta decisão

> judicial. Cite-se e intime-se, ficando o(s) réu(s) advertindo(s) do prazo de 60 dias para apresentar(em) a defesa, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos articulados na inicial, nos termos do artigo 285 do Código de Processo Civil. Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado. Cumpra-se na forma e sob as penas da Lei. Intime-se. "

Em sede de agravo de instrumento (processo nº 0241892-22.2011.8.26.0000), a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com o seguinte fundamento:

> "Entendo que deve ser mantida, por enquanto, a r. decisão recorrida. A razão de ser da Lei estadual n. 1.131/10 e do decreto estadual n. 57.108, de 06 de julho de 2011 é permitir que os planos de saúde sejam obrigados a ressarcir pelo atendimento prestado aos seus clientes pelos serviços públicos de saúde. Ocorre que recentemente, o então Governador, vetou os dispositivos que permitiam que as organizações sociais da saúde fizessem atendimento particular aos clientes dos planos, mediante pagamento. Na ocasião, o Governador apresentou razões jurídicas para o veto, que são repetidas agora pelo Ministério Público: já existem leis que permitem que os gastos com os serviços públicos de saúde com os usuários dos planos particulares sejam cobrados das administradoras de planos de saúde. Essas leis me parecem especialmente justas. De fato, é iníquo que as empresas de medicina de grupo recebam as prestações de seus clientes, mas na hora dos gastos, em especial os mais elevados (alta complexidade), a conta seja debitada ao setor público, que é mantido com o dinheiro dos contribuintes, inclusive daqueles contribuintes que não podem pagar pela medicina particular. E as razões (jurídicas) do veto subsistem. O Estado ou as organizações sociais por ele credenciadas, não tem porque fazer o atendimento público da saúde com características particulares. Como foi dito na mensagem do veto, já há duas leis que permitem a cobrança dos planos pelo ressarcimento do serviço feito de forma pública. A saúde é um dever do Estado, que pode ser exercida por particulares. Esse serviço público é universal, o que significa que o Estado não pode distinguir entre pessoas com plano de saúde e pessoas sem plano de saúde. No máximo, o que pode e deve ser feito é a cobrança contra o plano de saúde. Para que isso ocorra já

existem leis permissivas, como disse a mensagem do veto, e até mesmo princípios gerais de direito, afirmo eu. Porém, a institucionalização do atendimento aos clientes dos planos particulares, com reserva máxima de 25% das vagas, nos serviços públicos ou sustentados com os recursos públicos, cria uma anomalia que é a incompatibilização e o conflito entre o público e o privado, com as evidentes dificuldades de controle. O Estado pretende que as organizações sociais, em determinados casos, possam agir como se fossem hospitais particulares, mesmo sabendo-se que algumas delas operam em prédios públicos, com servidores públicos e recursos públicos para o seu custeio! Tudo isso para justificar a meritória iniciativa de cobrar dos planos de saúde pelos serviços públicos prestados aos seus clientes? Porém, é difícil entender o que seria público e o que seria privado em tal cenário. E essa confusão, do público e do privado, numa área em que os gastos chegam aos bilhões, é especialmente perigosa, valendo a pena lembrar que as organizações sociais não se submetem à obrigatoriedade das licitações nas suas aquisições. Só para citar um exemplo, as organizações sociais que contratassem com os planos fariam uma verdadeira concorrência desleal com os hospitais autenticamente privados, pois nestes os recursos são todos particulares. Como que um hospital que não recebe nada dos cofres públicos pode concorrer em igualdade de condições com outro hospital, gerido por uma organização social, que recebe elevados valores dos cofres públicos? Outro aspecto é que as organizações sociais de saúde não podem ter fim de lucro. É o que diz a lei. Porém, a atuação delas no mesmo mercado dos hospitais particulares levaria a uma inevitável atuação empresarial no âmbito da saúde. Mais uma vez o público e o privado ficariam unidos de uma forma que aparentemente viola princípios constitucionais como moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. A própria isonomia seria seriamente ameaçada. O dinheiro do plano interessa às organizações sociais para a ampliação de seus serviços, mas elas não podem servir ao mesmo tempo a dois senhores (planos de saúde e o Estado) com interesses tão opostos, ainda que atuantes na mesma área (saúde). Dessa forma, até empresas que hoje não são sociais vão querer receber esse rótulo. O paciente do SUS tem hoje atendimento. Pode não ser o atendimento ideal, mas ele está ao seu dispor, sem qualquer pagamento. O paciente dos

planos de saúde tem a sua rede credenciada, que não lhe cobra porque isso já está embutido nas mensalidades. Se ele precisar da rede pública, poderá utilizá-la sem qualquer pagamento, mas sem privilégios em relação a quem não tem plano. A criação de reserva de vagas, no serviço público, para os pacientes de planos de saúde, aparentemente, só serviria para dar aos clientes dos planos a única coisa que eles não têm nos serviços públicos de saúde: distinção, privilégio, prioridade, facilidade, conforto adicional, mordomias ou outras coisas do gênero. Não é preciso dizer que tudo isso é muito bom, mas custa muito dinheiro. Quando o dinheiro é particular, tudo bem. Mas quando se trata de dinheiro público e com risco disso ser feito em prejuízo de quem não tem como pagar por tais serviços, aí o direito se considera lesado em princípios como igualdade, dignidade da pessoa humana, saúde, moralidade pública, legalidade, impessoalidade e vários outros. O regulamento em questão permite até mesmo que as organizações sociais sejam contratadas para prestar atendimento médico, mediante pagamento, a uma pessoa física, sem intermediação do plano de saúde. Pois bem. Por que uma pessoa com dinheiro e sem plano pagaria elevada soma a uma organização social que gerencia um hospital público para ter um atendimento médico que a lei e seu regulamento dizem que seria absolutamente igual ao que é feito no mesmo lugar, gratuitamente, a que não tem dinheiro? Isso não faz sentido! Essas meras impressões iniciais, já longas para uma decisão liminar, são necessárias para que se entenda que não há nenhuma urgência para o Estado em implantar tamanha e perigosa mudança na saúde pública. Não há urgência para as pessoas que não podem pagar pelos planos, pois não se crê que no curto tempo de tramitação que se espera para a ação principal e seu recurso a situação desses pacientes fique sensivelmente pior do que já está. Não há urgência para os pacientes que têm planos de saúde, pois estes já têm seu atendimento diferenciado na rede credenciada e igualmente estão sendo atendidos gratuitamente pelo sistema público, independente de qualquer proporção ou reserva. Não há urgência para o Estado, pois o presente recurso será julgado muito antes que se possa fazer a primeira cobrança de qualquer plano de saúde. A cautela com a Constituição e as Leis, assim como o respeito aos princípios fundamentais recomendam que seja mantida a decisão recorrida, ao menos

> até que se pronuncie a turma julgadora, o que não deve tardar. Até que isso ocorra, nenhuma das partes interessadas (organizações sociais, Estado, pacientes com ou sem plano) será prejudicada. O contrário é que poderia ser perigoso. O perigo na demora estaria na revogação da liminar concedida pelo juiz Marcos de Lima Porta. A decisão recorrida impediu a pressa na produção de efeitos maiores de um decreto que já tinha gerado a qualificação de pelo menos duas organizações sociais para contratação com planos de saúde e particulares. A pressa no caso presente pode comprometer direitos sociais da maior importância, assegurados pela Constituição, como é o caso do atendimento médico às pessoas mais necessitadas, assim entendidas aquelas que não podem pagar por um plano de saúde. E para prevenir tais graves lesões de direito é que decido não conceder o duplo efeito requerido pelo Estado, em juízo provisório. O mérito do agravo e o mérito da própria ação serão oportunamente julgados. Até lá, muitos outros argumentos as partes poderão apresentar, assim como os demais julgadores desta 2ª Câmara de Direito Público se pronunciarão com seus ricos conhecimentos e vastas experiências. Até que isso ocorra fica mantida a decisão recorrida, que está bem fundamentada. Desnecessárias as informações do magistrado. Intimem o Ministério Público para que responda o quanto antes ao presente recurso, pois a causa é urgente."

Atualmente, segundo afirmação da própria FMHGV, já existe destinação de parte dos leitos para atendimento de convênios. Veja-se que, à fl. 13, afirma que "Desde o início da gestão houve um redimensionamento dos leitos do hospital que até então oferecia 48 leitos para o SUS. Hoje, com 130 leitos, o hospital disponibiliza 112 dos seus leitos para o Sistema Único de Saúde. Ainda, à fl. 5, consta: "Estes fatores conduziram esta direção a apresentar uma proposta de Plano Operativo e orçamentação considerando os elementos derivados da atual situação do hospital, do seu atual quadro de pessoal (considerando a realização de processo seletivo em 5 meses) e características e volume de atendimento, mas deixando claro que a flexibilidade e agilidade típicas do modelo de gestão e de cuidado adotados pela FHSS, estão a serviço das demandas da SES e da Coordenadoria

Regional de Saúde, da CIR e do Controle social, o que poderá alterar em qualquer momento o Plano Operativo e esta proposta de orçamentação, considerando que esta é a principal, e poderá se tornar a única, no caso da alterativa de Hospital 100% SUS for implementada, fonte de recursos de custeio desta instituição".

Verifica-se, ainda, que em convênio firmado com a Fundação Universitária de Cardiologia (FUC), para gestão do Instituto do Coração, foi acordada a destinação de 30% dos leitos para o atendimento de pacientes particulares e de planos privados de saúde, como transcrito:

> "Cláusula Quarta – Para o pleno cumprimento do disposto na Cláusula Terceira, fica a FUNDAÇÃO autorizada a:
>
> a) dispor do uso da área física, das dependências do Instituto de Cardiologia, bem como da integralidade de sua infraestrutura, dos equipamentos e demais bens pertencentes à SECRETARIA;
>
> b) utilizar até 30% (trinta por cento) da capacidade instalada no Instituto de Cardiologia para atendimento de pacientes filiados a outros Convênios, que não o Sistema Único de Saúde, ou mesmo particulares, com o fim de angariar recursos necessários à manutenção dos serviços e à atualização científica na área de cardiologia;
>
> (...)"

Esta é a situação atual. Não existe, até o momento, decisão judicial definitiva sobre o tema. As decisões acima transcritas fundamentam-se em enfoques diversos. A decisão de 1º grau da Justiça Federal da 4ª Região, baseou-se no equilíbrio econômico-financeiro do convênio. A decisão do TJSP entendeu haver afronta aos princípios da universalidade e da equidade. Na legislação pátria, não existe óbice expresso à reserva de leitos para o atendimento a convênios, os argumentos contrários têm por fundamento princípios constitucionais. Neste escopo, parece-nos salutar agir com prudência e cautela, buscando uma solução razoável para a questão.

No contrato emergencial firmado com a FHMGV, consta do §2º

da cláusula 1ª: "Os serviços ora contratados estão referidos a uma base territorial populacional, conforme Plano de Regionalização da Secretaria Estadual da Saúde, PDR, e serão ofertados conforme indicações técnicas de planejamento da saúde, **compatibilizando-se demanda e disponibilidade de recursos financeiros do SUS.**" (grifei). Este é o ponto nodal da questão: demanda e disponibilidade de recursos financeiros do SUS.

É notório que a disponibilidade de serviços pelo SUS é insuficiente. Entretanto, esta demanda deve ser equilibrada com a disponibilidade de contraprestação financeira pela Administração Pública. Não se poderia exigir a implementação de 100% dos leitos pelo SUS, sem o correspondente equivalente financeiro. Este equilíbrio deve ser acordado entre a SES e a FMHGV, gestora do Hospital Tramandaí, a fim de que seja atendida ao máximo, dentro das possibilidades do SUS, a demanda de atendimento da região. Havendo leitos ainda disponíveis, por insuficiência de recursos financeiros para custeá-los pelo SUS, não existe óbice legal para que sejam ofertados a convênios.

Entretanto, havendo condições de que a totalidade dos serviços seja absorvida pelo SUS, este deve sempre ser priorizado, uma vez que o objetivo maior do hospital público é o atendimento pelo SUS. Caso contrário, havendo disponibilidade de leitos e/ou serviços, poderão estes ser dispensados à rede privada de saúde. Entendimento diverso poderia ocasionar duas situações: ou os serviços não custeados pelo SUS ficariam ociosos, ou seriam prestados sem o correspondente repasse de verbas, tornando o hospital deficitário. Ademais, os recursos obtidos com o atendimento aos pacientes de convênio são utilizados para a complementação de verbas do sistema público, qualificando e ampliando o atendimento pelo SUS.

O recebimento de recursos privados pelo gestor hospitalar não significa aferição de lucros, uma vez que não possui fins lucrativos. Significa, sim, maior aporte de verbas para o custeio do atendimento dos mais necessitados, suplementando os recursos públicos.

Com a devida vênia dos que entendem de forma diversa, não se vislumbra afronta aos princípios da universalidade e da equidade,

uma vez que, no âmbito do SUS, remanesce o atendimento a todos os seus usuários nas mesmas condições. O que ocorre é a utilização de parte do patrimônio público, não utilizado pelo SUS, para uso pela iniciativa privada, de forma a obter meio para manter, ampliar e qualificar os serviços públicos de saúde.

Em conclusão: a) entende-se viável a realização de convênio entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Fundação Hospital Municipal Getúlio Vargas para a prestação de serviços de gestão do Hospital Tramandaí; b) descabida a inclusão de cláusula prevendo a identificação dos pacientes portadores de planos de saúde privados, sendo que a competência para a identificação e cobrança de valores, tanto judicial quanto extrajudicial, é da Agência Nacional de Saúde Suplementar; c) não existe óbice legal ao atendimento, em hospital público, de pacientes vinculados a convênios, com custeio pelo plano privado, desde que expressamente previsto em avença a ser firmada entre o gestor do hospital e o Poder Público, que estipulará os limites deste atendimento.

É o parecer.

Porto Alegre, 12 de abril de 2012.

MARLISE FISCHER GEHRES
Procuradora do Estado

Processo nº 23310-20.00/12-2

Acolho as conclusões do PARECER nº 15.724/12, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARLISE FISCHER GEHRES.

Em 16 de abril de 2012.

Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral Adjunto
para Assuntos Jurídicos.

De acordo.
Restitua-se o expediente à Secretaria da Saúde.

Em 16 de abril de 2012.

Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;

b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;

c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;

d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na integra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeraçãoo para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vinculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Resumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema;

coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo "sem restrições" ou "devolvidos para reformulações". Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.