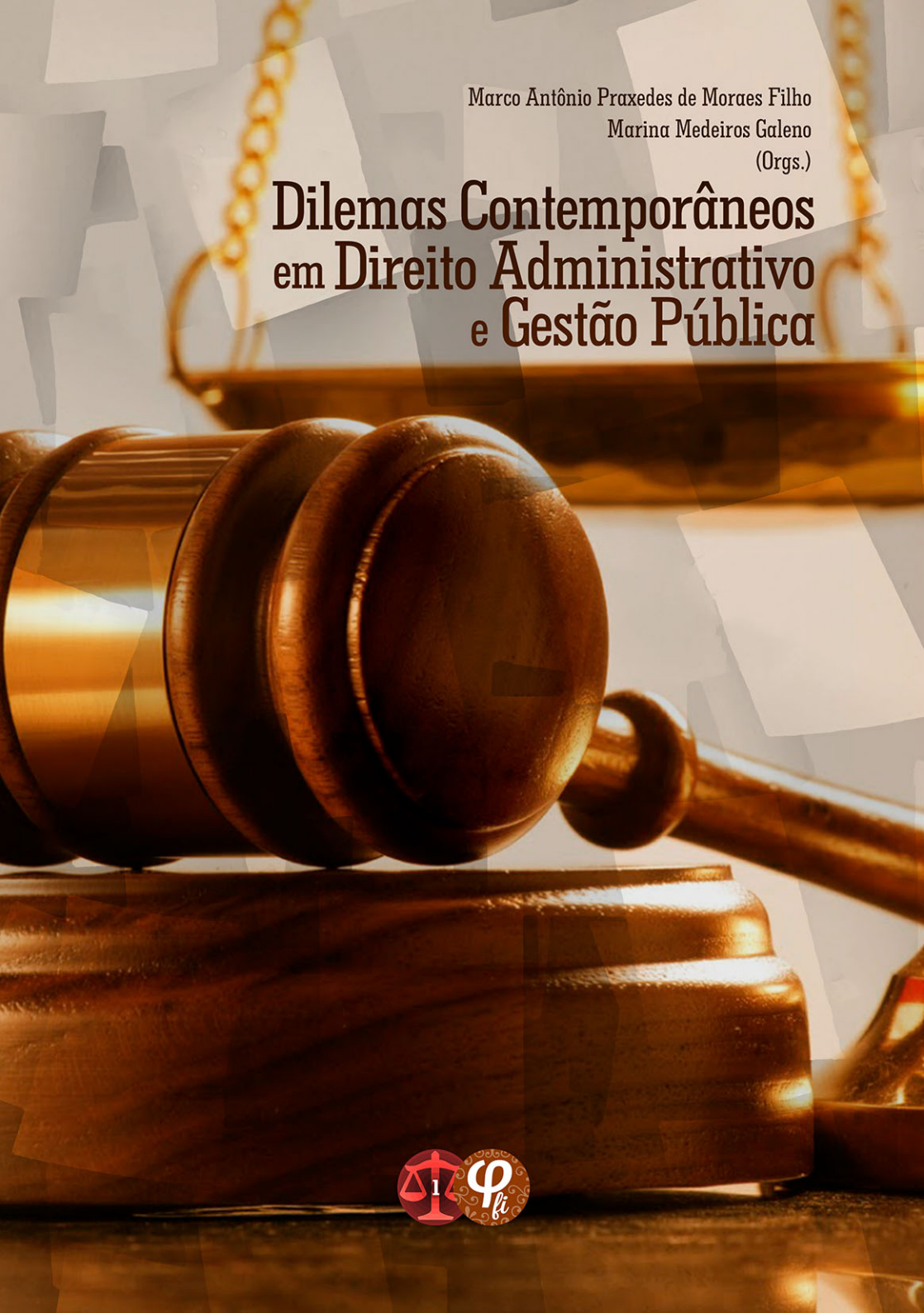
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Marina Medeiros Galeno
(Orgs.)

Dilemas Contemporâneos em Direito Administrativo e Gestão Pública



Esta coletânea de artigos, organizada graças ao esforço do professor Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho e da advogada Marina Medeiros Galeno, é multifacetada. Isto é, explorando diversos ângulos do território do direito constitucional, do direito administrativo e da gestão pública, o faz sob perspectivas múltiplas, como dão uma boa ideia os títulos dos ensaios que a estruturam. Na verdade, cada estudo, produzido por um ou mais autores, contribui para lançar luz sob aspectos próprios da área de pesquisa em que se concentra o volume, numa coalizão benfazeja entre teoria e realidade, doutrina e prática, a enfrentar diversos problemas e dilemas jurídicos, candentes, da contemporânea sociedade brasileira.

9 788556 965059

editora fi.org

CC BY SA

Dilemas Contemporâneos em Direito Administrativo e Gestão Pública

Série Estudos Avançados em Direito Administrativo

Diretor da Série

Prof. Me. Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Mestre em Planejamento e Políticas Públicas, Universidade Estadual do Ceará (UECE), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Comitê Editorial Científico

Profa. Dra. Clarissa Sampaio Silva
Doutora em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa (UL), Portugal
Professora do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Ph.D. Francisco Humberto Cunha Filho
Pós-Doutor em Direito, Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), Itália
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Francisco Jório Bezerra Martins
Doutorando em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil
Professor do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. LD. José Filomeno de Moraes Filho
Livre-Docente em Ciência Política, Universidade Estadual do Ceará (UECE), Brasil
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Profa. Dra. Lucíola Maria de Aquino Cabral
Doutora em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil
Professora do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Profa. Dra. Ligia Maria Silva Melo de Casimiro
Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Brasil
Professora da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil

Prof. Me. Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Mestre em Planejamento e Políticas Públicas, Universidade Estadual do Ceará (UECE), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Profa. Ph.D. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça
Pós-Doutora em Direito Tributário, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Paulo Henrique Studart Pinho
Doutorando em Administração de Empresas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Paulo Roberto Meyer Pinheiro
Doutorando em Direito Público, Universidade de Coimbra (UC), Portugal
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Me. Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto
Doutorando em Direito Constitucional, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil
Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Prof. Ph.D. Rômulo Guilherme Leitão
Pós-Doutor em Ciência Política, Boston University (BU), Estados Unidos
Professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Brasil

Dilemas Contemporâneos em Direito Administrativo e Gestão Pública

Organizadores
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Marina Medeiros Galeno

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.behance.net/CaroleKummecke

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Série Estudos Avançados em Direito Administrativo - 1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de; GALENO, Marina Medeiros (Orgs.)

Dilemas contemporâneos em direito administrativo e gestão pública [recurso eletrônico] / Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho; Marina Medeiros Galeno (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

269 p.

ISBN - 978-85-5696-505-9

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito; 2. Direitos Humanos; 3. Dilemas; 4. Direito Administrativo; 5. Gestão Pública; I. Título II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumário

Prefácio **9**
José Filomeno de Moraes Filho

Apresentação **11**
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho; Marina Medeiros Galeno

1 ..... **17**
Breves notas sobre o controle de convencionalidade do crime de desacato
Antônio de Holanda Cavalcante Segundo

2 ..... **35**
A tomada de contas especial como causa interruptiva da prescrição da ação de improbidade administrativa prevista no art. 23, I da Lei nº 8.429/92
Bruno Félix de Almeida

3 ..... **55**
A evolução do direito administrativo em face do princípio da dignidade da pessoa humana
Francisco Jório Bezerra Martins

4 ..... **77**
Análise da questão previdenciária relativa aos servidores não estáveis, não estabilizados pelo art. 19 do ADCT
Humberto Bayma Augusto

5 ..... **93**
A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa
Ivana Mussi Gabriel

6 123
Análise constitucional da problemática dos descontos salariais de servidores públicos em razão de adesão a movimentos grevistas: um estudo de caso do RE 693.456/RJ, do Supremo Tribunal Federal
Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante

7 139
A aplicação do princípio da insignificância na administração pública
Lásaro Arsênio de Paula Aragão Neto

8 157
A omissão na prestação dos serviços públicos essenciais
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho

9 187
A aplicação dos princípios da estabilidade financeira e irredutibilidade salarial nas gratificações incorporadas dos servidores públicos
Marina Medeiros Galeno; Paloma Cavalcante de Alencar Braga

10.....201
Os limites e condições para responsabilização da administração pública por dívidas trabalhistas nos contratos de terceirização traçados na ADC 16 e no RE 760.931/DF
Philippe Magalhães Bezerra

11 225
Licitações financiadas com recursos de organismos internacionais: a constitucionalidade da cláusula de confidencialidade
Rômulo Luiz Nepomuceno Nogueira

12..... 253
O papel do judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil
Taís Vasconcelos Cidrão

Prefácio

José Filomeno de Moraes Filho[1]

Esta coletânea de artigos, organizada graças ao esforço do professor Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho e da advogada Marina Medeiros Galeno, é multifacetada. Isto é, explorando diversos ângulos do território do direito constitucional, do direito administrativo e da gestão pública, o faz sob perspectivas múltiplas, como dão uma boa ideia os títulos dos ensaios que a estruturam.

Além da introdução e da conclusão, o volume encerra os seguintes capítulos: Breves notas sobre o controle de convencionalidade do crime de desacato, de Antônio de Holanda Cavalcante Segundo; A tomada de contas especial como causa interruptiva da prescrição da ação de improbidade administrativa prevista no art. 23, I da Lei nº 8.429/92, de Bruno Félix de Almeida; A evolução do direito administrativo em face do princípio da dignidade da pessoa humana, de Francisco Jório Bezerra Martins; Análise da questão previdenciária relativa aos servidores não estáveis, não estabilizados pelo art. 19 do ADCT, de Humberto Bayma Augusto; A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa, de Ivana Mussi Gabriel; Análise constitucional da problemática dos descontos salariais de servidores públicos em razão de adesão a movimentos grevistas: um estudo de caso do RE 693.456/RJ, do Supremo Tribunal Federal, de Juliana

[1] Livre-Docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE).

Rodrigues Barreto Cavalcante; A aplicação do princípio da insignificância na administração pública, de Lásaro Arsênio de Paula Aragão Neto; A omissão na prestação dos serviços públicos essenciais, de Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho; A aplicação dos princípios da estabilidade financeira e irredutibilidade salarial nas gratificações incorporadas dos servidores públicos, de Marina Medeiros Galeno e Paloma Cavalcante de Alencar Braga; Os limites e condições para responsabilização da administração pública por dívidas trabalhistas nos contratos de terceirização traçados na ADC 16 e no RE 760.931/DF, de Philippe Magalhães Bezerra; Licitações financiadas com recursos de organismos internacionais: a constitucionalidade da cláusula de confidencialidade, de Rômulo Luiz Nepomuceno Nogueira; O papel do judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil, de Taís Vasconcelos Cidrão.

Na verdade, cada estudo, produzido por um ou mais autores, contribui para lançar luz sob aspectos próprios da área de pesquisa em que se concentra o volume, numa coalizão benfazeja entre teoria e realidade, doutrina e prática, a enfrentar diversos problemas e dilemas jurídicos, candentes, da contemporânea sociedade brasileira.

Por tudo, gostaria de salientar que foi com grata satisfação que, pioneiramente, pude compulsar e ler o presente texto, primícias da produção intelectual de jovens juristas. Cultivo a certeza de que a coletânea proporcionará à comunidade acadêmica, em especial, e ao mundo jurídico mais amplo, no geral, uma contribuição relevante, jungida que está à problemática do Estado, sobretudo na perspectiva da Administração Pública.

Finalizando, ressoo a voz de Antônio Vieira, no Sermão de Nossa Senhora da Penha de França, pregado em Lisboa, no ano de 1652: "[...] o livro é um mudo que fala, um surdo que responde, um cego que guia, um morto que vive, e, não tendo ação em si mesmo, move os ânimos e causa grandes efeitos". Na minha esperança, tal é o destino desta obra: mover ânimos e causar grandes efeitos!

Apresentação

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho
Marina Medeiros Galeno

É com imenso prazer que apresentamos esse projeto de coletânea de artigos inéditos à comunidade jurídico-acadêmica brasileira, primeiro volume integrante da Série Estudos Avançados em Direito Administrativo editado pela Editora Fi (Porto Alegre/RS). A ideia embrionária foi concebida pelo Prof. Me. Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, a partir de módulos lecionados nos Curso de Pós-Graduação *lato sensu* da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), envolvendo reflexões contemporâneas sobre o direito administrativo e gestão pública, no âmbito nacional e internacional.

A proposta inicial foi reunir pesquisas envolvendo o corpo docente e discente dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), contando, também, com a participação especial de profissionais de outras instituições de ensino superior, aproximando professores e alunos, servindo como extensão às disciplinas elementares desenvolvidas no campus universitário, instigando a percepção crítica do indivíduo, estimulando a inquirição acadêmica do técnico e incentivando a escrita científica do pesquisador.

Instalando os trabalhos, prefaciando a obra, temos os comentários do Prof. LD. José Filomeno de Moraes Filho, Docente Titular do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), tecendo breves esclarecimentos sobre o caráter multifacetário da coletânea, tendo como marca registrada o diálogo permanente entre

a teoria e a prática, buscando apontar e solucionar os desafios da sociedade contemporânea.

O tomo inaugural da Série Estudos Avançados em Direito Administrativo, que está arquitetada em doze artigos, versando sobre os mais variados assuntos, adotando o direito administrativo e a gestão pública como as duas grandes vigas mestras das pesquisas edificadas, amparados direta ou indiretamente na redação constitucional em vigor, reúne estudos científicos sobre as problemáticas atuais destas áreas de conhecimento, servindo como leitura complementar e verticalizada, apontando soluções jurídicas e administrativas durante seu manuseio.

A pesquisa de Antônio de Holanda Cavalcante Segundo discorre sobre "Breves notas sobre o controle de convencionalidade do crime de desacato" delimitado no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Inicialmente descreve sobre a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, onde os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil foi firmatário possuem hierarquia a esta equivalente. Posteriormente esclarece sobre a teoria da dupla compatibilidade vertical material das normas de direito interno, buscando delimitar os contornos do direito à liberdade de expressão, assegurando-se seu caráter de direito fundante do Estado Democrático. Por derradeiro, trata a figura típica do desacato, cujo bem jurídico que visa tutelar seria a respeitabilidade da Administração Pública.

No ensaio sobre "A tomada de contas especial como causa interruptiva da prescrição da ação de improbidade administrativa prevista no art. 23, I da Lei nº 8.429/92", Bruno Félix de Almeida explica que o fenômeno acontece quando se apura fatos que provocaram dano ao erário, desde que caracterizada a improbidade administrativa. É totalmente defensável, com base na doutrina e jurisprudência, que a mencionada tomada, quando do início da sua fase externa perante o TCU, após ter sido instaurada pelo ente administrativo interessado (fase interna), é causa interruptiva da prescrição da ação de improbidade administrativa, seja com

fundamento na aplicação do art. 2º, II da Lei nº 9.873/99, seja por analogia das causas de interrupção do regime disciplinar federal, especificamente do art. 142, § 3º da Lei nº 8.112/90.

O trabalho de Francisco Jório Bezerra Martins investiga "A evolução do direito administrativo em face do princípio da dignidade da pessoa humana", analisa, inicialmente, a crítica da doutrina em relação ao surgimento do direito administrativo. Logo após, expõe que com o surgimento do Estado Democrático de Direito, foram agregados à Constituição direitos fundamentais de matiz social, sendo os atos administrativos produzidos pelo Estado protegidos pelo manto da discricionariedade. Salvaguarda que a busca pela satisfação do interesse público deve operar de modo a preservar os direitos e garantias individuais, através da aplicação satisfatória de suas ações baseada na constitucionalidade, legalidade e legitimidade.

A investigação de Humberto Bayma Augusto discorre sobre a "Análise da questão previdenciária relativa aos servidores não estáveis, não estabilizados pelo art. 19 do ADCT", sinalizando a possível integração ao Regime Próprio de Previdência Social dos servidores não estabilizados pelo respectivo dispositivo que ingressaram na Administração Pública sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, refletindo a respeito da situação jurídica desses agentes públicos, abordando a possibilidade de aposentadoria e filiação ao ventilado regime.

No exame sobre "A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa", Ivana Mussi Gabriel afirma que no ordenamento jurídico pátrio a educação constitui direito fundamental social consagrado pela Constituição Federal de 1988. Além do mais, esclarece que o poder público tem o dever político-jurídico de promover, facilitar e oferecer educação a todos, sem qualquer distinção. Cabendo-se destacar, que por ser um direito fundamental, a omissão governamental na vinculação de percentual mínimo de receitas de impostos ou na manutenção e desenvolvimento do ensino, implica

num comportamento proibido e desonesto do gestor público, podendo responsabilizá-lo por ato de improbidade administrativa.

A reflexão de Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante discorre sobre a "Análise constitucional da problemática dos descontos salariais de servidores públicos em razão de adesão a movimentos grevistas: um estudo de caso do RE 693.456/RJ, do Supremo Tribunal Federal", onde preliminarmente é desenvolvido a origem histórica do direito à greve, garantia fundamental do trabalhador. Logo após é descrito que o STF pacificou o entendimento do direito à greve para funcionários públicos, como sendo uma norma de eficácia limitada, mas só poderá exercê-lo quando houver lei que o regulamente. Faz também uma breve análise das consequências da greve em âmbito do serviço público, que são diferentes das implicações grevistas de trabalhadores do setor privado.

A inquirição de Lásaro Arsênio de Paula Aragão Neto discorre sobre "A aplicação do princípio da insignificância na administração pública", pretendendo responder a sempre conturbada questão dessa construção teórica, tornando ordenamento jurídico nacional de alguma forma mais eficiente. O princípio da insignificância seria para evitar uma demanda desnecessária do judiciário, devendo ser provocado somente em último caso, devendo sim ser aplicado a todas as espécies de crime, inclusive aos crimes contra a Administração Pública.

A pesquisa de Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho discorre sobre "A omissão na prestação dos serviços públicos essenciais", revelando que a inércia estatal é interpretada contemporaneamente como manifestação governamental. Ficou esclarecido que a letargia na prestação dos serviços essenciais não ocorre geralmente pela ausência de recursos, mas pela falta de planejamento orçamentário, sujeitando-se a flutuações políticas e interferências externas, devido à natureza transitória e instável dos mandatos da esfera executiva. Foi ainda possível identificar que, modernamente, essa ineficácia não está atrelada somente à inação

estatal propriamente dita, mas a manipulação do patrimônio coletivo em benefício de uma minoria de privilegiados.

O trabalho de Marina Medeiros Galeno e Paloma Cavalcante de Alencar Braga discorre sobre "A aplicação dos princípios da estabilidade financeira e irredutibilidade salarial nas gratificações incorporadas dos servidores públicos". O conceito de gratificação seria dizer de modo simples, que é uma quantia acrescida ao salário do trabalhador, uma espécie de bônus, como forma de reconhecimento ou agradecimento pelo seu trabalho, tendo três espécies de gratificação. Discorrem sobre os princípios da estabilidade financeira e da irredutibilidade salarial, fazendo uma ligação com os servidores públicos, como também que está resguardada pela norma constitucional e infraconstitucional. Ao final, há um breve estudo sobre a reforma trabalhista que foi recentemente aprovada e entrou em vigor em 11 de novembro de 2017.

No exame sobre "Os limites e condições para responsabilização da administração pública por dívidas trabalhistas nos contratos de terceirização traçados na ADC 16 e no RE 760.931/DF", Philippe Magalhães Bezerra reflete sobre a terceirização como uma realidade enquanto política pública no âmbito das administrações federal, estadual e municipal. O Supremo Tribunal Federal fixou as premissas e requisitos básicos para a ocorrência da responsabilidade por dívidas trabalhistas, e que apesar do STF não ter fixado o ônus probatório acerca da ausência ou deficiência da fiscalização contratual, qualquer processo judicial deverá invariavelmente trazer prova cabal da correlação entre o dano causado ao empregado e a deficiência/omissão do Estado de fiscalizar as avenças que firma com empresas privadas de terceirização.

A reflexão de Rômulo Luiz Nepomuceno Nogueira discorre sobre "Licitações financiadas com recursos de organismos internacionais: a constitucionalidade da cláusula de confidencialidade", respondendo a problemática a respeito da cláusula em face do princípio constitucional da publicidade. A cláusula é exigência do Banco Interamericano de Desenvolvimento em seus

processos de aquisição no intuito de permitir que os revisores do mutuário e do banco evitem a possibilidade ou percepção de qualquer interferência indevida, que deve ser respeitada. Há também a necessidade do Estado em propiciar investimentos em diversos setores e demonstrou outros princípios como o da supremacia do interesse público e o da legalidade. Contudo, ao fim responde o questionamento, onde ratifica que a cláusula de confidencialidade é compreendida como constitucional.

Na temática sobre "O papel do judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil", Taís Vasconcelos Cidrão pesquisa o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, construindo uma crítica sobre sua pertinência no ordenamento brasileiro. O Brasil, devido a diversos fatores sociais e políticos, não tem honrado o direito em questão de forma a satisfazer às necessidades da população. Há que se falar também, da falha estatal em garantir direitos à população, bem como que a administração tem usado o princípio da reserva do possível para se escusar de suas obrigações legais impostas. Discorre ainda que a solução encontrada pela população seria recorrer ao judiciário para que este conceda uma tutela de forma a dar o resultado esperado pelas políticas.

1

Breves notas sobre o controle de convencionalidade do crime de desacato

Antônio de Holanda Cavalcante Segundo[1]

Introdução

Recentemente, a comunidade jurídica brasileira deparou-se com o debate, levado a cabo pelo Superior Tribunal de Justiça, a respeito da compatibilidade do crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, com a ordem jurídica constitucional, especialmente pelo viés do controle de convencionalidade das normas jurídicas. Em um primeiro momento, no Recurso Especial n. 1.640.084, a Quinta Turma do STJ decidiu pela não convencionalidade do tipo penal em questão. Ato contínuo, a Terceira Seção do mesmo Tribunal, que reúne a Quinta e a Sexta Turmas, as quais detêm competência criminal, avocando o julgamento do *Habeas Corpus* n. 379.269, decidiu de maneira contrária, ou seja, pela compatibilidade do delito de desacato com nosso ordenamento jurídico.

Diante deste quadro, o presente trabalho tem por escopo a análise da convencionalidade do delito tipificado no artigo 331 do

[1] Advogado e Sócio Fundador do Escritório Leandro Vasques & Vasques - Advogados Associados. Doutorando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: holanda.segundo@gmail.com.

Código Penal. Para tanto, sumariar-se-á o panorama atual a respeito de como se dá a internalização, em nosso ordenamento jurídico, das normas de direito internacional após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, abordando ainda o grau de hierarquia que tais textos normativos podem ostentar em relação à Constituição e às normas infraconstitucionais.

Em seguida, tecer-se-ão breves comentários a respeito do controle de convencionalidade, especificamente sobre o que seja e de como se dá sua operacionalização. Em seguida, em razão de ser o direito à liberdade de expressão aquele em suposta colisão com a previsão do delito de desacato, buscar-se-á seu adequado delineamento, a fim de lhe definir os contornos e o âmbito de proteção normativa.

Por fim, realizar-se-á o controle de convencionalidade de crime de desacato, em função das normas internacionais de proteção à liberdade de expressão, cotejando tal direito com o bem jurídico tutelado pela norma penal. Concluir-se-á, então, pela não convencionalidade do crime de desacato.

1. Como as normas de direito internacional ingressam no direito interno: panorama pós-emenda constitucional n. 45 de 2004

A Constituição brasileira, já em seu texto original, prevê, sem maiores rigores procedimentais, a incorporação de tratados internacionais, em seu artigo 5º, § 2º, o qual dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 trouxe, no que diz respeito à internalização das normas de direito internacional, a previsão de internalização e definição de hierarquia das normais internacionais sobre direitos humanos, quando acresceu ao artigo 5º o § 3º, cuja redação estabelece que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em

cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Reforce-se, nesse contexto, que a questão respeitante à internalização e à hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento interno é matéria que compete ao direito interno de cada Estado, de caráter eminentemente constitucional, como bem defende Elival da Silva Ramos (2009, p. 152). Não obstante a previsão introduzida pela emenda referida, remanesceu a questão: e qual a hierarquia das normas de direito internacional, que versem sobre direitos humanos, pactuadas pelo Brasil sem observância do procedimento legislativo especificamente positivado? A questão se torna ainda mais relevante quando é sabido que, desde a promulgação da emenda, um único normativo internacional sobre direitos humanos foi internalizado em nosso ordenamento segundo o rito das emendas constitucionais, a saber, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Há quatro posicionamentos possíveis a respeito do posicionamento hierárquico dos tratados incorporados no direito interno, quais sejam: 1) tratados incorporados como integrante das normas constitucionais originárias ou 2) derivadas, 3) como normas infraconstitucionais, mas supralegais ou 4) como normais infraconstitucionais ordinárias (RAMOS, 2009, p. 159).

No âmbito da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, que até então matinha o entendimento vigente desde a Constituição de 1969, no sentido da equivalência dos tratados internacionais à Lei ordinária, reviu seu posicionamento por ocasião do julgamento Recurso Extraordinário n. 466.343, quando declarou ilícita a prisão civil do depositário infiel. Naquela oportunidade, formou-se apertada maioria na Corte em prol do caráter supralegal das normas internacionais sobre direitos humanos internalizadas sem o procedimento legislativo das emendas constitucionais. Vale dizer, se posicionariam acima das Leis e abaixo da Constituição. A minoria contrastante se posicionou no sentido da hierarquia constitucional

de tais normas, as quais passariam a integrar o bloco de constitucionalidade[2]. (MAUÉS, 2013, p. 28).

O primeiro entendimento se baseia, sobretudo, na possibilidade de controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais, em razão da supremacia formal e material da Constituição; o segundo, no caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos (MAUÉS, 2013, p. 32). Todavia, segundo Maués (2013, p. 36), "a adoção da tese da supralegalidade permite ir além da necessidade de examinar a compatibilidade das leis com os tratados internacionais", influenciando, outrossim, na própria interpretação constitucional. Lopes e Chehab (2016, p. 87) informam que o STF, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, ao consolidar o entendimento pelo caráter supralegal dos tratados de direitos humanos ratificados fora do escrutínio legislativo das emendas constitucionais, igualmente definiu que as normas infraconstitucionais que com eles conflitassem teriam sua eficácia imediatamente paralisada.

Parece-nos que o Constituinte derivado, ao elaborar a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, deixou clara a opção pela obediência a um rito legislativo específico para que os tratados internacionais sobre direitos humanos ostentassem hierarquia constitucional. Ainda assim, tal hierarquia seria de norma constitucional derivativa, e não originária, como o são as emendas. Normas internacionais que não passaram pelo severo escrutínio definido na emenda não poderiam, pois, ostentar igual ou superior hierarquia àquelas que obedeceram ao rito. Razoável, pois, seu enquadramento como normas de caráter supralegal, não obstante a possibilidade de que venham a ser consideradas como integrantes de um sistema jurídico de proteção normativa dos direitos humanos

[2] Sobre bloco de constitucionalidade, ver: LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do Poder Judiciário. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 29, n. 59, p. 43-60, dez. 2009. A propósito, "pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional" (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 83).

de dignidade constitucional, dado seu caráter materialmente constitucional, como princípios gerais de direito integrantes de um bloco de constitucionalidade, servindo, pois, de parâmetro para a interpretação constitucional e, inclusive, para o controle de constitucionalidade das normas[3].

2. Controle de convencionalidade: o que é e a que se destina?

Com a guinada trazida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a firmar o entendimento pelo caráter constitucional derivado ou supralegal das normais internacionais sobre direitos humanos, tem-se a necessidade de criação de mecanismos aptos a realizar controle de conformidade da legislação infraconstitucional com tais normais, de modo a estabelecer um sistema de proteção aos direitos humanos efetivo e factível. Neste sentido, a Organização das Nações Unidas estabeleceu um sistema global, ao qual vinculam-se três sistemas regionais, o europeu, o africano e o interamericano, este último integrado pelo Brasil e intitulado Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH, composto por dois órgãos principais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CorteIDH (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 86).

Assim, o chamado controle de convencionalidade surge como meio para consecução dos objetivos acima elencados, através do qual "se exige que juízes e outras autoridades dos países membros do SIDH, deixem de aplicar norma nacional contrária à CADH e à interpretação que a CorteIDH faz dela". As autoras defendem, portanto, um conceito restritivo do controle de constitucionalidade, ao entender que, para se falar em tal controle, se exige o pressuposto da possibilidade de o Estado que não o exercer sofrer sanção internacional. Vale dizer, controle de convencionalidade pressupõe "seja reconhecida a competência contenciosa da corte internacional

[3] Essa também parece ser a posição de Elival da Silva Ramos (2009, p. 166).

competente para aplicar a norma em discussão, já que o descumprimento dessa norma ou da interpretação que a corte faz da norma, deve acarretar a sanção do Estado". Portanto, em se tratando do Brasil, "só caberia falar de um controle de convencionalidade em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que o Estado brasileiro apenas reconhece a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanas". (LOPES; CHEHAB, p. 88 e 91).

Noutra banda, em entendimento expansivo do que seja o controle de convencionalidade, Mazzuoli (2009, p. 114), possivelmente o primeiro a tratar do tema no Brasil, versa da teoria da dupla compatibilidade vertical material das normas, segundo a qual, em vista do panorama em que os tratados de direitos humanos são materialmente (artigo 5º, § 2º da CF) ou materialmente e formalmente (artigo 5º, § 3º da CF) constitucionais, "para além do clássico 'controle de constitucionalidade', deve ainda existir (doravante) um 'controle de convencionalidade' das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país". De acordo, ainda, com Mazzuoli (2009, p. 128) "o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional".

Assemelha-nos equivocado o conceito proposto por Lopes e Chehab (2016). A visão restrita, na verdade, ao tratar da sanção internacional ao Estado como pressuposto do controle de convencionalidade, o qual só haveria em razão de tratados ou convenções pactuadas no âmbito de órgãos a cuja jurisdição internacional o Estado estivesse submetido, parece olvidar que o controle de convencionalidade é, antes de tudo, método de interpretação das leis a ser entabulado por todo aplicador do direito no exercício da hermenêutica jurídica. Ora, ao se deparar com qualquer lei, em sentido amplo, o aplicador deve, sempre e sempre,

analisar sua compatibilidade com a constituição e sua convencionalidade (compatibilidade com as normas internacionais sobre direitos humanos vigentes), bem como interpretar a lei segundo a Constituição e os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. É passo obrigatório do mister do operador do direito. A possibilidade de uma Corte Internacional vir a sancionar um Estado pelo exercício equivocado – ou pelo não exercício – do controle de convencionalidade, longe de ser condição *sine qua non* para tal controle, diz apenas com a existência de mecanismos para garantir a efetividade da cogência da aplicação do instituto.

3. Âmbito de proteção da liberdade de expressão[4]

No plano internacional, a liberdade de expressão sempre mereceu especial proteção. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 11, acentua ser a liberdade de comunicação das ideias um dos mais preciosos direitos do homem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, em seus arts. 18 e 19, assegura a liberdade de pensamento, crença, religião, opinião e expressão, inclusive de ter, procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, sem interferência. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em seu artigo IV, confere proteção ao direito à liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 19, afirma que ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

No Brasil republicano, a liberdade de expressão foi regulada pelas Constituições, ganhando, todavia, especiais contornos na

[4] Para uma compreensão mais aprofundada da temática da liberdade de expressão, ver, do autor: CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. **Uma questão de opinião?**: liberdade de expressão e seu âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao hate speech. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Constituição Federal de 1988, que consagrou a liberdade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, conforme seu artigo 5º, *caput*, mormente por haver sido promulgada em momento de ruptura histórica com o regime autoritário então vigente. Em seu artigo 5º, dentre o extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição assegura a livre manifestação do pensamento (IV), a liberdade de consciência e crença (VI), a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX), e ainda, em seu artigo 220, consagra a vedação à restrição da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo; tudo corolário do direito fundamental à liberdade de expressão. Tal garantia assegura e fomenta valores indispensáveis a qualquer sociedade, a exemplo do princípio democrático e suas projeções, tais como a autonomia individual, o livre acesso às ideias, a responsabilidade moral, consubstanciando-se em verdadeiro instrumento para busca da verdade e da tolerância.

Como a Constituição confere alto valor à liberdade de expressão, só se admite como legítima, sob pena de se ferir o núcleo essencial do direito, a regulamentação da liberdade de expressão que se fundamente no próprio texto constitucional (MEYER-PFLUG, 2009, p. 66-67). Deste modo, a própria Constituição Federal estabelece aparentes restrições (ou limites) ao exercício da liberdade de expressão, tais quais: a vedação ao anonimato (artigo 5º, IV), o direito de resposta (artigo 5º, V), a indenização por dano moral, material e à imagem (artigo 5º, V e X), e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (artigo 5º, X), regulamentada, esta última, por diversas leis infraconstitucionais que estabelecem limitações à liberdade de expressão, como a proteção à imagem dos menores, a possibilidade de se decretar sigilo processual, a tipificação de crimes contra a honra, dentre outros.

Mendes e Branco (2012, p. 299) aduzem, no que diz respeito ao âmbito de proteção, que a garantia da liberdade de expressão abrange "toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa,

envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não", desde que não estejam em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido. Horbach (2012, p. 220) defende que "a liberdade de expressão representa o direito assistido a todos de manifestar seus pensamentos e convicções, sem qualquer intervenção estatal *a priori*". Para Meyer-Pflug (2009, p. 67), a liberdade de expressão consiste "no direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado", sendo o homem "livre para pensar e manifestar seus pensamentos", tendo o direito de "escolher as ideias que quer adotar ou não, de ser livre para decidir e exteriorizar seus pensamentos", não devendo o Estado "criar obstáculos a essa liberdade".

Interessante anotar que Stuart Mill (1978, p. 11-12) praticamente equipara o pensamento à expressão. Para ele, a liberdade do homem pressupõe, antes de tudo, o pleno domínio de sua consciência, isto é, a liberdade de consciência, pensamento, sentimento e opinião, sobre todas as matérias. Já a liberdade de expressar ou publicar opiniões recaem noutro princípio, já que atingem os demais, ultrapassam a esfera da individualidade, sendo, todavia, inseparável da liberdade de pensamento. Abigail Levin (2010, p. 53) sustenta que, embora Mill não deixe explícito, essa equiparação decorre do fato de que o homem só pode formar plenamente as suas opiniões e pensamentos se tiver acesso aos de seus semelhantes.

A liberdade de manifestação de pensamentos e de ideias e a liberdade de comunicação e informação afirmam-se inicialmente como direitos de defesa ou de proteção do cidadão frente ao Estado, fundando-se em uma "reserva da sociedade civil" (CANOTILHO; MACHADO, 2003, p. 8-9 e 14), destinada a assegurar a autonomia individual, o pluralismo, a construção de uma esfera de discurso público que atinja todos os domínios da vida social. Trata-se de assegurar uma pluralidade de condutas expressivas, independentemente da qualidade, realidade, significado, objetivo ou

efeito de seu conteúdo, bem como a utilização de qualquer meio de comunicação (MACHADO, 2002, p. 417 e 423). Jónatas Machado (2002, p. 238), elenca, como objetivos da liberdade de expressão "a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de auto-determinação democrática, a protecção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual".

Samantha Meyer-Pflug (2009, p. 68-69) aduz que liberdade de expressão se destina à autodeterminação e à realização pessoal do homem, pelo que não basta que se assegure a ele o direito de ter suas opiniões e pensamentos, sendo fundamental que se lhe assegure o direito de externá-las livremente e tentar convencer os demais a aderirem àquelas ideias. Por esta razão, se refere ao direito à liberdade de expressão do pensamento, o qual enxerga sob dois aspectos: o primeiro consistente em o Estado não poder levar em consideração o teor da opinião, mantendo uma atitude de neutralidade com relação ao seu conteúdo; no segundo, refere-se ao direito de que a opinião seja respeitada e de que não sofra o indivíduo qualquer restrição ou retaliação em face dela (MEYER-PFLUG, 2009, p. 71).

Barroso ([200-]) defende que a liberdade de expressão "destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano". Interessante ponto trazido por Barroso ([200-]) diz respeito à distinção entre a liberdade de expressão e a de informação. Conquanto esta se insira naquela, a informação não prescinde da verdade, pois se parte do pressuposto de que aqueles que a buscam o façam por perseguirem uma informação verdadeira; já a livre expressão prescinde da verdade, ou seja, qualquer um é livre para manifestar sua opinião, independentemente da veracidade do que se diz (BARROSO, [200-]). Todavia, Jónatas Machado (2002, p. 425) alerta para a dificuldade de se impor uma rígida separação entre os conceitos, vez que mesmo as afirmações sobre fatos estão quase

sempre sujeitas a juízo de valor, ou ainda pela circunstância de que, para se formar um juízo de valor sobre algo, é preciso ter acesso a fatos.

Poder-se-ia, portanto, inserir, no plexo de condutas albergadas pelo âmbito protetivo da liberdade de expressão, toda forma de manifestação do pensamento, (palavra, gesto, escrito, etc.) que importe, ainda que minimamente, na transmissão de uma ideia, inclusive daquelas abjetas, incômodas e impopulares, desde que não causem risco imediato e iminente de atentar à ordem e à paz públicas. Riva (2010, p. 16) defende que o conteúdo essencial deste direito abrange essencialmente as faculdades de emitir e receber opiniões, pois "éstas serían las facultades nucleares, pues en el proceso informativo nos encontramos con un emisor y con un receptor y, sobre esos dos polos se articulan estas dos facultades".

4. Sobre o delito de desacato e seu controle de convencionalidade

A figura típica do desacato se encontra inserida no título XI – dos crimes contra a Administração Pública – e no capítulo II – dos crimes praticados por particular contra a administração em geral – do Código Penal, em seu artigo 331, o qual dispõe ser crime "desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela". O seu posicionamento no diploma penal deixa claro o escopo do tipo penal em tutelar a Administração Pública. Neste sentido, Bitencourt (2004, p. 464) afirma que o "bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa", protegendo-se, "na verdade, a probidade as função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários".

O ato de desacatar significa "menosprezo ao funcionário público", reclamando, portanto, "elemento subjetivo, voltado para a desconsideração", não se confundindo "apenas com o vocábulo grosseiro, que, em si mesmo, restringe-se à falta de educação ou de nível cultural" (BITENCOURT, 2004, p. 465). O desacato pode se dar

através de "palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc" (HUNGRIA, 1959, p. 421).

Antes de adentrar especificamente no controle de convencionalidade do tipo penal em comento, a nosso sentir, tal previsão típica sequer resistiria ao controle de constitucionalidade, claramente não recepcionada que foi pelo texto constitucional. É que, como antedito, a liberdade de expressão, erigida a valor fundante do Estado Democrático de Direito pelo Constituinte, só admite restrições compatíveis com a Constitucional, isto é, nela previstas. Assim, embora haja a previsão constitucional de conformação da liberdade de expressão em razão da proteção da honra e da imagem alheias, o tipo penal do desacato visa, outrossim, tolher o exercício da liberdade de expressão em razão da tutela da honorabilidade da administração pública, bem este que não se encontra dentre os elencados como passíveis de gerar limitação da liberdade de expressão. No entanto, nada impede o enquadramento da conduta, pelo menos em tese, do particular em outros tipos penais, como os crimes contra a honra[5], a lesão corporal, a contravenção de vias de fato, etc.

Adentrando-se especificamente no controle de convencionalidade do delito de desacato, tem-se por possível sua realização por quaisquer das visões sobre a possibilidade de aplicação do instituto, seja a ampla, por óbvio, seja a restrita, uma vez que será tomada, como parâmetro aferidor de convencionalidade, a disposição contida no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH.

Inicialmente, a CADH prevê, logo em seu artigo inicial, o compromisso dos Estados em "respeitar os direitos e liberdades nela

[5] A nosso sentir, mesmo a previsão dos crimes contra a honra é de duvidosa constitucionalidade, sendo questionável se a Constituição outorga ou não um mandado implícito de criminalização quando assegura a proteção da honra. Tal debate, todavia, ainda é fruto de estudos do autor em sua tese de doutoramento, ainda em andamento, cujo título provisório é "controle de proporcionalidade das normas penais: uma interpretação conforme a constituição dos crimes contra a honra em face do direito à liberdade de expressão".

reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa", aduzindo, ainda, em seu artigo 2º, que os Estados deverão "adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades". No artigo 29, *a*, a CADH assegura que suas disposições não serão interpretadas no sentido de "permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista".

A tais disposições, acresça-se o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos internalizados fora do escrutínio das emendas constitucionais, o que é o caso da CADH, o que revela, extreme de dúvida, que, quando de conflitos entre o direito interno (infraconstitucional) e as disposições de normas internacionais que versem sobre direitos humanos, estas prevalecerão. Neste sentido, o próprio STF entende pela paralisação imediata da eficácia das normas do direito interno nestes casos.

Outrossim, A CorteIDH, ao julgar o caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, determinou que o Judiciário dos Estados Parte da CADH realizem obrigatoriamente o controle de convencionalidade das normais jurídicas de direito interno, ao aplica-las aos casos concretos. Feitas tais considerações, veja-se o teor do artigo 13 da CADH:

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
> 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
> 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Veja-se que a limitação admitida, a título de responsabilização ulterior, só se dá em função da proteção dos direitos ou da reputação das demais pessoas ou para proteção da segurança nacional e da ordem, saúde e moral públicas. Não há falar, pois, em limitação da liberdade de expressão para proteção da respeitabilidade da Administração Pública, ente sem personalidade, figura abstrata, e cuja posição de detentora do Poder em face do cidadão comum torna-lhe susceptível a críticas, ainda que virulentas e depreciativas.

Em diversas oportunidades, a CorteIDH julgou questões envolvendo outros Estados Parte e a aplicação de leis internas semelhante à figura no desacato, sempre decidindo em favor da prevalência do artigo 13 da CADH. A exemplo, tem-se o caso envolvendo *Palamara Iribarne v. Chile* e o caso n. 11.012, no qual a Argentina comprometeu-se em revogar de seu ordenamento jurídico o crime de desacato.

A propósito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH aprovou, em 2000, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, cujo princípio 11 estatui que "os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a

funcionários públicos, geralmente conhecidas como "leis de desacato", atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação". Dentre as justificativas para aprovação do princípio em tela, tem-se:

> 52. Nesse contexto, a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las.

Hodiernamente, a tipificação do crime de desacato se presta apenas como instrumento de intimidação do cidadão, dando azo, não raras vezes, a intoleráveis abusos de poder. É tipo penal vetusto, arcaico, incompatível com o direito de crítica inerente à liberdade de expressão, incompatível com a Constituição e incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, em especial com o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), como demonstrado. Relegar ao Poder Judiciário a análise da linha tênue que separa a crítica, ainda que virulenta, à atuação do funcionário público, da ofensa com vistas a vilipendiar a honorabilidade da Administração Pública, é entregar a sorte do cidadão para que o santo do dia opere o milagre.

5. Considerações finais

O presente trabalho pontuou, inicialmente, que, após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja firmatário, se internalizados sob o escrutínio legislativo da emenda constitucional, possuem hierarquia

a esta equivalente; do contrário, possuem hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Pontuou-se, ainda, não obstante tal entendimento, tais normais de direito internacional poderiam ser levadas em conta como parâmetro de interpretação constitucional, como princípios gerais de direito integrantes de um bloco de constitucionalidade.

Em seguida, estabeleceu-se a teoria da dupla compatibilidade vertical material das normas de direito interno, as quais deveria passar por duplo controle de validade, o de constitucionalidade e o de convencionalidade. Este diz respeito à compatibilidade das normas infraconstitucionais com aquelas oriundas de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Rechaçou-se ainda a adoção de uma visão restritiva do controle de convencionalidade, defendendo-se a possibilidade de seu exercício em função de quaisquer tratados sobre direitos humanos pactuados pelo Brasil.

Buscou-se também delimitar os contornos do direito à liberdade de expressão, assegurando-se seu caráter de direito fundante do Estado Democrático, cuja posição preferencial só admite conformações advindas de expressa previsão constitucional. Estabeleceu-se ainda que o âmbito protetivo do direito à liberdade de expressão alberga toda forma de manifestação do pensamento, (palavra, gesto, escrito, etc.) que importe, ainda que minimamente, na transmissão de uma ideia, inclusive daquelas abjetas, incômodas e impopulares, desde que não causem risco imediato e iminente de atentar à ordem e à paz pública.

Por fim, analisou-se a figura típica do desacato, cujo bem jurídico que visa tutelar seria a respeitabilidade da Administração Pública. Concluiu-se, em um primeiro momento, pela não recepção de tal tipo penal pela Constituição. Posteriormente, também se concluiu pela não convencionalidade do delito em questão em razão da norma internacional de proteção à liberdade de expressão contida no artigo 13 da CADH e explicitada no princípio 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da CIDH.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. [200-]. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas. "**Reality shows" e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra, 2003.

HORBACH, Beatriz Bastide. Os limites da liberdade de expressão: o confronto de entendimentos do Supremo Tribunal Federal nos casos Ellwanger e marcha da maconha. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, v. 6, n. 20, p. 218-235, jul./set. 2012.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

LEVIN, Abigail. **The cost of free speech**: pornography, hate speech, and their challenge to liberalism. Nova Iorque/Hampshire: Palgrave Macmillan, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito,** Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 16 set. 2017.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: MAUÉS, Antônio Moreira (Org.). **Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27-50.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Indianápolis: Hackett, 1978.

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional 45/2004. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 146-188.

RIVA, Manuel Sánchez de Diego Fernández de la. Una nueva libertad de expresión para una nueva sociedad. **Diálogos de La Comunicación**, Jamundí, v. 82, p. 1-22, set./dez. 2010. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3728178>. Acesso em: 16 set. 2017.

2

A tomada de contas especial como causa interruptiva da prescrição da ação de improbidade administrativa prevista no art. 23, I da Lei nº 8.429/92

Bruno Félix de Almeida[1]

Introdução

O reconhecimento de causas interruptivas da prescrição visa assegurar a preservação da pretensão do Autor contra o Réu, quando a conduta do primeiro indica mudança no estado de omissão, reveladora do interesse em responsabilizar o segundo. A análise do seu conceito e elementos característicos são essenciais para entender quando pode ocorrer a interrupção do curso de seu prazo.

1. Da prescrição e sua interrupção

A prescrição é instituto de grande importância no estudo do exercício do direito de ação. Encontramos o conceito de prescrição na doutrina jurídica brasileira administrativa, mais precisamente,

[1] Procurador Federal (AGU). Integrante da Equipe de Defesa da Probidade da PGF/AGU. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UNB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: bruno.almeida@agu.gov.br.

na obra de José dos Santos Carvalho Filho[2], para quem a prescrição é um fato jurídico extintivo composto de um elemento voluntário, a inércia do titular e de um elemento natural, o tempo. Assim, tempo e inércia são fatores fundamentais na configuração da prescrição.

Ao tratar da forma como ocorre o fenômeno da prescrição de pretensões da Fazenda Pública contra o Administrado o referido doutrinador comenta:

> Portanto, ao tratarmos desse tema, devemos atentar para o fato de que os entes públicos – União, Estados, Distrito Federal, Municípios autarquias e fundações autárquicas – podem ser titulares de *direitos subjetivos* e, no caso de sua violação, de pretensões a serem direcionadas aos administrados. Vulnerado o direito do Estado pelo administrado, passa ele a ter o poder de exigibilidade em relação a este, e é justamente esse poder de exigibilidade que traduz *a pretensão*. Nascendo esta, cabe ao Estado-titular diligenciar para que seja observada, para tanto recorrendo à *ação* de direito material e, quando necessário, à *ação no sentido processual*.[3]
>
> Afinal, é irrelevante que essa pretensão tenha que ser oferecida necessariamente perante o Poder Judiciário, ou que possa ser concretizada na própria via administrativa. Ali, já observamos há efeito direto sobre o direito de ação, ao passo que aqui o efeito se revela indireto ou reflexo. O que importa é que a pretensão não é perpétua, devendo ser diligenciada no prazo de que dispuser o titular do direito, no caso o Estado. Não o sendo, presume-se a inércia do titular, com efeito consumativo da prescrição.
>
> Conclui-se, portanto, que toda vez que o Estado, na defesa dos interesses da sociedade e dentro de seu poder punitivo, interno ou externo, administrativo ou penal, providencia a aplicação de sanção ao administrado que transgride o conteúdo normativo, exerce uma *pretensão punitiva*. Se não o faz no prazo que a lei estabeleceu, o Estado sujeita-se inexoravelmente à prescrição, seja nas relações jurídicas externas, como no caso penal, seja nas

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2016. p. 5.

[3] Ibid., p. 70.

> relações internas, como, por exemplo, sucede com a função punitiva decorrente do poder de polícia fiscalizatório.[4]

Dada a peculiaridade do regime de improbidade administrativa, que em alguns aspectos se assemelha a esfera penal, destaco o seguinte comentário do professor Carvalho Filho, ao tratar da prescrição no âmbito criminal:

> A *interrupção* da prescrição tem inegável marca de fator de ordem pública, retratando a preservação da possibilidade de o Estado prosseguir em seu *jus persequendi*. Revela, ainda, a comprovação de que cada fato interruptivo representa uma diligência do Estado no sentido de exercer sua pretensão punitiva.[5]

O referido administrativista, ao tratar especificamente da prescrição na ação de improbidade administrativa explica:

> Em decorrência, a pretensão punitiva de que é titular o Estado, fundada em seu direito subjetivo de não sofrer agressões provenientes de comportamentos ímprobos, também está sujeita a ser exercida em determinado prazo. A Constituição contemplou essa possibilidade no art. 37, §5º, e a Lei nº 8.429/1992, em sua função regulamentadora, fixou os prazos prescricionais no art. 23, como examinaremos adiante. Se a Administração quedar inerte no que concerne ao exercício de sua pretensão, consumar-se-á a prescrição e ficará ela impedida de obter o alvo de sua pretensão, qual seja, a incidência da sanção de improbidade. É o mesmo que dizer que nesse caso a conduta de improbidade resultou impune.[6]
> O ato de improbidade ofende o direito o direito da Administração de não ser atingida pelos comportamentos de seus agentes violadores dos tipos anunciados na lei. Quando o ato é praticado, vulnera-se o direito da Administração e nesse momento nasce para ele a pretensão de condenar o autor do ato para o fim de ser-lhe aplicada a respectiva sanção. Se a Administração não o faz no lapso temporal fixado na lei, sofrerá o efeito da prescrição, sendo então

[4] CARVALHO FILHO, op. cit., p. 70.

[5] Ibid., p. 49.

[6] Ibid., p. 104.

> cabível buscar a punição do autor da improbidade. Para evitar a prescrição, cabe à Administração diligenciar para valer seu direito (ação em sentido material) e propor a ação de improbidade (ação no sentido processual, ou formal).[7]

Dada a estrutura lógica do fenômeno da prescrição, com o surgimento da pretensão decorrente da violação à probidade, fica muito claro o surgimento de uma ação em sentido material, consubstanciada na diligência da Administração e também de uma ação no sentido processual, a própria proposição da ação de improbidade em juízo pela Administração.

Para fins da presente abordagem, o elemento da inércia do titular é ponto crucial e basilar para fins de análise de fatos ensejadores da interrupção do prazo prescricional e do próprio conceito da mesma, vejamos:

> [...] a interrupção é o fato jurídico pelo qual o titular assume inequivocamente postura defensiva de seu direito e demonstra não ter a inércia que marca a prescrição. Com a interrupção, o titular destrói o efeito do prazo já decorrido e anula a prescrição iniciada. O prazo, assim, tem reiniciada a contagem, ficando prejudicado o lapso que fluiu anteriormente.[8]

Estabelecidos os principais conceitos e elementos teóricos sobre a prescrição, passemos a analisar a Tomada de Constas Especial

2. A Tomadas de Contas Especial - TCE

O Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União em manual[9] voltado para orientação de gestores e servidores

---

[7] Ibid., p. 106.

[8] Ibid., p. 207.

[9] CGU. **Tomada de Contas Especial – Perguntas e Respostas**. Brasília-DF: 2013. Disponível em:<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/tomadadecontasespecial.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017. p. 9.

públicos federais elenca os dispositivos abaixo, como os dispositivos normativos definidores da TCE:

> DECRETO-LEI N.º 200, DE 25.2.1967
> Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de corresponsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.
> LEI Nº 8.443/92, DE 16.07.1992
> Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.
> INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 71/2012, DE 28.11.2012
> Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.
> Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário.
> PORTARIA INTERMINISTERIAL MPOG/MF/CGU Nº 507, DE 24.11.2011
> Art. 82. A Tomada de Contas Especial é um processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento.

Na acepção de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

> Tomada de contas especial é um processo excepcional de natureza administrativa que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário.

Ainda segundo o mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

> Tomada de contas é, na fase interna, um procedimento de caráter excepcional que visa determinar a regularidade na guarda e na aplicação de recursos públicos e, diante da irregularidade, na fase externa, um processo para julgamento da conduta dos agentes públicos.

Por fim, arremata:

> A rigor, os processos de julgamento das contas nos tribunais de contas só assumem a natureza de processo a partir do seu ingresso na corte, na chamada fase externa. Antes dessa fase não apresenta partes ou litigantes, porque inexiste uma lide, mas somente uma unidade dos atos investigatórios rumo à verdade material.
> No relatório final de uma comissão de tomada de contas especial, por exemplo, poderá essa firmar a irregularidade das contas, hipótese em que, após a manifestação do órgão de controle interno e da autoridade (ministro, secretário de Estado ou equivalente), serão os autos remetidos ao tribunal de contas, para julgamento. Precisamente nesse momento, a TCE assume a condição de processo, quando o órgão instrutivo, apreciando a apuração promovida pela comissão e os demais elementos dos autos, destacará os principais aspectos, passando diretamente, ou após a deliberação do colegiado das cortes de contas — plenário ou câmara, para a manifestação do ministério público, que funciona em caráter especializado junto ao tribunal.
> Nesse momento, presenciando a existência de indícios, formaliza-se a acusação, seguindo-se citação, defesa e julgamento pelo tribunal de contas.[10]

[10] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública**. 5ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012

Percebe-se o caráter de ato composto da Tomada de Contas Especial e a sua caracterização como processo administrativo dentro da acepção constitucional. Assim, a apuração dos fatos, a identificação dos responsáveis pelos mesmo, a quantificação do dano ao Erário e o respectivo ressarcimento são os objetivos da Tomada de Contas Especial e acabam por delinear seu procedimento.

O pressuposto essencial para a instauração de TCE é a constatação da ocorrência de dano ao erário. A instauração da tomada de contas especial, de acordo com o art. 8º da Lei 8.443/1992, tem também como pressuposto a prática de qualquer ato ilegal que resulte dano ao erário.

O Dano ao Erário é consequência corriqueira do ato de improbidade administrativa, sem necessariamente estar dentro do conceito da improbidade administrativa definido no Direito brasileiro. A regra é que o mesmo aconteça, mas não é requisito para caracterização da improbidade.

Em regra, a TCE deve ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão ou entidade, legitimidade que se encaixa com a legitimidade ativa processual na ação de improbidade administrativa, mostrando um caráter sistêmico mesmo em diferentes competências e procedimentos, revelando um sistema harmonioso de controle brasileiro contra as irregularidades praticadas contra o Erário, mesmo com vários objetivos e órgãos distintos.

Portanto, a TCE tem uma complexidade significativa enquanto processo administrativo e importância evidente como ferramenta efetiva da Administração contra irregularidades praticadas por seus agentes em seu prejuízo.

3. A Lei nº 9.873/1999

A Lei n. º 9.873/1999 estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. No seu art. 2º, II dispõe: "Art. 2º - Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: [...] *II - por*

qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;" (grifo nosso).

Na doutrina brasileira da Improbidade Administrativa há posicionamentos, que ao tratar do disposto no inciso II encaram como causas interruptivas da prescrição da ação de improbidade administrativa, a representação prevista no art. 14 da Lei n. º8.429/92. Aluízio Bezerra Filho afirma: "Com efeito, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público ou pela Entidade Pública Interessada, poderá ser intentada até o prazo de cinco anos, contados da data do protocolo da representação referida".[11]

Há entendimentos ainda mais abrangentes em relação à aplicação do dispositivo legal, entendendo que outros procedimentos/processos também tem força interruptiva sobre o prazo prescricional, vejamos Sérgio Monteiro Medeiros: "entendemos cabível a interrupção pela prática de qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato, seja em província administrativa – mediante instauração de sindicância, procedimento administrativo, processo administrativo-disciplinar ou inquérito policial".[12]

O art. 5º da referida lei prevê uma regra de exceção a sua aplicação: "Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às **infrações de natureza funcional** e aos processos e procedimentos de natureza tributária."

Esse dispositivo reconhece a especificidade do regime disciplinar. Assim, como encontramos na doutrina que a hipótese do art. 23, I da Lei nº 8.429/99 seria um caso de vinculo funcional temporário (Carvalho Filho ob. E v. cit. Cap. 6). Logo, a interpretação superficial pode levar ao entendimento de que não seria aplicável o art. 2º, II da Lei n.º 9.873/1999.

---

[11] BEZERRA FILHO, Aluízio. **Lei de Improbidade Administrativa aplicada e comentada**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 241.

[12] MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Improbidade Administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 245.

No entanto, o termo funcional do art. 5º se refere ao regime disciplinar e a Improbidade Administrativa é regime sancionatório/punitivo administrativo independente do disciplinar/funcional. Portanto, seria plenamente aplicável as normas gerais da Lei n.º 9.873/1999, já que não há previsão especifica no regime jurídico da Improbidade Administrativa para os casos de mandato, cargo em comissão ou função de confiança.

Assim, ao compararmos as hipóteses indicadas pela doutrina, com a natureza e procedimento da Tomada de Contas Especial, percebemos o perfeito enquadramento da TCE na referida hipótese do inciso II, do artigo 2º da Lei n. º 9.873/1999.

A TCE visa a apuração do fato, a identificação dos responsáveis e a quantificação dano, atendendo completamente o dispositivo legal referido. Ademais, percebe-se a índole de processo administrativo da mesma, principalmente a partir de sua fase externa, conforme delineado no tópico anterior, o que dá maior relevância e segurança do mesmo.

Ademais, é possível também que por meio de manifestação escrita no bojo do exercício do contraditório ou na instrução da TCE, que o autor da improbidade confesse a prática do ato ilícito, preenchendo assim, a hipótese de interrupção da prescrição prevista no art. 202, VI do Código Civil. Carvalho Filho descreve a referida hipótese:

> Esse fato interruptivo da prescrição pode ocorrer quando cometido ato de improbidade administrativa. É verdade que não será usual; revela-se pouco provável, mas, inegavelmente, será possível. É o caso em que o agente autor da improbidade confessa a prática do ato no curso da prescrição, firmando declaração ou documento análogo. A confissão ou a autoacusação substituem a ação do titular do direito, no caso o Estado, não se podendo falar em inércia deste. Desse modo, a declaração do autor interrompe o prazo prescricional, cuja contagem deve ser reiniciada.[13]

[13] CARVALHO FILHO, op. cit., p. 210.

Podemos concluir positivamente que a instauração da Tomadas de Contas Especial pela Autoridade interessada, demonstra nitidamente a quebra da inércia do sujeito passivo da improbidade e o exercício da ação em sentido material, consubstanciado em diligência positiva por parte de quem detém a pretensão punitiva.

Assim, tal ato tem força interruptiva da prescrição da futura ação, no sentido processual, de improbidade administrativa que será ajuizada contra os responsáveis e/ou beneficiários do ato improbo. Logo, a aplicação direta da lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal já admitiria na instauração (fase interna) da tomada de contas especial o efeito interruptivo perante prescrição da ação de improbidade. Porém, a jurisprudência construída em volta do tema, por questões de razoabilidade e proporcionalidade, resolveu acolher a tese de que seria necessária que a TCE alcance a fase externa, perante a Corte de Contas, para reconhecer o efeito interruptivo sobre o prazo de prescrição da ação de improbidade administrativa, conforme explanado a seguir.

4. Da razoabilidade da aplicação analógica da interrupção da prescrição do art. 23, inciso II ao caso do inciso I

É posicionamento majoritário na doutrina e jurisprudência brasileira que ao tratar das hipóteses de prescrição do inciso II do art. 23 da Lei n. º 8.429/92, nos casos envolvendo agente público federal, se aplica o art. 142 da Lei n. º 8.112/90 e especialmente seu parágrafo 3º:

> LEI N.º 8.429/92
> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
> I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

> II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
> LEI N.º 8.112/90
> Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: [...]
> § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente

Assim, para preservação da própria lógica do sistema, a previsão da prescrição e seu regime de prazo trazem hipóteses de interrupção da prescrição por quebra da inércia inicial do detentor da pretensão punitiva, consubstanciada por diligência que caracterize verdadeira ação em sentido material. Esse é o sentido e a finalidade do teor do parágrafo terceiro do art. 142, acima indicado.

Logo, o poder interruptivo da abertura de sindicância ou instauração do processo administrativo disciplinar sobre o prazo prescricional da ação por improbidade administrativa é posição reconhecida majoritariamente e preserva o caráter fundamental da inércia para configuração da prescrição.

A ausência de previsão similar no âmbito do tratamento das hipóteses do art. 23, I, que trata das situações de vinculação transitória com a Administração Pública, causa espécie e demanda solução, dentro de critérios de razoabilidade, analógica para a lacuna. Visto que se deve preservar a essencialidade da inércia para caracterizar o fenômeno da prescrição.

Ao pesquisarmos o tema, na jurisprudência nacional federal, encontramos precedentes que aplicam por analogia como causas de interrupção da prescrição, situações de rompimento da inércia, representada na instauração de procedimentos/processos administrativos, como a Tomada de Constas Especial, vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *EX-PREFEITO*. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. *PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. ART. 23, LEI Nº 8.429/92. AÇÃO AJUIZADA DENTRO DO PRAZO*

> *PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS*. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. MULTA CIVIL. APLICABILIDADE PELO DESCUMPRIMENTO DA NORMA LEGAL. REEXAME DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. PROVIMENTO EM PARTE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Embargos de Declaração do acórdão que, em Ação de Improbidade Administrativa, deu provimento em parte à Apelação do MPF, para imputar ao Réu o ato ímprobo previsto no art. 11, VI, da Lei nº 8.429/92, com a imposição da multa civil no valor de duas vezes a sua remuneração á época dos fatos. 2. Embargos que se fundamentam na omissão do acórdão, no tocante à declaração da prescrição do direito de ajuizar ação de improbidade administrativa e na contradição, porque mesmo sem dano patrimonial pela prestação de contas incompletas foi o Embargante condenado ao pagamento de multa civil. *3. O art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 estabelece cinco anos após o término do exercício do mandato como data final para o ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa. Todavia, reeleito o agente público, há continuidade do referido exercício do munus público, de modo que a prescrição somente pode ser computada a partir do término do segundo mandato. 4. Prefeito eleito para a Prefeitura de Itaíba/PE para o período de 1996 a 2000, sendo, em seguida, reeleito para o período de 2001 a 2004. Renúncia do mandato em 02.05.2002, data em que deve ser iniciada a contagem do prazo prescricional de 05 (cinco) anos do art. 23, I, da Lei nº 8.429/92. 5. Com fundamento no princípio da razoabilidade e em analogia à orientação do STJ no tocante ao procedimento administrativo disciplinar (que considera a interrupção do prazo prescricional por 140 dias para aplicação da penalidade, contados a partir de sua instauração, por ser esse o lapso máximo para a conclusão do PAD) entende-se que, em caso de improbidade administrativa de ex-Prefeito, nos termos do art. 23, I, da Lei nº 8.429/92, o prazo prescricional pode ser igualmente interrompido, a partir da instauração da tomada de contas especial perante o TCU, pelo prazo de 05 (cinco) anos (ou até a data do julgamento, o que ocorrer primeiro), por ser este o prazo fixado pelo Col. STF para que a Corte de Contas, sem afronta à segurança jurídica, exerça o controle externo da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. 6. A Tomada de Contas Especial foi instaurada pelo FNDE - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, em 20.07.2004. Proposta a ação de*

improbidade administrativa em 04.07.2008, está ela dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 23, I, da Lei nº 8.429/92.6. Não há contradição no acórdão, ao impor ao Embargante a multa civil, em face do descumprimento da obrigação legal de prestar contas das verbas conveniadas. 7. A multa civil é devida pelo cometimento do ato ímprobo, por si só, independente da ocorrência de perda patrimonial do Estado, sendo uma forma de punir o descumprimento da norma legal. Por esta razão, ela não se confunde com a indenização, que tem como pressuposto um dano que cause perda patrimonial. Tendo o Embargante descumprido a norma legal que o obriga a prestar contas da verba pública, deve ele ser condenado ao pagamento da multa civil. 8. O reexame da causa não é permitido nas vias estreitas dos embargos de declaração, mas, apenas, por meio dos Recursos Especiais e/ou Extraordinário. 9. Os Embargos de Declaração são cabíveis, apenas, das decisões onde houver obscuridade ou contradição no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre o qual deveria o tribunal pronunciar-se; quando isso não se configura, não há como acolher o recurso, nem mesmo com fins de prequestionamento. 10. Embargos de Declaração providos em parte, apenas para esclarecer que não restou configurada a prescrição no caso em tela. (EDAC 00088305000482601, Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 09/05/*2013* - Página: 330.) (grifo nosso)[14]

ADMINISTRATIVO. *EX-PREFEITO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS*. SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MANUTENÇÃO DO DEVER. 1. A decretação de indisponibilidade de bens, na forma como prevista no artigo 7º da Lei nº 8.429/92, traduz exercício legítimo do poder geral de cautela do magistrado, cujo espectro compreende a concessão de tutela de urgência, dentre elas, a antecipação dos efeitos da tutela (RESP 930650, DJE 27/08/2009). Preliminar rejeitada. *2. Ação de improbidade ajuizada com o fito de imputar a prefeito responsabilidade pela falta de prestação de contas relativa a convênio celebrado com a*

[14] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Embargos de Declaração na Apelação Cível – EDAC545977/01/PE, da 3ª Turma, Recife, PE, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 13 jun. 2017.

União, com espeque no art. 11 da Lei nº 8.429/92. 3. Em se tratando de ex-prefeito acusado da prática de ato ímprobo, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos começa a fluir a partir do término do mandato (art. 23, I, LIA) 4. A 3ª Seção do eg. STJ, no âmbito do processo administrativo disciplinar, tem admitido a interrupção do prazo prescricional por 140 (cento e quarenta) dias, contados a partir de sua instauração, por ser esse o prazo máximo para a conclusão do PAD, nos termos da Lei nº 8.112/90, a partir de quando se reiniciaria a contagem do prazo qüinqüenal para propositura da ação de improbidade administrativa (MS 12735/DF, DJe 24/08/2010). 5. Em paralelo à orientação acima firmada, na hipótese de ato ímprobo imputado a ex-prefeito, deve o prazo prescricional ser igualmente interrompido, a partir da instauração da tomada de contas especial perante o TCU. 6. Na ausência de parâmetro legal para o lapso de interrupção, há de se aplicar, por analogia, o período de cinco anos fixado pelo Col. STF para que a Corte de Contas, sem afronta à segurança jurídica, exerça o controle externo da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, prazo cuja ultimação autoriza o recomeço do qüinqüênio para ajuizamento da ação de improbidade administrativa. 7. Caso em que, instaurada a Tomada de Contas Especial em 1996, ano de encerramento do mandato, voltou o prazo a correr em 2001, tendo o feito, no entanto, somente sido ajuizado em 2007, de modo que resta consumada a prescrição da sanção de suspensão dos direitos políticos, não alcançando, no entanto, o referido instituto o pleito de ressarcimento ao erário, dada sua imprescritibilidade (AGRESP 1138564, DJE 02/02/2011). 8. A jurisprudência do eg. STJ vem entendendo que "a reparação do prejuízo causado aos cofres públicos não é medida sancionatória, mas simplesmente uma consequência civil decorrente do dano causado pelo agente ao patrimônio público" (RESP 977093, DJE 25/08/2009). 9. Manutenção do dever de ressarcimento do dano causado à população munícipe, a partir da comprovação de que as verbas oriundas do convênio não foram empregadas no fim a que se destinavam (combate de endemias: doença de chagas e leishmaniose), na esteira do pronunciamento do Tribunal de Contas da União. 10. Apelação parcialmente provida. (AC 200781000097812, Desembargador Federal Luiz

> Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 25/04/*2012* - Página: 153.) (grifo nosso)[15]
>
> ADMINISTRATIVO. *EX-PREFEITA. CONVÊNIO SUS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. REJEIÇÃO. TCU. AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO***.** OCORRÊNCIA. 1. Ação de improbidade ajuizada com o fito de imputar a ex-prefeita sanções relativas à prática de ato de improbidade, em razão da rejeição das contas prestadas ao TCU, relativamente a convênio celebrado com a União. *2. Em se tratando de ex-prefeita acusada da prática de ato ímprobo, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos começa a fluir a partir do término do mandato (art. 23, I, LIA). 3. A 3ª Seção do eg. STJ, no âmbito do processo administrativo disciplinar, tem admitido a interrupção do prazo prescricional por 140 (cento e quarenta) dias, contados a partir de sua instauração, por ser esse o prazo máximo para a conclusão do PAD, nos termos da Lei nº 8.112/90, a partir de quando se reiniciaria a contagem do prazo qüinqüenal para propositura da ação de improbidade administrativa (MS 12735/DF, DJe 24/08/2010). 4. Em paralelo à orientação acima firmada, na hipótese em exame, deve igualmente ser interrompido o prazo prescricional por cinco anos, a partir da instauração da tomada de contas especial perante o TCU. 5. Na ausência de parâmetro legal para o lapso de interrupção, há de se aplicar, por analogia, o período de cinco anos fixado pelo Col. STF para que a Corte de Contas, sem afronta à segurança jurídica, exerça o controle externo da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, prazo cuja ultimação autoriza o recomeço do qüinqüênio para ajuizamento da ação de improbidade administrativa. 6. Hipótese em que, instaurada a Tomada de Contas Especial em 18/04/1996, quando decorridos 04(quatro) anos do encerramento do mandato (31/12/1992), voltou o prazo a correr, por inteiro, em 18/04/2001, tendo o feito* ,no entanto, somente sido ajuizado em 21/08/2006, de modo que resta consumada a prescrição. 6. Agravo retido e apelação providos." (AC 200681000140210, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJE – Data: 25/04/*2012* - Página: 152.) (grifo nosso)[16]

---

[15] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível – AC486791/CE, da 3ª Turma, Recife, PE, 14 abr. 2012. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 13 jun. 2017.

[16] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível – AC523531/CE, da 3ª Turma, Recife, PE, 15 mar. 2012. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 09 jul. 2017.

Percebe-se que a solução jurisprudencial atende claramente a exigência do requisito da inércia para que a prescrição ocorra. Portanto, não pode ser taxado de inerte o ente administrativo interessado que instaura Tomada de Contas Especial, visando apurar os fatos, os responsáveis e o dano provocado por condutas de agentes públicos ímprobos. Não é razoável que não se entenda expurgada a omissão pela instauração da TCE.

Importante destacar, que a TCE é o processo administrativo disponível para casos de agentes públicos transitórios, que não estejam dentro do poder disciplinar do ente administrativo lesado, como acontece em casos de convênios entre a Administração Federal e entes municipais, representados por seus prefeitos. Situação contemplada nos precedentes acima indicados.

A jurisprudência acaba por integrar a legislação e atribuir força ao próprio conceito de prescrição, quando acolhe a interrupção por força da chegada da Tomadas de Contas Especial em sua fase perante ao Tribunal de Contas. É dever da Administração instaurar tal procedimento, nas hipóteses já listadas, juntando elementos para confecção de um relatório final da mesma, determinando irregularidades, prejuízos e responsabilidades, servindo a mesma como uma verdadeira "denúncia" a ser analisada e julgada perante a Corte de Contas competente.

Percebe-se que todo o procedimento de apuração da fase interna é essencial para que o Tribunal de Contas possa desenvolver um substancial processo administrativo de análise das contas, com todas as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório, debruçado após uma análise administrativa séria do ente administrativo instaurador e de tentativas preliminares de correção das irregularidades e reparação do dano ao erário constatado.

A opção jurisprudencial pela interrupção com o início da fase externa, pressupõe todas as medidas de apuração e tentativas de correção das irregularidades e de reparação ao erário presentes na fase interna da tomada de contas especial. Assim, somente depois de

todo este procedimento e com base em relatório final abrangente que no caso da Administração Federal, é certificado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, órgão do sistema de controle interno federal, sendo finalmente encaminhado ao Ministro supervisor da área que emitirá pronunciamento e o encaminhará ao TCU, nos termos do art. 52 da Lei n.º 8.443/1992: "O Ministro de Estado supervisor da área ou a autoridade de nível hierárquico equivalente emitirá, sobre as contas e o parecer do controle interno, expresso e indelegável pronunciamento".

Portanto, instaurada a TCE, no momento em que a mesma alcança sua fase externa no TCU, ganhando status pleno de processo administrativo, interrompida está a prescrição da ação de improbidade administrativa.

5. Aspectos secundários da tomada de contas especial como causa interruptiva da prescrição da ação de improbidade

Ao considerar a TCE como causa interruptiva, se permite a utilização das apurações da mesma, para instrução da ação de improbidade administrativa, ajudando a definir elementos importantes da referida ação, como por exemplo o valor da causa e do dano ao erário, influindo em aspectos como os pedidos de bloqueios de bens de índole cautelar.

Ao tratar do regime legal aplicável na definição do valor da causa na ação civil pública por improbidade administrativa, Daniel Amorim Assumpção Neves comenta: "Sem qualquer previsão na Lei 8.429/1992, o valor da causa na ação de improbidade administrativa deve ser determinado segundo as regras consagradas nos art. 291 a 293 do Novo CPC"[17]

Nesse turno, nos termos do Novo Código de Processo Civil, a devida atualização do montante, inclusive com juros, deve ser

[17] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 197.

providenciada pelo autor da ação de cobrança quando da elaboração da petição inicial, ao apor o valor da causa: "Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação"

Assim, a instauração da Tomada de Contas Especial é medida que pretende quantificar o dano e delimitar responsabilidades e tem grande utilidade na melhor definição dos pedidos e do valor da causa na ação de improbidade administrativa. Evidentemente que não há um caráter de pré-requisito ou condição da ação, mas sem sombra de dúvidas, representa uma medida salutar até mesmo para a futura instrução processual judicial.

Outra vantagem a ser lembrada é que com a Tomadas de Contas instaurada, há mais subsídios para delimitação dos pedidos de índole cautelar, como o previsto no art. 7º e 16 da Lei n.º 8.429/92, pois já há quantificação de dano, mesmo que preliminar.

6. Considerações finais

Assim, partindo do conceito de prescrição e da importância da manutenção do estado de omissão do autor da ação para o curso normal desse prazo extintivo, que a Tomada de Contas Especial, quando apure fatos que provocaram dano ao erário e desde que caracterizada também a improbidade administrativa, tem força interruptiva do prazo prescricional da referida ação judicial. É totalmente defensável, com base na doutrina e jurisprudência, que a TCE, quando do início da sua fase externa perante o TCU, após ter sido instaurada pelo ente administrativo interessado (fase interna), é causa interruptiva da prescrição da ação de Improbidade Administrativa, seja com fundamento na aplicação do art. 2º, II da Lei n.º 9.873/99, seja por analogia das causas de interrupção do regime disciplinar federal, especificamente do § 3º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90.

Referências

BEZERRA FILHO, Aluízio. **Lei de Improbidade Administrativa aplicada e comentada**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos.. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2016.

CGU. **Tomada de Contas Especial – Perguntas e Respostas**. Brasília-DF: 2013. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/tomadadecontasespecial.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Improbidade administrativa**: comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MOYSES, Natália Hallit. **Apontamentos sobre o procedimento de tomada de contas especial**. *Revista Jus Navigandi,* Teresina, ano 18, n. 3537, 8 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23847>. Acesso em: 17 jun. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

3

A evolução do direito administrativo em face do princípio da dignidade da pessoa humana

Francisco Jório Bezerra Martins[1]

Introdução

Apesar da história apresentar o Direito Administrativo sob o aspecto formal desde a Revolução Francesa, percebe-se que poucas mudanças foram tão significativas, do que a sua constitucionalização.

Esta pesquisa tem o objetivo de discutir a evolução do Direito Administrativo sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Será discutido que à princípio o Direito Administrativo era voltado quase que exclusivamente para a atividade Estatal. Todavia, as modernas constituições impulsionaram o movimento de constitucionalização do direito administrativo.

Essa chamada constitucionalização é verificada a partir do momento em que o fundamento de validade dos atos administrativos passam a ser balizados pela Constituição, ao invés de comumente pelas leis infraconstitucionais. Assim, a prática

[1] Advogado. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (UC). Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: jorio@unifor.br.

administrativa discricionária com base na legalidade passa a ter fundamento constituição.

Essa singela e profunda modificação provoca uma nova visão a respeito do chamado princípio da primazia do interesse público sobre o particular. Alguns estudiosos atualmente defendem que o referido princípio sequer encontra guarida no texto constitucional. Além disso, quando se aborda a primazia do interesse público sobre o particular, é porque geralmente há violência à direito fundamental do administrativo, que, via de regra, cedia passagem em virtude da suposta preferência pública a derrogar a satisfação do particular.

É naquele momento em que emerge o questionamento: como pode um direito fundamental, com base no princípio da dignidade da pessoa humana ser afastado para que se materialize um outro, que não está expressamente previsto na Constituição?

Partindo dessa indagação, procurar-se-á analisar o texto constitucional com instrumento de garantia dos administrados. Evidentemente a Constituição traz garantias bem como direitos, que impulsionam o Estado a adotar um comportamento positivo, de assegurar a fruição, bem como um comportamento negativo, abstendo-se de violar direitos e garantias fundamentais.

No segundo momento, será estudada a discricionariedade do ato administrativo. A importância de tal elucubração está no fato de que nos idos pretéritos, notadamente pela forma como o Direito Administrativo foi concebido, o Estado praticava os seus atos, cuja *potestade* era praticamente absoluta e incontestável. Falava-se em termos gerais que a liberdade de atuar praticamente não encontrava limites, com escusas no postulado da supremacia do interesse público.

Posteriormente será analisado o princípio da supremacia do interesse público em contraste com o da dignidade da pessoa humana. Será abordada a situação constitucional de um e outro princípio, discutindo igualmente a possibilidade de conflito. Será posto a prova a possibilidade de fazer com que ambos sejam aplicados, defendendo a ponderação a fim de que possam coexistir de forma mais harmoniosa possível, dois interesses ainda que *prima*

facie antagônicos. Este argumento busca uma otimização de vontades, tanto a de alcançar a satisfação da coletividade, assim como preservar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Para a realização deste ensaio, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, através de doutrinas nacionais e estrangeiras e artigos científicos publicados em revistas especializadas, bem como outras publicações avulsas relacionadas aos temas.

Relativamente à utilização de resultados, é pura, no sentido de que o objetivo é a ampliação dos conhecimentos. A abordagem é qualitativa, visto que se aprofundará na compreensão das ações e relações humanas, nas condições e frequências de determinadas situações sociais. O objetivo é descritivo, pois a pesquisa busca descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado. Por fim, é exploratória, objetivando aprimorar ideias através de informações sobre o tema em foco.

1. A Constituição como garantia dos administrados

O Constituição brasileira foi insculpida num histórico momento de celebração do Estado Democrático de Direito. O seu texto anuncia, para além de outros elementos, os direitos fundamentais, assim como os sociais. Sob essa perspectiva há uma verdadeira miríade de enunciados, que exigem por parte do Estado, tanto um comportamento positivo, assim como negativo. Portanto, foram plasmados princípios com atribuições de sustentar e dar efetividade às garantias e direitos fundamentais das pessoas naturais e jurídicas.

Conceber o texto constitucional sob o aspecto vulgarmente romântico, um emaranhado de enunciados desassociados de uma conexão, concretude e completude, torná-la-ia, uma mera folha de papel, como uma vez anunciou Lassale (2002).

A Constituição Garantia afasta a tese da norma constitucional eficácia limitada[2], deixando de ser meramente normativa (formal). O seu objetivo é evitar que o texto constitucional seja uma condensação de ideias futuras, uma declaração de objetivos a serem alcançados.

Na atuação prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar oxigenação constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade material e formal da norma jurídica. Somente assim se dar-se-á a devida força normativa à Constituição.

A teoria constitucional apresenta um viés evolutivo do seu conteúdo. A princípio, dizia-se que o texto constitucional, deveria conter apenas os elementos materiais, ou seja, aquilo efetivamente indispensável para a sua existência. Já foi defendida a constituição em sentido sociológico, pelo filósofo Lassale. Para ele, se representa o efetivo poder social, é legítima; caso contrário, não passa de uma mera folha de papel. A constituição é representada pelos fatores reais de poder situando-se no mundo do ser e não no mundo do dever-ser. A norma (constituição) só tem significado se refletir as relações de poder.

Depois Carl Schmitt surge com a defesa da Constituição no sentido político. Nele, o autor aduz que o seu fundamento é a decisão política fundamental que a antecede o próprio texto, sem a qual não se organiza ou funda o Estado.

A Constituição define a parte de uma decisão política, aspectos fundamentais de organização e ideologia do Estado. Tudo o mais que, além disso, se encarta no seu texto, não passa de lei constitucional. Com tal teoria, Schmitt aponta a existência de elementos materiais: forma de Estado e de Governo, Declaração de Direitos e Garantias, e a separação dos poderes. Qualquer outro texto inserido na Constituição seria apenas formalmente constituição, a exemplo do art. 242, §2º da CF/88. Para Schmitt, a validade de uma Constituição não se apoia na

[2] A respeito desse tema, é sugerida a leitura da monografia de José Afonso da Silva, intitulada Aplicabilidade das normas constitucionais, editada pela Malheiros.

justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência (poder originário).

Complementando esse sentido, Kelsen (1998) aduz que a Constituição é capaz de justificar-se tão somente no plano jurídico; sob um sistema da norma única, do qual decorre a hierarquia normativa e a norma hipotética fundamental: cumpra-se a Constituição.

Por sua vez, Canotilho faz uma síntese dialética para discorrer a respeito da Constituição concretista ou dirigente. Para o autor português, parte-se da premissa que a constituição não é só norma, ao contrário do que dizem os positivistas (kelsenianos), constituição não é só fato (Lassale), ao contrário do que defendia a concepção sociológica, e não é só valor ideal ou político (Schmitt). A constituição resulta da síntese dialética desses elementos que interagem, que retroagem uns sobre os outros.

Segundo o autor (2001, p.11):

> O tema a abordar na presente investigação é, fundamentalmente, o problema das relações entre a constituição e a lei. O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.
> [...] a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida.

A Constituição brasileira, por sua vez, congrega elementos de todos os sentidos acima apresentados, posto que representa os fatores reais do poder, bem como partiu de uma decisão política. Para além disso, foi galgada sob aspectos fundamentais de organização do Estado, e é capaz de justificar-se no plano jurídico como norma fundamental. De igual sorte é uma constituição garantia, pois prevê diversas normas garantidoras de direitos individuais e coletivos e também dirigente, visto que possui normas

programáticas e estabelece diretrizes a serem cumpridas pelo Poder Público visando a evolução política.

Sob essa ótica, há de se emprestar um caráter mais democrático à Constituição, fazendo com que ela seja difundida e dada a oportunidade para que uma pluralidade de indivíduos possa conhece-la e interpretá-la. Não basta apenas dizer que foi elaborada pelo povo e para o povo, e encastelá-la para que poucos a conheçam. Com tal prática, a concretização dos direitos fundamentais será alcançada com mais rapidez e aderência.

O constitucionalismo garantista identifica-se também a primazia dos direitos fundamentais. Estes, na condição de normas superiores às demais, mesmo porque compreendem interesses individuais e coletivos, determinam limites específicos e conexões na esfera da liberdade individual, como no âmbito dos poderes públicos e privados, e igualmente elucubram direta ou indiretamente a vontade da maioria, exercida pelos direitos políticos ou mesmo as vontades individuais pelo exercício dos direitos civis.

Isso denota um papel de preponderância dos direitos fundamentais no constitucionalismo garantista. Tal afirmativa é justificada uma vez que as proposituras possuem uma influência destacada nas ações estatais. Inegável refletir que os direitos fundamentais estão num patamar de preponderância relativamente aos demais, vez que, subjetivos, são interesses juridicamente protegidos tanto no que tange à prestação positiva, assim como negativa. Ou seja, implica a necessidade do Estado promover ações que enaltecem a fruição das previsões constitucionais, enquanto de outra banda impedem o Estado de movimentar-se na senda da violação dos citados direitos.

Por tais motivos, os direitos fundamentais, para além de possuir o significado de legitimar a Carta Constitucional, servem também como fonte de negativa de legitimidade e invalidez das regras ou condutas que lhe são antagônicas.

Os direitos fundamentais na Constituição, na perspectiva garantista, funda-se na imposição de limites e vínculos à atuação dos

poderes públicos e privados, defendendo um constitucionalismo forte, no qual haja a preponderância dos direitos fundamentais, implicando ações que conforma não apenas o "ser", mas também o "dever ser" do Direito. Sob tal luz, esses preceitos capitais, ostentam destacada função, posto que assumem o papel de indispensável mecanismo na atuação jurídica em qualquer esfera. O ponto que se deve destacar, é que a atuação jurídica exerce o seu mister tanto relativamente a matérias que não se pode decidir, assim como as outras as quais não se pode deixar de decidir.

A essa pulverização de matéria Constitucional, a doutrina a denomina como neoconstitucionalismo. Moreira Neto (2012) aponta que este movimento apresenta cinco características elementares: 1) a supremacia dos direitos fundamentais; 2) a força normativa das regras e princípios constitucionais; 3) a sobreinterpretação da Constituição; 4) a universalidade aplicativa em todas as relações jurídicas de qualquer natureza e 5) a orientação ética para o estrito cumprimento dos valores expressados explícita ou implicitamente.

2. A nova interpretação da discricionariedade, face à supremacia do interesse público

Apesar da narrativa delinear toda uma evolução dos direitos, garantias e liberdades individuais e coletivas, muitas vezes os governantes menosprezavam as necessidades dos administrados. Com o argumento baseado na discricionariedade, a administração conseguia passar ao largo do controle da legalidade dos seus atos.

Acredita-se que esta conduta é oriunda do modo como surgiu o Direito Administrativo, sob a visão de Binenbojm (2005:51). Para o autor, a história oficial aduz que o direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei, tomando como ponto de partida a Lei 28 do pluvioso do ano VIII, que deu organização jurídica à administração pública francesa é uma falácia. Em suas palavras, tem-se que:

> O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo Conseil d'État em França, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento.

Corrobora este entendimento, até o fato de ter subtraído dos magistrados a possibilidade de julgarem a própria administração, haja vista que estes, sob a visão dos revolucionários franceses, não eram dignos de confiança. Imagine-se, portanto, que um Poder passou a instituir um sistema organizacional próprio de julgamento de litígios, no qual os seus integrantes, ou seja, os julgadores, iriam apreciar as arguição que muitas vezes lhe eram imputadas. Para além disso, as normas que regulamentavam as condutas postas sob discussão, na sua ampla maioria, eram elaboradas pela própria administração. Percebe-se que o que hoje nós conhecemos por contraditório, ampla defesa, paridade de armas, era relativizado, de forma originária pela própria instituição estatal administrativa, que basicamente podia julgar a si mesmo com base nas normas e regras elaboradas por ela própria.

Assim, para a Poder Público à época e no caso em questão, há um privilégio soberbo, uma vez que não se submete ao controle de legalidade do Poder Judiciário, e é a própria administração quem elabora as suas próprias normas e julga de maneira inquestionável os conflitos porventura existentes, seja de aspecto interno ou ainda relacionado aos administrados.

Percebe-se, portanto, que a invocação do princípio da separação dos poderes, para o momento, contribuiu largamente para o fortalecimento da administração pública, praticamente a tornando imune a qualquer investida oriunda de outros poderes.

Esse comportamento ensejou ainda a característica de que o interesse da administração, era vulgarmente conhecido como

interesse público. No entanto, o significado da expressão não refletiria, invariavelmente, o interesse do público, da sociedade de uma maneira em geral.

Era sob tal ótica que a administração praticava os seus atos, revestidos das qualidades que ainda hoje se conhecem, em especial a da discricionariedade.

Nos dizeres de Moreira Neto (1998:49), "[...] a discricionariedade é uma competência para definir administrativamente, no caso, o interesse público", cujo alcance é "[...] a satisfação da função de bem administrar", que estaria subsumido na norma legal, culminando no mérito do ato.

A Constituição de 1988, inovou bastante no aspecto administrativo. Em seu texto foram positivados diversos princípios, e a reforma de 1998, por meio da Emenda n. 19, veio definitivamente a alçar a fonte primária do direito administrativo à Constituição. A partir de então percebe-se um movimento de constitucionalização administrativa, em contraponto à legalidade, sob aspecto infraconstitucional.

Por certo, pelo menos no Brasil, não se coaduna mais com a possibilidade da não discussão judicial dos atos administrativos. Elementos de controle surgiram, tanto sob a tutela do Poder Legislativo, bem como pela via Judicial, como instrumento de análise da correta aplicação dos princípios que norteiam o regime jurídico.

Se reconhece que tanto o direito constitucional, assim com o administrativo, os seus objetivos são comuns: a necessidade de limitar o poder do Estado, o impulsionar a práticas que visem a fruição dos Direitos fundamentais e consolidar o liberalismo.

A respeito da constitucionalização, Binenbojm (2008) já registrara "Assim, o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração." Por sua vez, Luis Roberto Barroso. (2008:47) assevera: "A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre Administração Pública, com censurável grau de

detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos". Por sua vez, Mendonça (2015: 14) arremata ao destacar que:

> [...] constata-se que a fuga para a juridicidade administrativa consista numa inversão de ordem, ao invés da lei a constituição passa a nortear a conduta dos administradores públicos garantista dos direitos fundamentais, que provoca uma revolução.

Toda essa construção nos leva ao ponto de convergência entre o (neo) constitucionalismo e a evolução do Direito Administrativo para destacar a primazia da Constituição ao invés da lei, a necessidade de se ponderar a respeito do alcance da discricionariedade administrativa para finalmente chegar a uma definição interesse público.

Percebe-se que o movimento operado pelo Direito Administrativo evoluiu para enaltecer uma nova visão de governança política. Desta forma, a discricionariedade, que muitas vezes era confundida e praticada de forma absoluta, não encontra mais guarida pelo direito administrativo moderno. Hoje o administrador, ao exercer a liberdade discricionária, deve pautar a sua conduta com base nos princípios constitucionais, de forma a procurar sempre uma solução ótima dentro dos preceitos da oportunidade e conveniência para a consecução do bem comum.

3. A concepção de interesse público, em contraste com o princípio da dignidade da pessoa humana

Tendo em vista que a administração pública deve operar de modo a satisfazer os interesses da coletividade, bem como observando que os princípios que pautam a sua conduta estão consignados na Constituição, que igualmente alberga os Direitos e Garantias individuais e coletivos, é dever do administrador buscar um resultado para as suas ações que satisfaçam o interesse público.

Bandeira de Mello (2015: 55) defende que o direito administrativo é erguido pelos pilares dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração. É com base nestes que as prerrogativas do poder público manifestam os seus atos.

Bem verdade que a definição do termo interesse público é assaz tormentosa, haja vista a plúrima significação que pode alcançar, dado ao elevado grau de subjetivismo comportado. Moreira Neto (1998:14) registrou que "[...] é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exaustivamente todas as hipóteses do interesse público". E arrimou a sua afirmação com base no fato de que por mais detalhada que seja a definição daquilo que porventura de fato é de interesse público, sempre haverá alguma matéria, ou até mesmo circunstância que acabou por ser detectada tardiamente, ou devido a circunstância diversas apontou-se como de interesse público.

O autor discorre ainda a respeito do que seria interesse público originário e derivado. O primeiro seria atendido pelo legislador, à medida em que representa o bem comum ou interesse geral, de cunho constitucional e atribuída ao Estado. O derivado, por sua vez, deve ser satisfeito pelo administrado, com a finalidade atender os comandos infraconstitucionais (leis). O mesmo entendimento é compartilhado por Bandeira de Mello (2015: 59).

Baptista (2013:60), traz uma interessante definição de interesse público, relacionado com o princípio da supremacia, *in verbis*:

> A supremacia jurídica que a Administração Pública possui decorre de o Estado ser o agente responsável pela satisfação das necessidades concretas e específicas da coletividade. Assim, o interesse público se coloca como legitimador da atuação estatal, pois as atividades administrativas devem ocorrer em prol da satisfação dos interesses da coletividade e, para tanto, o sistema jurídico assegura uma diferenciação do ente público em relação ao particular como forma de garantir a implementação das medidas administrativas necessárias para a efetivação dos interesses da coletividade.

O interesse público sempre estará revestido de legalidade, haja vista ser condição indispensável à administração pública, e, de igual sorte, atrelado também à legitimidade, aceitação popular, posto se tratar de interesse da sociedade. Isso faz com que o Direito se submeta à política, como instrumento de concretização da vontade popular, manifestação da coletividade.

Fundamenta-se tal assertiva com apoio no Estado Democrático de Direito. Ora, considerando que neste modelo a sociedade é livre para apontar os seus representantes que irão defender os interesses coletivos, os administradores acabam por se vincular aos interesses da massa. E estes, desde que legais, acabam por se transformar em instrumentos normativos conducentes àquela manifestação de vontade.

Cabe ressaltar que inexiste na Constituição a indicação expressa da existência do princípio da primazia do interesse público sobre o particular. O mencionado princípio, no entanto, é usado inadvertidamente para justificar um sem número de prerrogativas usufruídas pela Administração Pública.

Vários juristas[3] têm apresentado severas críticas a respeito da consagrada supremacia, aduzindo tanto que não se trata de um princípio, assim como é fruto da origem absolutista do direito administrativo privilegiadora da administração pública, ao invés da própria sociedade.

Em argumentação contrária, Alice González Borges (2011) rebate a tese acima esposada, aduzindo que o problema não está no princípio, tampouco a sua origem o denigre, mas sim a sua deficitária ou deturpada aplicação, que provocam decisões administrativas arbitrárias ou díspares da impessoalidade.

Não se deve perder de vista que a primeira obrigação da administração pública é a observância irrestrita aos direitos fundamentais. Assim, considerando que efetivamente inexiste de

[3] Em obra coletiva, Daniel Sarmento coordena diversos artigos em: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: descontruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

forma positivada o Princípio da Supremacia do Interesse Público, mas, todavia, existe todo o arcabouço principiológico que protege e ampara os administrados pelos princípios explícitos na Constituição, pode-se chegar ao entendimento que a supremacia do interesse público não afasta a do particular.

O cotidiano da administração pública é realizar escolhas e tomar atitudes que na grande maioria das vezes encontra algum ponto de intersecção com direitos e garantias individuais e coletivos. Esse ponto mencionado pode tanto ser tocado para incrementar um direito fundamental, bem como pode haver algum conflito. Cite-se, por exemplo, a desapropriação de imóveis para ampliar a malha viária ou proporcionar a instalação de transporte metroviário. De certo que o proprietário daquele imóvel urbano está sofrendo autorizada violação ao seu direito fundamental à propriedade, que está cedendo espaço a um bem coletivo de dimensão quantitativa superior.

O que se deve cuidar é diagnosticar se tais medidas estão abraçadas pela adequação e necessidade. Essa exigência é necessária para restar patente que a busca pela realização do interesse coletivo está justificada. A adequação deve ser verificada ponderando se a medida administrativa é capaz de alcançar o resultado pretendido. A necessidade, por sua vez, é examinada quando se analisa se existe alguma outra medida administrativa que seja capaz de alcançar o resultado, de maneira menos gravosa aos direitos eventualmente atingidos.

O princípio da dignidade da pessoa humana insculpido na Constituição, norteia os direitos e garantias expressos no texto constitucional, assim como pauta a conduta dos administrados a fim de consagrar os objetivos do Estado Democrático de Direito. Piovesan (2005), assevera que "[...] O valor da dignidade da pessoa humana impõe- se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional".

Sarlet (2013:15) reconhece a dificuldade de apontar uma definição mais concreto de dignidade da pessoa humana,

salientando que "[...] não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas".

Luis Roberto Barroso (2015:40) destaca que "[...] A melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com status constitucional, e não como um direito autônomo".

Tomando como ponto de partida a ponderação de Barroso, qual seja, de que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, e de que o administrador eventualmente ao praticar atos em prol da coletividade pode vir a malferir direito individual, é possível argumentar da eventualidade da colisão do primeiro princípio com o da supremacia do interesse público sobre o particular.

O argumento é de que os direitos constitucionais não funcionam como um sistema de regras, mas de princípios, cujos conflitos são resolvidos pela ponderação e não pela subsunção, e por uma prática jurídica centrada na atividade judicial.

A respeito deste debate, cabe suscitar a distinção entre princípios e regras, defendida em especial por Dworkin e Alexy, na tentativa de explicar a estrutura das normas de direito fundamental.

Para Alexy (2008, p. 90), "[...] o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos". Daí ser necessário dizer que os princípios são mandados de otimização, ao passo que as regras têm o caráter de mandados definitivos. Partindo dessa premissa, para que um princípio seja aplicado, é indispensável a análise das condições fático-jurídicas.

Por serem mandados de otimização, permitem que sejam materializados em diferentes graus, e as suas medidas de satisfação dependem tanto das possibilidades fáticas, assim como as jurídicas, determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos.

Dworkin (2001, p. 133), por sua vez, idealiza o sistema jurídico como um ordenamento de princípios que não recebem derivação de

uma regra de reconhecimento, ao invés de um sistema de regras, senão como um ordenamento de princípios que carecem um respaldo jusfilosófico. Neste sentido, vale transcrever:

> Regras são aplicáveis em um modo de tudo-ou-nada. Se os fatos que uma regra enuncia ocorrem, então a regra é válida, em cujo caso a resposta que proporciona deve ser aceita, ou ela não é válida, em cujo caso ela não contribui em nada para a decisão. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios concorrem entre si (a política de proteção dos consumidores de automóvel concorrendo com princípio de liberdade de contratar, por exemplo), aquele a quem incumbe resolver o conflito deve tomar em consideração o peso relativo de ambos. Não se pode ter aqui uma mensuração exata, e o juízo de que um princípio ou política particular é mais importante que outra será frequentemente uma decisão controversa. Não obstante, é um constituinte da noção de princípio que ele tenha essa dimensão, que seja relevante perguntar o quão importante ou qual peso ele possui.

Para ele, o positivismo é um modelo para um sistema de regras. Em seu entendimento, os princípios possuem uma dimensão moral e busca estabelecer uma distinção entre aquele e as regras. Percebe-se, portanto, que os princípios possuem a capacidade de serem elastecidos, a depender dos estados ideais ponderados.

Visto por esse prisma, os direitos fundamentais impulsionam a atividade positiva do Estado no campo social, ao mesmo tempo em que limita a negativamente a atuação estatal, obrigando-o a respeitar a liberdade dos indivíduos. Sendo operado dessa maneira, os direitos fundamentais alijam-se dos meros enunciados contidos em instrumentos normativos, para efetivamente fomentar o substrato da democracia material-constitucional.

Assim, deverá a administração pública encontrar uma maneira de harmonizar os interesses em estudo, com o fito de promover a máxima realização (aplicação ótima) dos mesmos. Desta forma, por mais que um interesse seja aparentemente mais relevante, este não deve eclipsar totalmente outro, implicando na sua obliteração.

Veja-se que da forma como foi exposto, há um aparente conflito entre princípios que por um lado albergam o interesse público (coletividade) e do outro o interesse de um particular (privado). Desta maneira, ambos deverão ser ponderados por meio da proporcionalidade.

É papel do administrador ponderar os interesses dentro do aspecto da razoabilidade, uma vez que a medida administrativa não possa ser substituída por outra menos gravosa. Isso implica registrar que a administração pública continua praticando os seus atos em conformidade com a necessidade e a adequação, na busca de mitigar a restrição de direitos fundamentais, de acordo com as opções jurídicas possíveis.

Em que pese especificamente a importância do interesse público para a administração pública, percebe-se de agora em diante que é até contraditório falar em supremacia do interesse público, uma vez que inexiste hierarquia entre princípios. Defender tal postulado, seria o mesmo que negar o caráter principiológico da dignidade da pessoa humana. A respeito desse raciocínio, registrou Binenbojm (2005:80) que "Um princípio que se presta a firmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia".

Destarte, entende-se que a terminologia da supremacia do interesse público sobre o particular deve ser entendida sob o prisma do respeito aos direitos fundamentais. Na eventualidade de conflito entre a prática do ato administrativo e os direitos do administrado, deve ser buscar uma solução que não faça desaparecer nem a reclamação deste, tampouco anule o propósito da boa governança que é alcançar o bem comum. O ato administrativo discricionário a ser praticado, agora deve guardar consonância com os postulados constitucionais e não mais trazer como significar o livre arbítrio do Estado.

4. Considerações finais

Mediante a narrativa ofertada, analisou-se dentro do seu propósito, a crítica que a doutrina aponta em relação ao surgimento do Direito Administrativo. No início, apontava-se que o Direito Administrativo foi concebido de modo a estabelecer o Estado Liberal. Essa concepção foi concebida pela necessidade de fazer o Estado respeitar os direitos do indivíduo, como: vida, liberdade, propriedade.

Todavia, com o advento do Estado Democrático de Direito, foram agregados à Constituição direitos fundamentais de matiz social. Por tal natureza são considerados como indissociáveis à consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. Visto por esse prisma, as ações do Estado devem se voltar para a observância da satisfação plena dos direitos fundamentais, e não apenas cuidar de alcançar o interesse da própria administração pública.

Os atos administrativos produzidos pelo Estado, protegidos pelo manto da discricionariedade, eram um espaço de livre eleição por parte do gestor. Após revesti-los de formalidade e materialidade, pouco importava se eram legítimos ou não, vez que estavam protegidos pela legalidade. Hoje, percebe-se uma preocupação de fazer com que o ato discricionário, para além de pautar a sua validade pela legalidade, seja igualmente abraçado pela legitimidade.

Essa preocupação nasce da forma como o Direito Administrativo passou a ser tratado no ordenamento jurídico. Houve uma evolução no sentido de retirá-lo primordialmente do aspecto infralegal, para uma localização constitucional. Assim, fica ladeado dos direitos e garantias fundamentais, não podendo se contrapor aos primados da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o Direito Administrativo passa a fincar suas estruturas com observância ao Estado Democrático de Direito que plasmou os preceitos fundamentais no texto constitucional. Essa premissa conduziu ao dever da administração de efetivar os direitos e garantias individuais e coletivos. Já não se trata mais de um poder de escolha, mas uma obrigação constitucional, de dar efetividade a tais direitos. Assim, a Administração Pública deve acompanhar a

evolução que o Direito Constitucional impulsionou, a fim de adequar-se a esse novo paradigma.

É justamente esta nova interpretação que se dá ao denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Evidenciou-se que o princípio em tela, não foi contemplado com inscrição explícita constitucional. Todavia, mesmo ponderando da possibilidade da aceitação implícita, esse pressuposto trouxe à lume um questionamento: o do eventual conflito entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular em detrimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir de tal hipótese, procurou-se responder, com base na ponderação entre princípios, que o ideal é fazer com que haja um ponto de equilíbrio, denominado de aplicação ótima, a fim de satisfazer tanto a administração pública, empenhada em satisfazer a coletividade indistintamente, assim como o particular, eventualmente atingido negativamente pelos objetivos do poder público.

Evidenciou-se que não se pode permitir o esvaziamento de princípios, uma vez que ambos possuem, considerando o da supremacia enquanto princípio, o mesmo valor jurídico.

Assim, defende-se que a busca pela satisfação do interesse público deve operar de modo a preservar os direitos e garantias individuais, através da aplicação satisfatória de suas ações baseada na constitucionalidade, legalidade e legitimidade. Somente desta maneira o Estado poderá agir em conformidade com os preceitos constitucionais, insculpidos através da consagração do Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, a. I, vol. I, n. 7, out/2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015..

BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 31, p. 55-71, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **"Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional**. Doutrina Essenciais de Direito Constitucional. Vol, 8, pp. 33-95, agosto de 2015.

_____. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** São Paulo: Forum, 2008.

_____. **A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf >. Acesso em: 18 de junho de 2016.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/ neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso aos 13/03/2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**. R. Dir. Proc. Geral. N. 59, Rio de Janeiro, 2005.

_____. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. RERE, N. 13, mar/abr/mai, pp. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acesso em 21 de junho de 2016.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** REDAE, n. 26, mai/jun/jul, 2011, 1-26.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COPETTI NETO, Alfredo. **O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do /constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, julho/dezembro de 2013

CORDEIRO NETO, H.; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **A fuga da legalidade para a jurisdicidade e os efeitos para a administração pública**. In: Gomes, Ana Paulo M. de Araújo; Vaconcelos, Francisco Jose Mendes; Deocleciano, Pedro Rafael Malveira; Almeida, Saulo Nunes de Carvalho. (Org.). Ensaios Jurídicos-Homenagem aos 10 anos do curso de direito da FCRS Faculdade Católica Rainha do Sertão. 1ed.São Paulo: Reflexão, 2015, v. 1, p. 13-32.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **É o direito um sistema de regras?** Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Morais da [et al.]. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012..

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). N. 3, jan/jun 2011, pp. 34-41.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KROHLING, Aloisio. **O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 482-503, jul/dez de 2013.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 3ª ed. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **O neoconstitucionalismo e a evolução do direito administrativo.** Interesse Público, Belo Horizonte, a. 17, n. 90, p. 69-90, mar/abr, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS DA ROSA, A. **O que é garantismo jurídico?** 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2003. v. 3. 112p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998

_____. **Constitucionalização do Direito Administrativo.** RPGMJF, Belo Horizonte, a. 2, n. 2, p. 13-23, jan. / dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988**. RT, vol. 833, p. 41-53, março de 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 102, p. 13-44, mai/jun de 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. RABDC, Curitiba, n. 4, jan-jun, 9-27, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004..

4

Análise da questão previdenciária relativa aos servidores não estáveis, não estabilizados pelo art. 19 do ADCT

Humberto Bayma Augusto[1]

Introdução

A Constituição Republicana, promulgada em 5 de outubro de 1988, conferiu estabilidade a todos os servidores concursados no serviço público, após dois anos de efetivo exercício.

A respectiva regra restou alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que aumentou para três anos de efetivo exercício e condicionou a aquisição da estabilidade à aprovação em avaliação especial de desempenho.

Muitos servidores ingressaram na Administração Pública brasileira antes da Constituição de 1988, através de provimento derivado, sem concurso público. Para os referidos servidores, a Constituição elencou, no art.19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que aqueles que estivessem em exercício na data da promulgação da Carta Magna, há pelo

[1] Procurador do Município de Pacajus/CE. Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) - Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: hbayma@ig.com.br.

menos cinco anos continuados, seriam considerados estáveis no serviço público.

Assim, aqueles servidores que adentraram no serviço público até 5 de outubro de 1983, sem aprovação em concurso público, foram estabilizados pela Constituição recém-promulgada. O referido instituto é denominado de Estabilidade Extraordinária.

Diante disso, constata-se que a Constituição Federal foi omissa quanto à situação dos servidores que ingressaram sem concurso na Administração Pública, no período de 6 de outubro de 1983 a 5 de outubro de 1988.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, esse grupo de servidores passou a ser denominado de "servidores não estáveis", com base no art. 33[2] desta.

Estes servidores não detêm efetividade, pois não foram aprovados em concurso público, não adquiriram estabilidade e nem estabilidade extraordinária, apesar de terem continuado no serviço público até hoje, estando em vias de se aposentar.

Os citados servidores eram celetistas e contribuíam para o regime geral de previdência social, todavia foram transformados em estatutários com a criação do Regime Jurídico Único, imposto pelo art.39, *caput*, da Constituição Federal.

Quando da promulgação da Constituição de 1988, o art.40, que trata da aposentadoria dos servidores públicos, não exigia como condição para implementação de tal benefício a necessidade de efetividade ou estabilidade.

Com a Emenda Constitucional nº 20/98, foi dada nova redação ao art. 40, passando a exigir a condição de titularidade de cargo efetivo, ou seja, a aprovação em concurso público e a efetividade do servidor.

Em uma hermenêutica meramente gramatical da atual redação do art. 40 da CF/88, *a priori*, resta impossibilitada a

[2] Emenda Constitucional nº 19/98 - Art. 33 -Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.

aposentadoria dos servidores-alvos do presente estudo, entretanto esta pode não ser a melhor interpretação dada ao caso concreto.

Considerando a relevância do tema, justifica-se essa pesquisa em virtude da situação que se vislumbra e que repercutirá na Administração Pública, pois grande parte desses servidores irá implementar as condições para a Aposentadoria no Regime Próprio de Previdência, nos próximos anos.

Tem-se então como objetivo desse trabalho a análise da situação jurídica desses servidores. A hipótese foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, com o exame de livros, obras, pareceres, enunciados e artigos científicos pertinentes ao tema central do ensaio.

Logo, este trabalho aborda a possibilidade de aposentadoria e filiação ao Regime Próprio de Previdência Social dos servidores que ingressaram no serviço público no limbo, ou seja, no período de 6 de outubro de 1983 a 5 de outubro de 1988, sem aprovação em concurso público.

1. Definição de efetividade, estabilidade e estabilidade extraordinária

A efetividade no cargo público pressupõe a aprovação em concurso público. Leonardo Rocha Furtado (FURTADO. 2010) diz que a efetividade equivale à exigência de que o cargo somente pode ser provido se o agente tiver sido previamente aprovado em concurso público. Já Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES. 2006) entende que a efetividade é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento, que deve ser pela via do concurso público.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO. 2001a), a estabilidade é a garantia de permanência no serviço público, assegurada após três anos de efetivo exercício, com a devida aprovação no estágio probatório, do servidor nomeado por concurso público.

Já a chamada Estabilidade Extraordinária é aquela prevista no art. 19 do ADCT, que diz:

> Art. 19 – Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Consolidando os conceitos, o Pretório Excelso definiu que:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ: § 2º DO ART. 35. LEI ESTADUAL Nº 10.219, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1992: ART. 70, § 2º. SERVIDORES PÚBLICOS ORIUNDOS DO REGIME CELETISTA: CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ESTADO: EFETIVIDADE E ESTABILIDADE: DISTINÇÃO. (...) 2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, que se adquire pelo decurso de tempo. Precedente: RE nº 167.635. 3. O servidor que preenchera as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Por isso não se equipara ao servidor público efetivo no que concerne aos efeitos legais que dependam da efetividade. 4. Pedido de liminar deferido, em parte. (STF, ADI 1695 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1997, DJ 07-08-1998)

Assim, diante da conceituação acima descrita, observa-se facilmente que os institutos supramencionados não se confundem, além disso, os servidores públicos que adentraram na Administração Pública, no período descrito entre 6 de outubro de 1983 a 5 de outubro de 1988, sem aprovação em concurso público, não são efetivos, nem estáveis e também não detêm estabilidade extraordinária.

Esta explicação é necessária, pois refletirá na possibilidade ou não da filiação destes servidores no regime próprio de previdência

dos servidores públicos e na consequente concessão de suas futuras aposentadorias.

2. Regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas federais - Lei nº 8.112/90.

A Constituição Federal de 1988, em seu art.39, *caput*, impôs a obrigatoriedade da instituição de Regime Jurídico Único na Administração Pública. No âmbito da União, a referida regulamentação foi criada pela Lei Federal nº 8.112/90, optando-se pelo Regime Estatutário.

Isto posto, todos os empregados da Administração Direta, das Autarquias e Fundações Públicas Federais, regidos pela CLT, passaram a ser submetidos ao vínculo estatutário, sendo seus empregos transformados em cargos públicos. Saliente-se que os contratados temporários foram excluídos da regra geral. Assim definiu o art. 243, §1º da Lei Federal nº 8.112/91:

> Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 -Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.
> § 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

Verifica-se que todos os ex-celetistas da Administração Direta, Autárquica e Fundacional Federal, excluindo apenas os contratados temporários, foram transformados em estatutários, inclusive os estabilizados extraordinários e aqueles servidores que ingressaram sem concurso público antes da Constituição de 1988, não

beneficiados pela regra do art. 19 do ADCT, também conhecidos como servidores não estáveis.

Sobre tal assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello tece os seguintes comentários:

> Na órbita federal, entretanto, por força do art.243 e §1º da Lei 8.112, de 11.12.1990, todos os empregados da Administração direta, das autarquias e fundações de Direito Público que estavam sob o regime de emprego [...] foram incluídos em cargos públicos sem concurso algum e, até mesmo, sem que se fizesse acepção entre estabilizados e não estabilizados, pelo art.19 das aludidas Disposições Transitórias. (MELLO. 2015. p.257)

Com essa mudança de vínculo, os servidores acima citados passaram a ser contribuintes do Regime Próprio dos Servidores Públicos, mantido pela União (art.183 da Lei Federal nº 8.112/91)

3. Efetividade como condição para aposentadoria no regime próprio

Até 1998, a condição da efetividade não era exigida, nem pela Constituição Federal nem pela Lei Federal nº 8.112/90 como pré-requisito para o vínculo com o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos.

Na mesma linha de raciocínio, Bruno Sá Freire Martins ensina que:

> Ainda na reforma de 1998, outra modificação significativa ocorreu no rol de segurados do RPPS, pois esse originalmente adotou o conceito de servidor público *latu sensu*. No conceito amplo se incluíam todos aqueles que atuavam na Administração Direta, nas Autarquias e nas Fundações independente do regime jurídico que possuíam desde que a legislação local trouxesse permissivo nesse sentido, ou seja, poderiam se aposentar os ocupantes de cargos exclusivamente comissionados, os contratados, dentre outros. (MARTINS. 2016. p.23)

Somente com a Emenda Constitucional nº 20/98, tal condição revelou-se como obrigatória no art. 40 da CF/88, passando este a ser redigido da seguinte forma:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Interpretando a alteração proposta pela Emenda Constitucional nº 20/98, Wladimir Novaes Martinez explica que:

> Em verdade, o estado de incerteza quanto a vinculação previdenciária de servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública federal, estadual e municipal, sem o devido concurso, intensificou-se a partir da edição da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, porque essa Emenda restringiu a filiação a regime previdenciário próprio aos titulares de cargo efetivo. (MARTINEZ. 2017)

Portanto, face a essa alteração e diante de uma interpretação literal, percebe-se, *a priori*, que tanto os servidores detentores da estabilidade extraordinária, bem como aqueles que ingressaram sem concurso, antes da Constituição de 1988, não beneficiados pela regra do art. 19 do ADCT, mesmo que estatutários, conforme a transposição de regime ocorrida pela Lei Federal nº 8.112/90, não poderiam fazer parte do regime próprio, por não serem servidores efetivos, já que não foram aprovados em concurso público.

4. Posicionamento da advocacia-geral da união e do ministério da previdência social sobre a problemática aqui apontada

No que tange ao Regime de Previdência dos citados servidores públicos, Gilmar Ferreira Mendes, então Advogado-Geral da União, no Parecer AGU Nº GM 030, de 4 de abril de 2002, entendeu que:

> **Como se tal não bastasse, há razão adicional para concluir pela integração, no regime próprio de previdência social dos servidores públicos, de servidores não estáveis porque não alcançados pelo art. 19 do ADCT.** Trata-se do fato básico de que tais servidores são titulares dos cargos efetivos que ocupam. Não os ocupam na condição de substitutos ou interinos, mas antes detém sua titularidade. Caso assim não fosse, não se poderia legitimar o pleno exercício das atribuições correlatas bem como seria exigida forma outra para seu provimento. A titularidade é distinta da estabilidade e do caráter efetivo do cargo - assim existe titularidade de cargo em comissão e os titulares de cargo em comissão estão excluídos do regime de previdência próprio aos servidores pela razão outra de que os cargos por eles ocupados não são cargos efetivos. **Nessas condições, servidores titulares de cargos efetivos (efetivos os cargos, não os seus titulares) ainda que não estáveis nem "efetivados" pelo concurso previsto no art. 19 do ADCT preenchem o requisito insculpido pelo art. 40 da Constituição da República e, nessa condição, fazem jus ao regime próprio de previdência dos servidores públicos.** Do mesmo modo, não parece compatível com a segurança jurídica e, uma vez mais, com isonomia imposta à praxe administrativa, **que a longa permanência de tais servidores sob o regime estatutário não lhes conceda, quando do preenchimento dos requisitos para a aposentação, os direitos próprios ao regime previdenciário especial constitucionalmente previsto. Nessa medida, são alcançados por tal regime assim os servidores públicos estáveis como também aqueles estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT e aqueles que, mantidos no serviço público e sujeitos ao regime estatutário, não preencheram os requisitos mencionados na referida disposição transitória, alcançando, portanto, os estáveis e efetivados, os estáveis e não efetivados e os não estáveis nem efetivados.** (...)
>
> Do exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém servidor pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos – **o ainda que não estáveis nem efetivados – o possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público. (Grifos Nossos)**

Na mesma linha, o Parecer MPS/CJ nº 3.333, de 14 de outubro de 2004, editado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, vislumbrou que:

> **Tal diploma legal serviu apenas para reforçar a argumentação de que os servidores públicos que tenham ingressado no serviço público anteriormente a 05 de outubro de 1988, desde que submetidos a regime estatutário, têm direito a regime próprio de previdência social, sejam eles estáveis ou não, efetivados ou não, incidindo as disposições do *caput* do art. 40 da Constituição Federal de 1988.** (...) No que toca aos servidores admitidos no serviço público no período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 que não completaram o interregno previsto no caput do art. 19 do ADCT, a solução empregada deve ser a mesma, sendo necessário verificar a natureza do vínculo mantido por estes servidores com a Administração. (...) O Parecer nº GM 030/02 pontualmente enfrenta esta situação, assim concluindo: A isso, acrescente-se que tal orientação é ainda verdadeira para aquelas hipóteses de servidores que, regidos pelo regime estatutário, permanecem no serviço público mesmo sem preencher os requisitos constitucionais necessários à aquisição da estabilidade na forma do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (...) À época, tais servidores eram admitidos para ocuparem funções que, apesar de não lhes conferirem estabilidade, possuíam atribuições idênticas ou similares as dos cargos públicos. (...) Considerando que a solução desta questão previdenciária relevante, trazida pela Presidência do INSS, repercute diretamente em outras situações concretas envolvendo regimes previdenciários de inúmeros entes federativos, manifesta-se esta Consultoria Jurídica no seguinte sentido: a) aplica-se o regime de previdência previsto no caput do art. 40 da Constituição da República aos servidores que por força do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT foram considerados estáveis no serviço público, desde que submetidos a regime estatutário; **b) aplica-se o regime de previdência previsto no caput do art. 40 da Constituição da República aos servidores não estabilizados por não cumprirem o interregno de 05 (cinco) anos previsto no caput do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, desde que a natureza das atribuições dos**

> **cargos ou funções ocupados seja permanente e estejam submetidos a regime estatutário, (...)** Encaminhe-se cópia do presente parecer ao Advogado Geral da União, para conhecimento, haja vista que o entendimento ora fixado terá reflexos em praticamente todos os entes federativos. (**Grifos Nossos)**

Além disso, a Orientação Normativa SPS/MPS nº 02, de 31 de março de 2009 (Publicada no D.O.U. de 02/04/2009), do Ministério da Previdência Social, que estabelece orientações gerais a serem observadas pelos Regimes Próprios de Previdência Social, em seu art.12, dispõe que:

> Art. 12**.** São filiados ao RPPS, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e o admitido até 05 de outubro de 1988, que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço público.

Também vale citar o disposto na Nota Técnica nº 03/2013 do Ministério da Previdência Social:

> Excepcionalmente, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, são considerados validamente filiados ao RPPS: o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT; e o servidor admitido até 5.10.1988, que não tenha cumprido, nesta data, o tempo previsto para aquisição de estabilidade no serviço público, em consonância com o Parecer da Advocacia-Geral da União, GM nº 30, de 2002, inclusive, com o art. 12 da Orientação Normativa no 2/2009 desta Secretaria de Políticas de Previdência Social

Diante do acima esposado, tanto a Advocacia-Geral da União como o Ministério da Previdência Social são favoráveis à possibilidade de vinculação dos servidores detentores da estabilidade extraordinária e daqueles que ingressaram sem concurso antes da Constituição de 1988, não beneficiados pela regra

do art. 19 do ADCT, ao Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos, elastecendo o conceito de efetividade.

5. Posicionamento de outros órgãos da administração pública e da doutrina especializada

Em 30 de abril de 2010, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho analisou um caso semelhante ao aqui relatado e também entendeu pela possibilidade do deferimento de Aposentadoria no Regime Próprio aos servidores que ingressaram sem concurso antes da Constituição de 1988, não beneficiados pela regra do art. 19 do ADCT. Assim relatou o órgão:

> APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA CONCEDIDA A SERVIDOR ADMITIDO SOB REGIME DA CLT SEM APROVAÇÃO PRÉVIA EM CONCURSO PÚBLICO ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 – HIPÓTESE DIVERSA DA PREVISTA NO ART. 19 DO ADCT – APOSENTADORIA REGIDA PELA LEI Nº 8.112/90, NOS TERMOS DO ART. 243 - LEGALIDADE É válida a concessão da aposentadoria voluntária a servidor contratado sem prévia aprovação em concurso público antes da promulgação da Constituição da República, mesmo que não satisfaça os critérios estabelecidos no art. 19 do ADCT para a aquisição da estabilidade. Precedentes do CSJT. Recurso Administrativo a que se nega provimento. (CSJT, Processo nº CSJT-278100-92.2008.5.14.0000, Relator(a): Conselheira Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 30/04/2010)

No mesmo ano, o Tribunal de Contas do Estado do Pará, ao julgar uma aposentadoria de uma servidora não estável, que ingressou na Administração Pública antes da promulgação da Carta Magna de 1988, também deferiu o pleito de concessão do benefício requestado. Este foi o precedente da Corte de Contas paraense:

> Assim, embora não estivesse amparada pelo art. 19 do ADCT, que garantia a todos aqueles que se encontravam em exercício na data da promulgação da Constituição a estabilidade no serviço público, a

> interessada foi beneficiada por outras regras que garantiram a permanência de servidores não concursados no quadro de pessoal da administração. Regras essas que vêm sendo reconhecidas no âmbito federal, estadual e municipal. (Tribunal de Contas do Estado do Pará Processo nº. 2010/52780-7, Acórdão nº. 48.405, Relator(a): Conselheiro Ivan Barbosa da Cunha, julgado em 14/12/2010)

Wladimir Novaes Martinez (MARTINEZ. 2017) expôs opinião concluindo que os servidores titulares de cargo efetivo, ainda que não estáveis nem efetivados, possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargo efetivo.

Bruno Sá Freire Martins (MARTINS. 2016) vai mais além afirmando que, mesmo não estando expresso no art. 40, a intenção do constituinte reformador foi o de assegurar a filiação previdenciária no Regime Próprio daqueles que possuíam vinculo permanente com os Estados Federados.

Marcilio Silva Mendes também se manifestou pela possibilidade de aposentadoria destes servidores pelo Regime Próprio:

> Considerando que existem inúmeros servidores que se enquadram na situação supradita e em atenção aos princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade, tudo indica que a melhor solução seria que o legislador permitisse que todos os servidores que ingressaram no período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 fossem contemplados com a estabilidade excepcional. Afinal, o estabelecimento de determinado transcurso de tempo para se aferir se determinado servidor faz jus ou não a determinada vantagem na esfera pública acabou gerando uma inaceitável e injustificável discriminação. (MENDES. 2016)

Apesar dos raros posicionamentos a respeito do tema aqui guerreado, nota-se que os órgãos da administração pública e os estudiosos do direito, que se debruçaram sobre o assunto aqui debatido, nortearam-se pela possibilidade da concessão de aposentadoria pelo Regime Próprio aos servidores não estáveis, não estabilizados pelo art.19 do ADCT.

6. Considerações finais

A Lei Federal nº 8.112/90, ao dispor sobre o Regime Jurídico Único da União, com base no art. 39, *caput* da Constituição de 1988, em seu art. 243, §1º, transformou todos os empregados celetistas da Administração Direta, Autárquica e Fundacional Federal, antes detentores de função, em estatutários, titulares de cargo público, excetuando-se apenas os contratados temporariamente.

Tendo como base essa Lei, os Estados e Municípios brasileiros seguiram o mesmo rumo transpondo o regime celetista em estatutário.

Ao fazer tal transposição de Regime, os Estatutos de Servidores não fizeram diferenciação entre os estabilizados extraordinariamente, servidores não estáveis e muito menos pela necessidade de aprovação ou não em concurso público. Todos passaram a ser estatutários.

Com a alteração da Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional nº 20/98, passou-se a exigir-se a efetividade no cargo público como condição *sine qua non* para a vinculação do servidor público ao Regime Próprio, bem como para a consequente concessão de aposentadoria.

A jurisprudência do Pretório Excelso sempre diferenciou os conceitos de efetividade, estabilidade e estabilidade extraordinária. Para a Corte Suprema, efetividade se relaciona com o provimento originário do cargo através de concurso público.

Assim, com fundamento nos conceitos consolidados pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, jamais os servidores não estáveis, não estabilizados pelo art. 19 do ADCT, poderiam ser filiados ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos, pois não são detentores de efetividade, já que não se submeteram à aprovação em concurso público.

Quanto aos servidores públicos estabilizados extraordinariamente pelo art.19 do ADCT, nunca houve muita polêmica quanto à possibilidade destes se inserirem no Regime Próprio. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO. 2001b) sempre

se posicionou pela semelhança destes servidores com a situação dos ocupantes de cargo efetivo.

No que se refere aos servidores não estáveis, não abrangidos pelo art. 19 do ADCT, paira a dúvida até hoje. Frise-se que estes servidores ingressaram sem a devida aprovação em concurso público, nos anos de 1984, 1985, 1986 e 1987, antes da Constituição de 1988, estão bem próximos de implementar as condições para requererem suas aposentadorias.

Em 2002, a Advocacia-Geral da União, já antevendo o futuro imbróglio jurídico, através de Parecer, entendeu pela possibilidade de vinculação dos servidores não estáveis ao Regime Próprio de Previdência, desde que estatutários, titulares e permanentes nos cargos que ocupem, e com a devida e expressa previsão em Lei.

O Ministério da Previdência Social, que é o órgão da União responsável pela orientação, supervisão, fiscalização e acompanhamento de todos os Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos dos Entes Federados[3], praticamente uniformizou sua jurisprudência administrativa acerca da possibilidade de aplicação do Regime Próprio aos servidores não estáveis, desde que permanentes e submetidos ao regime estatutário.

Portanto, com fundamento no princípio da segurança jurídica e no postulado da dignidade da pessoa humana, conclui-se pela possibilidade de vinculação de todos os servidores não estáveis, não estabilizados pelo art.19 do ADCT, ao Regime Próprio de Previdência, desde que sejam estatutários, permanentes e titulares em seus cargos ou funções públicas e com a devida autorização legislativa. Tal ilação se amolda, consequentemente, ao entendimento esposado pela Advocacia-Geral da União e pelo Ministério da Previdência Social.

---

[3] Lei Federal nº 9.717/98 - Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social: I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

Referências

BASTOS, N. M. G. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 2.ed. Fortaleza: Nacional, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. As inovações constitucionais no regime previdenciário do servidor público. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 163-175, 2001..

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **Manual prático das aposentadorias do servidor público**. 2. ed. LTr, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Servidor público**: transposição - regime celetista para regime estatutário. São Paulo: LTr, 2017..

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Marcilio Silva. **A situação jurídica dos servidores públicos não abrangidos pela estabilidade anômala ou excepcional**. Rio Grande: Revista Âmbito Jurídico, 2016.

5

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

Ivana Mussi Gabriel[1]

Introdução

Conta-se que, na Grécia Antiga, havia um filósofo de atitudes incomuns, que morava num tonel, tinha como pertences apenas uma túnica e um cajado e andava pelas ruas de Atenas, em plena luz do dia, com uma lanterna acesa, a procura de um homem honesto.

A Lanterna de Diógenes, que contestou as normas e convenções da sociedade clássica, convida todos, no século XXI, a fazer o mesmo: enxergar a realidade tal como é, sem mistificações ou enganos e refletir a respeito da falta de homens comprometidos com a moralidade. Afinal, não são poucas as revelações rotineiras das manhas e artimanhas de agentes políticos corruptos, que sabotam preceitos constitucionais reveladores de direitos fundamentais, ofendem o patrimônio público, numa atitude condenável que não pode mais prosperar.

[1] Advogada. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professora do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Professora da Universidade Paulista (UNIP). E-mail: ivamussi@hotmail.com.

De acordo com a moralidade administrativa, os gestores públicos, no exercício de suas atividades administrativas, devem agir com honestidade de propósitos, honradez, probidade, retidão, justiça, caráter, boa-fé, seguindo regras de boa-conduta, de zelo à coisa pública, sem aproveitar das facilidades decorrentes do exercício da função administrativa em proveito próprio ou de outrem.

Há, portanto, um dever de probidade, de ética pública[2], de compromisso com as regras internas de boa administração, que devem ser observados por todos aqueles que integram a estrutura da Administração Pública. Já dizia Maurice Hauriou[3], "a moralidade administrativa é o conjunto de regras de conduta extraída da disciplina interior da Administração".

O artigo 212 da Constituição Federal de 1988, que vincula percentual mínimo de receitas de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, constitui norma cogente, de suporte a importante direito fundamental social, a educação. O não cumprimento por parte do chefe do Poder Executivo desse mandamento constitucional traduz comportamento proibido, desonesto, de imoralidade qualificada, que configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92, por ofender os princípios da legalidade e moralidade da Administração Pública.

O presente trabalho busca resgatar a fome de honestidade de Diógenes, desafiando toda a sociedade a acender a sua lâmpada e a reconhecer, nesse momento, a importância de revalidar os valores morais, no sentido de responsabilizar por improbidade administrativa o chefe do Poder Executivo, que se vale da função

[2] A respeito do dever de ética pública, Roberto Dromi relaciona-o com a dignidade em atuar de seus empregados e funcionários públicos, principalmente no que concerne ao emprego dos fundos, do patrimônio e dos procedimentos de atuação e decisão governativos (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5. ed. B. Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 384).

[3] HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 10ª ed. Paris: Sirey, 1921, p. 424.

pública para, num desvio de caráter, usurpar o direito fundamental à educação, porque evidente, nesse caso, o dolo administrativo.

1. Improbidade como imoralidade administrativa qualificada

Diferente dos textos constitucionais anteriores, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade administrativa foi incluído, expressamente, no artigo 37, *caput e* o §4º estabeleceu, de forma mais severa, as sanções constitucionais mínimas para o ato de improbidade administrativa, sendo, posteriormente, regulamentado pela Lei 8.429/92[4], denominada Lei de Improbidade Administrativa.

> 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;
> § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

A respeito da importância da Constituição da República vigente, assevera Pedro Decomain:

> Sem embargo, a diferença entre as Constituições de 1946 e 1967, Emenda Constitucional n.1, de 1969, inclusa, e a Constituição Federal de 1988, é bastante significativa. As de 1946 e 1967

[4] A Lei 8429/92 originou-se de um anteprojeto elaborado pelo ex-ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao Presidente da República, Fernando Collor (90-92), em razão dos discursos presidenciais pré-eleitorais de combate aos marajás. A referida lei, nos artigos 2º e 3º, faz alusão a agentes públicos, ou seja, às pessoas que podem incorrer na prática de ato de improbidade administrativa, considerando, em síntese, todas as pessoas físicas que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, função pública e os *extraneus,* particulares que concorrem, induzem ou se beneficiam do ato de improbidade administrativa. Como se verifica, não é preciso ser servidor público com vínculo empregatício para enquadrar-se como sujeito ativo de improbidade administrativa.

> cuidavam de seqüestro e perda de bens, além de ressarcimento de danos ao Erário, mas não se serviam da expressão "improbidade administrativa". Ademais, nenhuma delas fazia referência a perda do cargo ou suspensão de direitos políticos, como sanções possíveis de incidência em relação a quantos causassem deliberado dano ao Erário[5]

Não é demais ressaltar que dispositivos da Constituição Federal de 1988, como artigo 37, *caput* e §4º, fazem alusão à moralidade administrativa e probidade administrativa. Existe, contudo, diferença nessas expressões?

Entende-se que a moralidade administrativa constitui gênero da qual a probidade é espécie.

Na Lei 8.429/92, há uma ofensa à moralidade administrativa na sua forma qualificada, por revelar uma postura desonesta do agente público perante o aparato administrativo. Afinal, o propósito da lei de improbidade administrativa é voltar-se contra a conduta do agente público desonesto.

No sentido de que a probidade está exclusivamente ligada ao aspecto da conduta do administrador, esclarece Marcelo Figueiredo:

> [...] o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar a todos os "poderes" e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos de "moralidade administrativa qualificada", volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está *exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador*. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados "tipos" legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto "pessoal-funcional" da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a

[5] DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 20.

> probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade[6].

José Afonso da Silva corrobora nos seguintes termos:

> A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu atenção especial da Constituição que pune o ímprobo com suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). [...] Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou outrem[7]

Para o Supremo Tribunal Federal[8], "a probidade administrativa é o mais importante conteúdo da moralidade administrativa, donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela".

Segundo a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos[9], na improbidade administrativa, "o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário ou que demonstre uma imoralidade qualificada". Fábio Medina Osório[10] relaciona a improbidade administrativa com a "dimensão subjetiva da imoralidade", qual seja, de "censura ética e de valorização de comportamentos proibidos".

Pode-se dizer, então, que ímprobo é o agente público que se comporta em desacordo com a moralidade administrativa. Improbidade, por sua vez, é a imoralidade administrativa

---

[6] FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

[7] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.669.

[8] Vide AP 409, rel. Min. Ayres Britto, DJE 1º/07/2010.

[9] MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**. Comentários à Lei nº 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 31.

[10] OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 152.

qualificada, em razão do comportamento proibido, desonesto e devasso do agente público.

Aristides Junqueira Alvarenga[11] explica que "essa qualificação da imoralidade administrativa aproxima a improbidade do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente".

A Lei 8.429/92, que visa proteger o patrimônio público, determina nos artigos 9º, 10 e 11, as modalidades de atos de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou infração aos princípios da Administração Pública. Há, portanto, uma classificação tripartite dos atos de improbidade administrativa. Daí descrever atos de improbidade administrativa como os "praticados por agentes públicos, com dolo ou culpa, no exercício de sua função administrativa, que importe em enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou infração aos princípios que norteiam a Administração Pública"[12].

Na classificação tripartite dos atos de improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º da Lei 8429/92, consiste em obter, dolosamente, vantagem patrimonial indevida, em razão do exercício da função pública. O qualificativo patrimonial, para Edílson Nobre Júnior[13], impõe que se cuide de vantagem de cunho econômico, não se vislumbrando como ato de improbidade administrativa aquele do qual resultou vantagem não econômica. E indevida, por sua vez, é a vantagem que não encontra motivo hábil a justificá-la.

A lesão ao erário público, conforme disposto no artigo 10 da Lei 8.429/92, consiste em causar, dolosa ou culposamente, dano ao

---

[11] ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (org). **Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.88.

[12] GABRIEL, Ivana Mussi. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2010, p.35.

[13] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar. 2004, p.70.

erário público, em razão do exercício da função pública. Erário público significa tesouro público, ou seja, dinheiro arrecadado pelo Estado no exercício de sua competência tributária ou outros bens ou valores de valor econômico do Estado.

No tocante a configuração da lesão ao erário, Edílson Nobre Júnior[14] descreve condutas de que decorram perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e entidades mencionadas no artigo 1º da Lei 8.429/92. A hipótese de dano moral somente poderá ser cogitada quando dos atos enumerados no artigo 11 da Lei 8429/92.

Por fim, a ofensa aos princípios da Administração Pública, com previsão no artigo 11 da Lei 8.429/92, trata de tipo subsidiário ou de reserva, que incide apenas se não ocorrer enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público. Consiste em, dolosamente, violar os princípios da Administração Pública. A respeito do artigo 11 da Lei 8.429/92, arremata Edílson Nobre Júnior:

> [...] relaciona como de improbidade administrativa atos atentórios aos princípios retores da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que colidam com os postulados balizadores da Administração Pública, cuja enunciação consta do art. 37, *caput*, da Lei Máxima[15]

Imperioso advertir que a mera inobservância do princípio da legalidade não tem o condão de configurar ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 se não estiver acompanhado de desonestidade para com o aparato administrativo. Afinal, como visto alhures, a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada por punir o agente público desonesto.

---

[14] Op. Cit., p. 70-71.

[15] Op. Cit., p.72.

2. Educação: norma definidora de direitos

A racionalidade, qualidade intrínseca da pessoa humana, é expressão da ação consciente do homem sobre as coisas e sobre si. Na expressão de Carlos Roberto Jamil Cury[16], constitui a marca registrada do homem, que não se cristaliza no tempo, pois implica na produção de novos espaços de conhecimentos. Daí a necessidade do Estado garantir, pela educação, essas "dimensões estruturais coexistentes na própria consistência do ser humano", que o humaniza.

A educação consiste em direito fundamental social, incluída no rol do art. 6º e consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento de uma pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Por direito fundamental social deve-se entender direito inerente ao homem, inserido na Constituição como norma constitucional. O direito à educação, portanto, não foi positivado na Constituição para ser formalmente reconhecido, mas para ser concretamente efetivado.

É que os preceitos constitucionais relativos ao direito à educação não são normas programáticas, mas normas definidoras de direitos. Nesse sentido, dispõe, expressamente, o artigo 205 (*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*) c/c §1º do artigo 208, da Constituição Federal de 1988 (*O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*).

Para Andreas J. Krell,

[16] CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). **Carlos Roberto Jamil Cury. Intelectual e Educador.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 117

> Os Direitos Fundamentais Sociais à Educação não são normas "programáticas", mas foram regulamentados através do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos. O Direito à Educação é definido como dever do Estado e da família (art. 205). O art. 208 especifica que este dever do Estado "será efetivado mediante a garantia de (...)", enumerando, em seguida, uma série de metas ou objetivos a serem alcançados. O seu §1º diz que o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e um direito público subjetivo[17]

Em defesa do direito à educação como norma definidora de direitos, assevera Vidal Serrano Nunes Júnior,

> [...] a Constituição delimita, em tintas fortes, o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível. Por isso, a própria Carta, desde logo, se dá pressa e literalmente atribui ao Estado o correlato dever de prestar a atividade necessária à concretização do direito atribuído. Note-se que nesta ocorrência existe uma clareza normativa sem igual: definiu-se a prerrogativa subjetiva, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-lo, no caso, o Poder Público[18]

Nos termos do disposto no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, há uma obrigação constitucional ao Estado de criar condições objetivas para efetivação do direito à educação. Essa realização, contudo, não constitui uma opção política do governante, nem uma avaliação meramente discricionária da Administração Pública; ao contrário, trata-se de uma imposição do próprio texto constitucional, de caráter vinculante. Entre elas encontram-se a obrigatoriedade de recursos destinados à educação e a obrigação de

---

[17] KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada.** Construindo pontes com o público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33

[18] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988.** Estratégias de positivação e Exigibilidade judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.123.

um Plano Nacional de Educação, a fim de que tais recursos tenham destinação e acompanhamento adequados.

Vale ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 594.018-AgR, a respeito da educação, a saber:

> A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição (RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJE 7/8/2009)

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado tem dever político-jurídico impostergável de promover, facilitar e oferecer educação a todos, indistintamente. Inclusive, possui dotação orçamentária para tanto, pois o ordenamento constitucional estabelece, expressamente, a vinculação de receitas orçamentárias para gastos específicos com a educação. É o que dispõe a norma impositiva do artigo 212 da Constituição de 1988, que será abordada em seguida.

3. Vinculação de receitas públicas para educação

Em matéria de educação, a vinculação de receitas orçamentárias, de acordo com Romualdo Portela Oliveira, consiste na "previsão, no texto constitucional, de uma alíquota mínima da receita de impostos a ser aplicada em educação[19]".

Essa vinculação constitucional de receitas orçamentárias prioriza, aprimora e fortalece a educação escolar, no contexto das políticas públicas, garantindo a sua efetivação na medida em que exige dos governantes a aplicação de um mínimo de recursos na educação independente de mudanças políticas.

---

[19] OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Financiamento da Educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (Org). **Gestão, Financiamento e direito à educação:** análise da Constituição Federal e da LDB. 3. ed. São Paulo: Xamã, 2007, p. 89.

Nos termos do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, a "*União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino*".

A respeito da importância do dispositivo legal do artigo 212 para salvaguarda do direito à educação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho realça:

> No desiderato de garantir para o ensino recursos vultosos, o texto constitucional vincula parcela da arrecadação de impostos (e não de outros tributos), inclusive a transferência (de impostos) à manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] A aplicação da parcela, prevista neste artigo, deve ser na manutenção, quer dizer, no custeio do ensino, ou no seu desenvolvimento, o que engloba a ampliação do sistema de ensino e o seu aprimoramento[20]

O artigo 69 da LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9394/96) disciplina tal vinculação de forma mais detalhada, a saber:

> Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendida as transferências constitucionais na manutenção e desenvolvimento do ensino público

Vale dizer que os Estados do Rio Grande do Sul (artigo 202) e do Rio de Janeiro (artigo 314) ampliaram, nas suas Constituições estaduais, a alíquota para vinculação de recursos para educação para 35% e os Estados do Piauí e de São Paulo (artigo 255), para 30%. A vinculação de recursos para educação na Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, é de, no mínimo, 31% (artigo 208).

---

[20] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, 4. volume, arts. 170-245. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 78-79.

Qual o teor da expressão manutenção e desenvolvimento do ensino?

Diferente do artigo 156 da Constituição de 1934, que se valia da denominação manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos, a atual expressão "manutenção e desenvolvimento do ensino" aparece, pela primeira vez, no artigo 169 da Constituição de 1946 (*Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino*), mantendo-se no artigo 212 do texto constitucional vigente.

No conceito doutrinário de manutenção e desenvolvimento do ensino, como explica Motauri Ciocchetti de Souza[21], por manutenção deve-se compreender a continuidade, a preservação, custeio da estrutura material e humana necessária ao funcionamento do sistema educativo e por desenvolvimento, o significado de evolução, ampliação, aprimoramento da estrutura, de oferta contínua de novas técnicas e metodologias destinadas à efetiva democratização do ensino e constante melhoria.

Há, contudo, um conceito legal de despesas em manutenção e desenvolvimento do ensino trazido pelo artigo 70 da LDB, considerando-as, de modo geral, como as realizadas para satisfação dos objetivos básicos das instituições educacionais, incluindo, num rol meramente taxativo, várias situações, a saber:

> I-remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
> II-aquisição, manutenção, construções e conservação das instalações e equipamentos necessários ao ensino;
> III-uso e manutenção de bens ou serviços vinculados ao ensino;
> IV-levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando aperfeiçoamento da qualidade e expansão do ensino;
> V-realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

[21] Op.Cit., p.140-141.

> VI-concessão de bolsas de estudos a alunos de escolas públicas e privadas;
> VII-amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
> VIII-aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar

O artigo 212, §4º[22] da Constituição de 1988 exclui, expressamente, da vinculação constitucional de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, as despesas como os programas suplementares de alimentação e a assistência à saúde, sendo, pois, financiados por contribuições sociais ou outros recursos orçamentários. O artigo 71 da LDB, de forma exemplificativa, também exclui desse percentual algumas situações, como as despesas realizadas com escolas de governo (inciso III), asfaltamento de rua onde se situa escola (inciso V):

> I-pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou a sua expansão;
> II-subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
> III-formação de quadros especiais para administração púbica, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
> IV-programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras de assistência social;
> V-obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
> VI-pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino

[22] *Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.*

Importante destacar a impropriedade do uso da expressão "vinculação" no artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

O termo vinculação, do latim *vinculum*, quer dizer laço, liame, ligação ou elo. No sentido jurídico, significa também aliança, conexão entre duas ou mais coisas ou pessoas, tornando-as relacionadas. Dentro do sistema orçamentário e financeiro, vinculação de receitas refere-se às receitas que possuem uma destinação especificada. Para que haja vinculação, é importante estabelecer, na expressão de André Castro Carvalho[23], um "elo normativo entre fonte e destino".

Na vinculação não há preocupação com a obrigatoriedade no gasto *no mesmo exercício financeiro*. A receita legalmente vinculada a uma finalidade específica deve ser utilizada exclusivamente para atender essa finalidade específica, ainda que em diverso exercício financeiro. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal[24] (LC nº 101/2000). Vincula-se, portanto, a fonte ao seu destino. O que a vinculação não admite é a tredestinação, ou seja, o desvio de finalidade, a transmutação do fim, a destinação desconforme, que importe na alteração da predeterminação do gasto.

André Castro Carvalho apresenta exemplo interessante para elucidar a vinculação de receitas, nos seguintes termos:

> [...] pode-se cogitar uma hipotética vinculação de 10% sobre receita de um tributo incidente sobre combustível e destinada a um fundo de fomento à infraestrutura: nesse caso, não há obrigatoriedade do gasto anual desses recursos. O ente federativo pode, por exemplo, decidir acumular o montante de verbas no fundo para daqui a dois anos construir um rodovia transnacional, ou, então, modernizar todos os aeroportos do País. Mas, para tanto, pode ser que precise auferir mais recursos que ultrapassem o exercício financeiro[25]

---

[23] CARVALHO, André Castro. **Vinculação de Receitas Públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.120.

[24] *Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.*

[25] Op. Cit., p.120.

Normalmente, as vinculações de receitas se materializam nos Fundos Específicos. De acordo com artigo 71 da Lei 4.320/64, por Fundos Específicos deve-se entender receitas especificadas, criadas por lei, para realização de determinados objetivos ou serviços, como o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), regulamentado pela Lei 11.494/07. Afinal, conclui André Castro Carvalho[26], "como as vinculações têm seus propósitos predeterminados, os fundos são ferramentas úteis para operacionalizá-las".

Contudo, o termo vinculação não se confunde com despesas obrigatórias. Nas despesas obrigatórias, como o próprio nome diz, há preocupação com a obrigatoriedade no gasto. Nos comandos constitucionais que estabelecem despesas obrigatórias, o ente federativo tem o encargo de *gastar o mínimo percentual de receita num exercício financeiro determinado*. É o que se dá com as receitas de impostos remetidos obrigatoriamente à manutenção e desenvolvimento do ensino que, nos termos do artigo 212, estabelece para União o dever de aplicar, no mínimo, 18% e para os Estados, Distrito Federal e aos Municípios, 25%.

A respeito do critério diferenciador entre vinculação de receitas e despesas obrigatórias, André Castro Carvalho assevera:

> [...] há, em nossa opinião, um critério diferencial que separa vinculação de receita de despesas obrigatórias. O fator preponderante é, justamente, a obrigatoriedade no gasto. A despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao gasto no exercício financeiro, diferentemente da vinculação. Esta, por outro lado, apenas estabelece um elo normativo ente uma fonte e destino[27]

Embora a regra do artigo 212 da Constituição Federal de 1988 trate de despesas obrigatórias mínimas para educação e não,

[26] Op. Cit., p.234.

[27] Op. Cit., p.120.

propriamente, de vinculação, porque há, na verdade, obrigatoriedade no gasto, o presente trabalho tratará como sinônimas, já que existe um propósito maior nessa regra que precisa ser revelado: a não vinculação ou destinação constitucional de recursos para educação ou desvio destes para outras áreas da administração implica em má-gestão pública, desonestidade funcional, imoralidade qualificada, que solapa o direito fundamental à educação, incorrendo em ato de improbidade administrativa.

4. Ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da administração pública

O não cumprimento integral do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, ou seja, o desvio dos recursos vinculados à educação ou a aplicação em níveis inferiores ao constitucionalmente determinado, poderá configurar ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei 8.429/92, exigindo-se, para tanto, prova incontestável da conduta desonesta e do dolo do agente público, aplicando-se ao ímprobo as sanções legais cabíveis. Embora não haja enriquecimento ilícito, nem vantagem indevida, essa situação incorrerá em flagrante violação dos princípios da legalidade e da moralidade que regem a Administração Pública.

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de cumprimento da lei, honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e notadamente:
> I–praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;
> II–retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
> III–revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
> IV–negar publicidade aos atos oficiais;
> V–frustrar licitude de concurso público;
> VI– deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

> VII–revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço

Como preconiza o artigo 11 da Lei 8.429/92, todo agente público que comportar-se em desacordo com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, estará incorrendo em ato de improbidade administrativa, porque tais valores estão relacionados com os princípios da Administração Pública. É o que explica Roberto Decomain:

> De toda sorte aqueles valores ou coincidem diretamente com princípios constitucionais da Administração ou estão nitidamente compreendidos neles. A legalidade é expressamente referida no *caput* do artigo. A honestidade, ali também presente, é marca característica da quebra do princípio constitucional da impessoalidade. Por fim, a lealdade ás instituições gravita também na órbita da moralidade administrativa. Quem é desleal para com a entidade estatal em nome da qual ou para a qual atua, agride a moralidade administrativa[28]

No mesmo sentido, dispõe Marcelo Figueiredo:

> Infringe o dever de honestidade o agente que mantém conduta incompatível com a moralidade administrativa. Infringe o dever de imparcialidade aquele que atenta contra a impessoalidade [...]. Infringe a legalidade o agente que não age rigorosamente segundo a lei (sentido amplo) – administrar é aplicar a lei de ofício. Desleal é o agente que infringe um desdobramento do princípio da moralidade administrativa. Pode ser desleal de várias formas: revelando fatos ou situações reservadas ao âmbito da Administração (incisos III e VII), induzindo em erro, no exercício de suas atividades, as instituições a que serve[29]

[28] Op. Cit., p.142-143.

[29] Op. Cit., p.119.

Não obstante, nem todo ato comissivo ou omissivo cometido pelo agente público, que fere os princípios constitucionais da Administração Pública, será considerados improbidade administrativa. Para sê-lo, é necessário fazer prova da má-fé do servidor público, da sua conduta desonesta, no evidente propósito de lesionar o patrimônio público, pois a Lei 8.429/92 possui sanções severas que não devem ser aplicadas de forma arbitrária, sem prova detalhada da violação dos deveres de honestidade, imparcialidade legalidade e lealdade.

Para Marcelo Figueiredo, há uma impropriedade na literalidade do artigo 11 da Lei 8.429/92, pois nem sempre um ato contrário ao princípio da legalidade será imoral.

> Deveras, novamente, a lei peca por excesso ao equipar o ato ilegal ao ato de improbidade administrativa; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade[30]

Não é correto, portanto, reduzir a improbidade administrativa à mera violação do princípio da legalidade administrativa. Para alcançar a esfera de ato ímprobo enquadrado no artigo 11 da Lei 8.429/92, a conduta do agente público deve extrapolar o campo da mera ilegalidade administrativa. Exige-se um *plus*, um desvio de caráter, a má-fé, que constitui essência da imoralidade qualificada.

Marino Pazzaglini Filho[31] ressalta que a "ilegalidade não é sinônima de improbidade e a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa". Então, os atos ilegais

---

[30] Op. Cit., p.117.

[31] PAZZAGLINI Filho, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2002, p.102.

que "não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que decorrem da inabilitação ou despreparo escusáveis do agente público, não configuram improbidade administrativa".

Para Mauro Roberto Gomes de Mattos,

> [...] o ato administrativo que agride os princípios constitucionais (art. 11 da Lei nº 8429/92) deverá ser imoral, configurado por uma desonestidade intencional, desatrelada de peculiaridades pessoais negativas, como a inabilidade e o despreparo cultural do agente público, que não dão azo à ação de improbidade. O ato de improbidade administrativa transcende a ilegalidade do ato para penetrar se houve ou não boa-fé, quando da atuação pública, pois ela se presume, sendo certo que a má-fé terá que ser provada. [...] Assim, a prática de ato administrativo só adquire o *status* de ímprobo quando a conduta antijurídica ofende os princípios constitucionais que são direcionados para a Administração Pública, coadjuvados pela má-fé do agente público, através de um ato desonesto[32]

Em contrapartida, Benedicto de Tolosa Filho preconiza que:

> Os chamados atos falhos, ou seja, aqueles que embora colidam com os princípios da Administração Pública foram praticados com boa-fé e não lesionaram o patrimônio público ou ainda as falhas formais de pequeno significado podem ser relevados sob pena de invalidar a Administração, nem sempre confiada a agentes capazes e efetivamente treinados[33]

Considera-se o artigo 11 da Lei 8.429/92 como tipo subsidiário ou de reserva, sendo aplicado somente quando não configurada as hipóteses de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. Além disso, o referido dispositivo legal deve ser informado pela conduta desonesta e pelo elemento subjetivo consubstanciado, para maioria da doutrina, no dolo genérico do agente público, que requer vontade

---

[32] Op. Cit., p.378-379.

[33] TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148-149.

manifesta de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

Vale lembrar que a responsabilidade por ato de improbidade administrativa é sempre subjetiva, dependendo, portanto, da presença do dolo na conduta do agente público.

Nas observações de Eurico Bitencourt Neto,

> [...] pode inexistir resultado material danoso – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – e, ainda assim estar configurado ato de improbidade administrativa. Neste caso, também fundamental tenha havido dolo, já que a norma tem em vista é a desonestidade, a deslealdade, a má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico. A violação dos deveres fundamentais, para que cause dano ao patrimônio moral do Estado, deve ter consigo o comportamento desonesto do administrador público. Desonestidade pressupõe intenção[34]

A respeito do dolo genérico na conduta do agente público, o Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

> Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade (REsp 765.212/AC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, acórdão pendente de publicação)

Pode-se concluir que, para configuração do disposto no artigo 11 da Lei 8.429/92, devem estar presentes, na expressão de Mauro Roberto Gomes de Matos[35], os seguintes requisitos: ação ou omissão

---

[34] BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.114.

[35] Op. Cit., p.376-377.

do agente público que viole princípios éticos (constitucionais) da Administração; comportamento funcional devasso, desonesto, de má-fé, caracterizado por um ato ilícito ou ilegal; dolo, caracterizado pela manifesta vontade omissiva ou comissiva de violar princípio constitucional regulador da Administração.

Na falta de qualquer desses requisitos, portanto, não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

5. A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

O chefe do Poder Executivo, que não observa o percentual mínimo de receitas na manutenção e desenvolvimento de ensino, despreza norma cogente do artigo 212 da Constituição Federal de 1988 e viola, diretamente, o princípio da legalidade administrativa, que exige do administrador fiel execução à lei. Inegável que esse desvio de verbas acaba por lesionar, sobretudo, importante direito fundamental da pessoa humana: a educação.

Diante dessa conduta ilícita, estaria o mesmo cometendo ato de improbidade administrativa punível com as sanções severas do artigo 12 da Lei 8.429/92? Essa é uma questão polêmica.

Como exposto, a Lei 8.429/92, que regulamenta o §4º do artigo 37 do Texto Fundamental, foi criada com o propósito de punir exclusivamente o administrador desonesto. Por desonestidade deve-se entender o "desvio de conduta do agente público que, no exercício indevido de suas funções, afasta-se dos padrões éticos morais da sociedade[36]". O comportamento do agente público considerado ímprobo, que revela má-fé na gestão da coisa pública, deve, portanto, extrapolar o campo da ilegalidade administrativa.

Ora, quando o administrador público se omite do dever constitucional de aplicar recursos na educação ofende a legalidade e,

[36] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2611.

sobretudo, a moralidade administrativa, que constituem princípios basilares da Administração Pública com previsão no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Consabido, a inobservância desses princípios constitucionais constitui ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei 8.429/92.

Partindo-se do pressuposto de que a desonestidade funcional, que importa num comportamento devasso do administrador, constitui conduta dolosa sem a qual não há improbidade administrativa, para o presente trabalho está presumido o dolo do chefe do Poder Executivo que, com o desvio das receitas destinadas para educação, fere norma constitucional mandamental do artigo 212 e despreza direito inerente ao homem, fundamental, por se tratar de dolo administrativo, submetendo-o, inconteste, às sanções severas do artigo 12 da Lei 8.429/92.

Não é demais afirmar, sempre que há violação aos direitos fundamentais tem-se configurado ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório[37] infirma que "toda improbidade pressupõe agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má-gestão pública em modalidades de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave influência funcional, não importa".

O denominado dolo administrativo resta configurado sempre que o agente público vulnera, de modo intolerável, as normas constitucionais veiculadoras de proteção aos direitos fundamentais. Esse elemento subjetivo se perfaz acabado nas hipóteses de transgressão funcional, como aquela em que o chefe do Poder Executivo deixa de aplicar ou aplica insuficientemente percentual de receitas de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A respeito de dolo administrativo, dispõe Fábio Medina Osório:

> Um administrador atua ou pode atuar, dolosamente quando, de modo deliberado, vulnera, porque quer vulnerar, normas legais para satisfazer fins ilícitos, sejam públicos ou privados. O estilo autoritário

[37] Op. Cit., p.264.

> do administrador que atropela o Estado de Direito, eis aí algo que pode marcar o dolo administrativo. [...] Quando se percebem sinais de má-fé, ou de ignorância inescusável e grosseira, emergem sinais de atuação dolosa. Não se trata de dolo tradicional, uma intenção necessariamente ostensiva ou vinculada à perseguição de objetivos de enriquecimento ilícito. O dolo de que se cogita aqui é mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente estúpidas[38]

Contudo, nem toda jurisprudência de Tribunais Superiores corrobora desse mesmo entendimento.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a não vinculação de receitas na educação só será considerada ato de improbidade capitulada no artigo 11 da Lei 8429/92 se configurada, com prova irrefutável, a conduta do agente e o dolo genérico, sob pena de descaracterizá-lo, como se depreende do seguinte ementário:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEI N. 8.429/92 - LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO - ATO DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 07/STJ.
> 1.Em relação à alegada violação do princípio da legalidade, a tese construída pelo recorrente, de que *"a aplicação de recursos na educação em níveis inferiores ao constitucionalmente determinado"* (fl. 369) configurou, por si só, ato de improbidade administrativa demandaria, na forma com apresentada, o revolvimento fático-probatório dos autos - procedimento vedado pelo enunciado sumular 7/STJ.
> 2.O Tribunal *a quo* fundamentou seu entendimento, ao concluir que não existem dolo ou culpa na conduta do agente, má-fé, e muito menos prejuízo ao erário, e deduziu que o ato não se amoldaria ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.
> 3.É indispensável, para a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito nos arts. 9 e 11 da Lei n. 8429/92, a

[38] Op. Cit., p.249-250.

> existência de dolo genérico, consubstanciado na "*vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora* " (REsp 765.212/AC. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, acórdão pendente de publicação).
> Agravo regimental improvido (AgRg no recurso especial nº 752.272 – GO, rel. Min. Humberto Martins, DJ 25.05.2010)

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. nº 0168404-39.2008.8.26.0000, a respeito da aplicação de percentual inferior ao mínimo constitucional destinado ao ensino (25%) por um ex-prefeito do Município de São José da Bela Vista, reconheceu que não há ato de improbidade administrativa sem má-fé reveladora da desonestidade e que a falta de específica comprovação de dolo ou má-fé para a qualificação do ato como de improbidade está superada. Nesses termos, segue trecho da decisão:

> Repita-se, em resumo, para todas as infrações atribuídas nestes autos ao apelante, que nem toda ilegalidade configura improbidade (afinal, "*improbidade administrativa pressupõe um ato ímprobo, desonesto, eivado de má fé*": Ap. nº 0018692- 23.2008.8.26.0566, rel. Des. Franklin Nogueira, j. 22/02/2011), pois é preciso, neste passo, avaliar as infrações à luz da Lei de Improbidade Administrativa, considerando, inclusive, o elemento subjetivo indispensável às sanções.
> E, nesse exame, além da ausência de desvio ou apropriação de verba pública, de vantagem patrimonial própria e de prejuízo ao erário, impõe-se reconhecer a falta de específica comprovação de dolo ou má-fé ônus probatório do Ministério Público, para a qualificação dos atos como de improbidade, lembrando-se que a orientação anterior que dispensava a má-fé, na hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/92 (STJ, REsp 880662/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p 255) está superada [...]. Equívocos orçamentários, dúvidas de interpretação, falhas de gestão administrativa, falta de detalhamento ou da melhor opção decisória na Administração Pública, enfim, podem, de fato, no máximo, indicar irregularidades, mas daí afirmar ocorrência de ato ímprobo, marcado pela má-fé, vai uma boa distância. Logo, sem má-fé reveladora de desonestidade, não há ato de improbidade (TJ/SP. 1ª Câmara de Direito Público. Ap.nº 0168404-39.2008.8.26.0000, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 4.10.2011)

Em contrapartida, decisão do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. nº 388.141.5/2-00 que, diante do desvio de percentual mínimo reservado ao ensino para outras despesas, condenou o ex-prefeito do Município de São José da Bela Vista por ato de improbidade administrativa incurso no artigo 11 da Lei 8.429/92, com o seguinte fundamento:

> Não tem o Administrador Público poderes discricionários para descumprir mandamento impositivo da Constituição, ainda que em 'pequena proporção'. A alegação de que pode ter inocorrido defesa do administrador público pelo fato (alegado) de não receber DOE é inconsistente. O pagamento de despesas de anteriores administrações também em nada auxilia. A fls. 26 consta a aquisição (consideradas despesas inelegíveis) de bola de futebol, medalhas, troféus, redes etc., retenção de INSS de 1998, FGTS de 1997 etc.
> Curioso adimplir gastos com FGTS, INSS de exercícios anteriores, adquirir bolas e medalhas com recursos do...*ensino*. Cuidou-se de diminuir os gastos administrativos? Houve redução de cargos de provimento em comissão? Veículos? Mas o ensino, este sim, tão necessário ao país, foi prejudicado (TJ/SP, Ap.nº388.141.5/2-00, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 11.05.2011)

Não obstante, importante destacar o projeto de lei que dispõe sobre a criação da Lei de Responsabilidade Educacional (PL 5580/05), de autoria de Paulo Delgado, que altera a redação do artigo 11 da Lei 8.429/92 para incluir o inciso VIII, no sentido de prever como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública o não cumprimento do percentual mínimo de receita resultante de impostos, compreendida proveniente de transferências na manutenção e desenvolvimento de ensino.

Com a aprovação da Lei de Responsabilidade Educacional, o artigo 11 da Lei 8429/92, passa a ter seguinte redação:

> Art. 11.
> I .....
> II.....

> III.....
> IV.....
> VI.....
> VII.....
> VIII- deixar de aplicar, a autoridade e o agente público, direta ou indiretamente responsável, o percentual constitucional mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino

Trata-se de uma iniciativa louvável que ressalta, com tintas fortes, a existência da educação como núcleo de direito fundamental, intangível, que não pode ser preterido pelos gestores públicos sob a falsa alegação de insuficiência de recursos orçamentários. A não aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino constitui, nos termos do projeto de lei, ato de improbidade administrativa capitulado no inciso VIII do artigo 11 da Lei 8.429/92.

Todavia, recentemente, o projeto da Lei de Responsabilidade Educacional foi arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, numa atitude que revela, de forma explícita, o desprezo dos nossos legisladores pela efetividade do direito fundamental à educação.

6. Considerações finais

No ordenamento jurídico nacional, a educação constitui direito fundamental social consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento de uma pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Não se trata de uma promessa constitucional. O Estado tem o dever político-jurídico impostergável de promover, facilitar e oferecer educação a todos, indistintamente. Inclusive, possui dotação orçamentária para tanto, pois o ordenamento constitucional estabelece, expressamente, a vinculação de receitas orçamentárias para gastos específicos com a educação.

Por ser direito fundamental, a omissão governamental na vinculação de percentual mínimo de receitas de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino, como previsto na norma do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, implica num comportamento proibido e desonesto do gestor público, que descumpre um dever político-jurídico, solapa as regras internas de boa administração, cabendo, portanto, responsabilizá-lo por ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/92, porque viola princípios básicos da Administração Pública.

Diante da apuração minuciosa e detalhada da conduta ilícita do agente público, que deixa de aplicar ou aplica insuficientemente recursos na área de educação, o que pode ser feito, inclusive, pelo Tribunal de Contas em regular auditoria, resta comprovado ato de improbidade administrativa, pois evidente o dolo administrativo, que exige do administrador o conhecimento da ilicitude do ato praticado e isso ele o tem quando deixa de cumprir o disposto no artigo 212 da Lei Fundamental.

Entender o contrário significa ser conivente com o uso irregular de recursos públicos, com a desonestidade e corrupção, estimulando o chefe do Poder Executivo ímprobo a agir contra os princípios da legalidade e moralidade administrativa que regem todo aparato administrativo. .

Tal como o filósofo Diógenes que, com sua lanterna, "deu expressão a seu pensamento, preferindo mostrá-lo e exemplificá-lo através de ações e de gestos a dar um apanhado lingüístico dele"[39], buscar-se-á, com o presente trabalho, a penalização por improbidade administrativa de qualquer governante que não cumprir o determinado no artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

Afinal, a omissão na aplicação de recursos no ensino representa, inconteste, conduta ilegal, ilícita e ímproba, com presumível dolo administrativo, que despreza direito fundamental à educação, núcleo intangível da Constituição, sem o qual o homem não sobrevive.

---

[39]NAVIA, Luis E. **Diógenes, O Cínico**. São Paulo: Odysseus Editora, 2009, p.159

Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Org). **Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO, André Castro. **Vinculação de Receitas Públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). **Carlos Roberto Jamil Cury. Intelectual e Educador.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 103-118.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5. ed. B.Aires: Ed.Ciudad Argentina, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, 4. volume, arts. 170-245. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABRIEL, Ivana Mussi. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2010.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 10. ed. Paris: Sirey, 1921.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada.** Construindo pontes com o público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**. Comentários à Lei nº 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NAVIA, Luis E. **Diógenes, O Cínico**. São Paulo: Odysseus Editora, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988.** Estratégias de positivação e Exigibilidade judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Financiamento da Educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (Org). **Gestão, Financiamento e direito à educação:** análise da Constituição Federal e da LDB. 3. ed. São Paulo: Xamã, 2007, p. 83-122.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI Filho, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. Direito da Educação. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). **Manual de Direitos Difusos.** São Paulo: Verbatim, 2009, p. 87-144.

TOLOSA FILHO, Benedicto. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

6

Análise constitucional da problemática dos descontos salariais de servidores públicos em razão de adesão a movimentos grevistas: um estudo de caso do RE 693.456/RJ, do Supremo Tribunal Federal

Juliana Rodrigues Barreto Cavalcante[1]

Introdução

A introdução do direito à greve no ordenamento jurídico brasileiro passou por significativas mudanças, tendo em vista que as primeiras Constituições não o previam, mas sua existência se dava em códigos penalistas que atribuíam-lhe uma caracterização de conduta delituosa. Em primeiro momento, o Estado brasileiro criminalizou o direito à greve. A Constituição de 1937, outorgada no período de Vargas, apontou a iniciativa da greve como recurso nocivo ao trabalho, deixando claro, portanto, o não incentivo do Estado em relação ao seu exercício.

Em meio ao regime militar, a Constituição de 1967 restringiu ao trabalhador a possibilidade de manifestação grevista e também alastrou tal proibição expressamente para o caso de servidores

[1] Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: julianacavalcanteadv@gmail.com.

públicos e atividades essenciais. Após um processo de redemocratização no país, a CRFB/88 passou a reconhecer o direito à greve como postulado fundamental, tanto para trabalhadores de iniciativa privada quanto para servidores.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o texto constitucional vigente assegura o direito a servidores públicos, também o limita, pois prevê sua dependência de regulamentação através de lei ordinária específica, e tal dispositivo normativo ainda não existe em nosso ordenamento, ou seja, há uma inércia deliberante para tornar efetivo o direito fundamental.

Diante da problemática, o Poder Judiciário tem atuado no sentido de flexibilizar a interpretação constitucional objetivando alcançar soluções para tornar as decisões judiciais eficazes. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, até a edição da lei específica regulamentadora do direito, poderia ser aplicada, de forma provisória, a Lei Geral de Greve (Lei nº 7.783/1989) para possibilitar seu exercício. Contudo, novos questionamentos se levantaram com o passar do tempo, inclusive com relação à constitucionalidade de descontos de salários dos servidores grevistas por conta do tempo de paralização.

Inserido nesse contexto jurídico, o Recurso Extraordinário (RE) 693.456 do STF tratou acerca da matéria supramencionada, com reconhecimento de repercussão geral, fixando pontos importantes a serem analisados. A metodologia desse trabalho se utiliza de pesquisa de natureza descritiva e do estudo analítico do RE para verificar de qual forma o Tribunal enfrentou a questão e quais parâmetros decisórios foram apontados durante o julgamento.

Salienta-se que o "Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham" *(*MELLO, 2009, p. 29*)*. Os cargos de servidores públicos são criados por lei, fruto da necessidade da Administração Pública em atender às prioridades da sociedade na promoção de serviços. Os servidores públicos estatutários ocupam um cargo, e são regidos por Estatuto próprio,

uma lei especial. Já os empregados públicos ocupam um emprego, e possuem vínculo celetista, ou seja, regido pela CLT, podendo haver espaços para negociações. Há diferença entre estes personagens, mas a Suprema Corte assumiu uma posição genérica para admitir o direito.

1. Uma aproximação da definição de greve e seus aspectos históricos

Os traços característicos do capitalismo revelaram desigualdades entre trabalhadores e patrões no século XIX. As duras condições de trabalho oferecidas geravam insatisfação no corpo operário e a revolução de ideias contribuiu para a reivindicação de direitos sociais, como a greve.

A principal finalidade da greve é buscar por melhores condições de trabalho. Ela se dá de forma coletiva e voluntária, quando segmentos da sociedade se unem com intuito de reivindicar direitos e benefícios voltados à esfera laboral. Para isso, é necessário que ocorra uma paralização dos serviços.

De acordo com o dicionário etimológico (Gramática Online, 2017) a palavra greve carrega uma origem francesa e, mais aprofundadamente, celta. A primeira análise diz respeito ao vocábulo céltico "*gravo*", que significava cascalho. Já a segunda análise, mais recente, demonstra que, a partir de "*gravo*", se originou "*grève*" no francês, significando areia, cascalho, e, posteriormente, praia de areia. Tempos depois, operários industriais passaram a discutir suas condições de trabalho em uma praça denominada *Place de Grève (*Praça de Greve), em Paris, o que perpetuou o uso de expressões como "*grèviste*" (grevista), até chegarmos ao termo que conhecemos atualmente.

Conforme estudo realizado por Medrado (2011, p. 173), dois fatores foram determinantes para ocasionar greve no período da Idade Moderna: "primeiro, o advento do maquinismo, ou seja, as origens coincidem com o surgimento dos grandes centros

industriais na Inglaterra e, em segundo, a condição dos trabalhadores e reconhecidamente como Direito depois que os permitiu exercer coação sobre os patrões."

No Brasil, a greve perpassa por uma grande evolução jurídica. Cronologicamente, "era considerada um delito, principalmente no sistema corporativo, depois no Estado liberal, passou a ser liberdade, e, posteriormente, a direito, nos regimes democráticos". (MARTINS, 2005, p. 850).

Hodiernamente, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) assegura o direito à greve em seu artigo 9º "competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender". Para complementar o dispositivo constitucional, a Lei de nº 7.783/1989 (lei específica), passou a disciplinar tal instituto com a finalidade de modular seu exercício, definindo as atividades essenciais e também os critérios básicos de atendimento imprescindíveis à sociedade.

Quando se fala em greve, é necessário compreender que há uma realidade sociológica com consequências no mundo jurídico. O que o Código Penal de 1890 proibia expressamente, hoje é reconhecido como direito do trabalhador. Contudo, diversas problemáticas sondam o postulado ora estudado, especialmente no que diz respeito à possibilidade de greve dos servidores públicos, tema bastante controverso. Dessa forma, este artigo pretende trabalhar acerca dos fundamentos da decisão do RE 693.456, do Supremo Tribunal Federal, que discutiu a constitucionalidade do desconto dos dias parados em razão de greve de servidor público.

2. A greve no serviço público

Com relação à possibilidade de greve no serviço público, a regra a ser observada é aquela que geralmente persegue as problemáticas jurídicas: "depende do caso". Logo explico: primeiramente, importa salientar que os militares não possuem

direito nem à greve nem à sindicalização, em razão da vedação expressa do inciso IV do artigo 142 da CRFB/88. Essa proibição é mais ampla do que parece, pois não abrange somente as forças armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), mas também se estende aos policiais militares e corpos de bombeiros militares dos estados, embora seja comum nos depararmos com alguns movimentos de tais categorias.

Já os servidores públicos civis têm uma situação diferenciada, pois o artigo 37 da CRFB/88 garante-lhes o direito à greve e à sindicalização, sendo este segundo norma de eficácia plena; portanto, o simples fato de haver previsão constitucional permite aos servidores públicos a possibilidade de organização em sindicatos.

Tratando-se de greve, é importante observarmos que o inciso VII do artigo 37 da CRFB/88 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998), prevê que o servidor público goza de tal direito e que ele será regulamentado em lei específica. Dessa forma, a Constituição carrega uma norma de eficácia limitada que dispõe que o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e condições definidos em lei específica.

No entanto, em decorrência da falta dessa lei específica para regulamentar o direito, um projeto de lei fora apresentado em 2011 no intuito de disciplinar o exercício da greve dos servidores públicos. O PL do Senado de nº 710, de autoria do, à época, senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP) dispõe que a participação em greve não suspende o vínculo funcional e estabelece que os servidores em estágio probatório que aderirem à greve devem compensar os dias não trabalhados de forma a completar o tempo previsto na legislação[2]. A situação atual do PL 710/2011 se encontra no estado "aguardando leitura de requerimento" no Plenário do Senado Federal.

[2] Vide o Projeto de Lei do Senado nº 710, de 2011 na aba Atividade Legislativa, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103493> Acesso em: 13 set. 2017.

Mesmo com a proposta normativa tramitando desde 2011, continua inexistente a lei específica regulamentadora. Por isso, de acordo com o entendimento já pacificado em 2007 pelo STF, aplica-se a Lei nº 7783, de 28 de junho de 1989, que trata da greve dos empregados da iniciativa privada. Enquanto não houver a lei específica, o servidor público deverá realizar greve nos moldes da Lei Geral. Consequentemente, surge o seguinte questionamento: se além de possuir o direito à greve, o servidor, que também goza do direito de exercê-lo, de acordo com as normas definidas na Lei Geral, receberia remuneração pelos dias de paralização dos serviços?

Antes de adentrarmos na problemática, torna-se relevante citar um princípio que existe implicitamente no texto constitucional, e expressamente na legislação específica que trata de serviços públicos (parágrafo 1º do artigo 6º da Lei nº 8987/1995). É o princípio da continuidade, que, por sua vez, propõe que a atividade administrativa deve ser contínua. Ocorre que, como abordado nos parágrafos anteriores, a greve significa uma interrupção dos serviços. Cabe mencionar então que o direito ora estudado não deve ser exercido por todos os servidores ao mesmo tempo, haja vista que uma parte do órgão que decidir entrar em greve precisa continuar funcionando em respeito à importância do serviço público para a população, e ao princípio da continuidade.

Retomando a questão anterior, é possível que o funcionário grevista tenha a greve subsidiada pelo Estado? Por um lado, os servidores possuem razão em reivindicar melhores salários e condições de trabalho, e por outro lado, não parece justo fazer a população arcar com o salário de um profissional que dedica meses em greve. Seria razoável cortar a remuneração do trabalhador, que inclusive, pode ser considerada como verba alimentar? E, nesse caso, de que adiantaria ter o direito sem poder exercê-lo? Essa foi a situação de controvérsia que o Plenário do STF precisou enfrentar durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693.456.

3. Recurso Extraordinário (RE) 693.456 do Supremo Tribunal Federal.

É interessante acentuar que tem crescido no Brasil a centralidade das decisões do Poder Judiciário, especialmente aquelas que dizem respeito a direitos sociais. Nesse contexto, faz-se necessário aprofundar e compartilhar o estudo dos resultados dos julgamentos dos nossos Tribunais Superiores no sentido de viabilizar ainda mais a democratização das informações jurídicas ao cidadão.

O estudo de caso compreende, de acordo com Gil (2002, p.54), "o estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos, de maneira que permita seu amplo e detalhado conhecimento". A estratégia de pesquisa deve apresentar relevância à finalidade do pesquisador, e o caso escolhido a ser explorado – RE 693.456/RJ do STF – é a unidade de maior importância dentro do artigo.

Em 2012, o RE 693.456/RJ foi distribuído ao STF e contou com a participação de segmentos como a Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal - CONDSEF, a Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileiras - FASUBRA, a Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União, o Estado de São Paulo, dentre outros, todos como *amicus curiae*.

O recurso extraordinário[3] se tratava, em origem, de mandado de segurança impetrado por servidores públicos estaduais estatutários, e objetivava que fossem cessados os descontos efetuados por dias de paralização dos funcionários em razão de adesão a movimento grevista. Na sentença de primeiro grau, o Juízo entendeu não haver ilegalidades nos descontos sob o fundamento de que o exercício do direito de greve pelos servidores públicos só poderia ser qualificado como legal a partir de edição de lei específica.

[3] Vide o voto do Ministro Dias Toffoli, relator do RE 693456/RJ, do STF - Plenário, data: 02/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE693456.pdf > Acesso em: 15 set. 2017.

Logo após, houve a apresentação de peça apelatória e seu provimento no sentido de determinar que a autoridade impetrada se abstivesse de anotar e descontar as faltas dos funcionários. Contra tal decisão, foi interposto o RE/RJ objeto dessa pesquisa perante o Tribunal Supremo.

Durante os votos dos ministros, foi discutida a constitucionalidade dos descontos realizados com relação aos dias parados dos servidores públicos por conta de greve. O ministro Dias Toffoli, relator do caso, se posicionou primeiramente admitindo os descontos, ao passo que o ministro Edson Fachin entendeu que apenas uma ordem judicial poderia determinar tais cortes nos pagamentos.

Os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski apresentaram posições divergentes do relator, com fundamentos de que: não seria possível a imposição de condições ao exercício de um direito constitucionalmente garantido; a adesão dos servidores públicos a movimentos grevistas não poderia representar opção econômica de renúncia ao pagamento, uma vez que a greve é o principal instrumento de reinvindicação frente ao Estado; e que o art. 7º da Lei Geral de Greve não poderia ser aplicado, tendo em vista que, no caso, não havia contrato de trabalho e sim relação estatutária com o ente estadual.

O entendimento do ministro Barroso foi no sentido de que o administrador público não só poderia, como também deveria cortar os pontos, por ser medida necessária à distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve, e tendo em vista que a paralisação não pode ser adotada sem consequências pelos servidores. Nesse caso, havendo greve prolongada, admitiria-se decisão intermediária minimizadora dos descontos sobre os salários, de modo a não onerar de forma excessiva os grevistas, levando-se em consideração sua subsistência. Os demais votos seguiram o entendimento do relator e enriqueceram o julgamento com modelos de decisões de outros países acerca do tema.

Após uma série de instrumentos processuais, o Plenário do STF concluiu o julgamento do RE 693.456, com repercussão geral reconhecida, decidindo que os dias parados por greve de servidor devem ser descontados, exceto se houver acordo de compensação. Segundo o relator:

> Ao admitir o desconto dos dias paralisados, esta Corte, com o devido respeito àqueles que pensam em contrário, não está a negar o exercício do direito do servidor público de realizar greve. Pelo contrário, pois, como outrora salientado, a participação do servidor público em um movimento paredista não implica a prática de um ilícito. Entretanto, esse direito possui limites e ônus, em especial, por se tratar o serviço público de atividade de importância estratégica para o Estado em prol da sociedade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 693.456/RJ. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 08/11/2016, p. 24).

Finalizou o ministro:

> Ante o exposto, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, voto para que seja fixada a seguinte tese de repercussão geral: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 693.456/RJ. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 08/11/2016, p. 32).

Finalmente, o julgamento decidiu pelos cortes dos pontos dos servidores havendo a possibilidade de compensação dos dias não trabalhados, mediante acordo. Apontou-se, ainda, que os descontos não poderão ser realizados caso o movimento ensejador da greve seja motivado por conduta ilícita do Poder Público.

Outra questão bastante recente que merece destaque nesse trabalho é o posicionamento do STF com relação ao direito de greve

de policiais civis. A matéria, também considerada de repercussão geral, foi tratada durante a análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 654432)[4] em 2017, pelo Supremo, onde discutiu-se a legalidade do direito à greve realizada por policiais civis diante de ausência de norma regulamentadora.

Importa salientar que processo tramitou originalmente em Goiás, por interesse do Sindicato dos Policiais Civis de Goiás (Sinpol-GO) e do próprio Estado. Diante da decisão do Tribunal de Justiça goiano declarando legitimidade ao exercício do direito à greve pela categoria, houve a interpelação do recurso ora citado no intuito de questionar acerca dos reflexos sociais que tal deliberação geraria.

Dada a característica de essencialidade da atividade policial à manutenção da ordem pública, o Plenário entendeu, por maioria dos votos, que há inconstitucionalidade no exercício do direito de greve por parte de policiais civis e demais servidores que atuem diretamente na área de segurança pública.

Em outra linha argumentativa, o ministro Edson Fachin, relator do caso, apresentou voto no sentido de não conferir provimento ao recurso do Estado, citando que a completa proibição do exercício da greve pelos policiais inviabilizaria o gozo do próprio direito fundamental e também da liberdade de expressão dos indivíduos. O entendimento foi vencido pelos demais.

4. Pontos fixados pelo STF acerca da decisão do RE 693.456/RJ.

A repercussão geral que se formou pela maioria dos entendimentos dos ministros do STF (6 votos a 4) nos remete aos seguintes parâmetros: A) o servidor público que esteja exercendo o direito de greve pode ter o corte na sua remuneração, o que não se configura como penalidade, tendo em vista que não se tem a

[4] Informações obtidas na plataforma do STF, na aba "acompanhamento processual" do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 654432). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=654432&classe=ARE&origem= AP& recurso = 0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 16 set. 2017.

intenção de impedi-lo de exercer o direito, mas simplesmente de observar uma boa utilização do dinheiro público, pois é razoável que as pessoas envolvidas suportem o ônus da greve. O servidor suporta o ônus de perder a remuneração e a Administração Pública, o ônus de deixar de ter o serviço prestado. No caso, há uma suspensão do vínculo, e não do contrato de trabalho; B) há possibilidade de acordo de compensação dos dias parados; e, C) nas hipóteses em que o Estado tenha praticado o ato ilícito ensejador da deflagração da greve, o primeiro ponto cairá por terra, pois o corte na remuneração não será possível.

É bastante comum, por exemplo, que uma categoria de servidores firme acordo com o Poder Público e a Administração o descumpra. Nesses casos onde a greve decorrer de uma atuação ilícita do ente, o ônus deverá ser suportado pelo mesmo.

Com relação ao segundo aspecto, mesmo nas situações em que seja possível o corte da remuneração, nada impedirá que no acordo firmado com a categoria de funcionários se determine uma compensação dos dias parados para o pagamento dos valores remuneratórios. Deverá então o servidor grevista balizar boas discussões com seus supervisores hierárquicos, tendo em vista a possibilidade de que no trato da relação empregado-empregador se chegue a um acordo para que os dias parados sejam compensados.

Em outras palavras, quando se discutiu a situação de funcionário público exercendo seu direito de greve licitamente, levantando o questionamento acerca da possibilidade de haver pagamento pelo dia pardo, o STF entendeu que a remuneração do servidor tem caráter contraprestacional, ou seja, não é uma penalidade, pois se o serventuário não presta o serviço, ainda que de forma lícita, em virtude de movimento paredista, não poderá receber a contraprestação. Ainda que a greve seja possível, os dias parados não serão computados para fins de remuneração, podendo após, haver acordo em que haja compensação de horários.

5. Considerações finais

A greve, enquanto garantia fundamental do trabalhador, tem sua importância vinculada à reinvindicação de melhorias nas relações de emprego e condições de trabalho. Sua origem histórica se deu nos palcos de lutas sociais até se tornar um direito. Tratando do caso de funcionários públicos grevistas, há uma limitação do direito de greve que exige bastante cautela por ser potencialmente causadora de grandes riscos aos servidores.

O Supremo pacificou o entendimento de que o direito à greve para funcionários públicos é uma norma de eficácia limitada, ou seja, o servidor tem o direito, mas só poderá exercê-lo quando houver lei que o regulamente, ficando limitado à existência de lei específica.

Contudo, durante o julgamento do RE nº 693.456/RJ, de repercussão geral, houve o tratamento do tema, que é bastante controverso, no sentido analisar a constitucionalidade dos descontos salariais de servidores públicos em razão de adesão a movimentos grevistas e fixar parâmetros para dirimir as problemáticas.

No decorrer deste trabalho foi realizada uma análise processual do RE nº 693.456/RJ e dos votos dos ministros do STF para averiguar quais pontos foram fixados no julgamento. Nesse sentido, o estudo de caso se inseriu como uma modalidade de pesquisa estratégica, sem a pretensão de esgotar a matéria, mas com o objetivo de esclarecê-la.

Constatou-se, por meio da análise da decisão, que os seguintes aspectos deverão ser observados de agora em diante: A) o servidor público que esteja exercendo o direito de greve pode ter o corte na sua remuneração, ou seja, é constitucionalmente viável realizar os abatimentos salariais nessas situações; B) há possibilidade de acordo de compensação dos dias parados; e, C) nas hipóteses em que o Estado tenha praticado o ato ilícito ensejador da deflagração da greve, não será possível o corte salarial.

Já faz bastante tempo que discussões acerca do direito à greve se perpetuam no Poder Judiciário e, nesse sentido, há de se reconhecer o esforço do STF para balizar as problemáticas voltadas a servidores públicos. De acordo com o pensamento de Ricardo Carvalho Fraga e Luiz Alberto de Vargas (2010, p. 165):

> Tais decisões evidenciam a perplexidade gerada pela insegurança jurídica criada pelo vazio legislativo decorrente da omissão do Legislativo em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. De um lado, o administrador se via impedido de descontar os dias de greve e punir grevistas que participassem de greve abusiva - mesmo porque sequer havia base normativa para declaração da abusividade da greve. Por outro, os grevistas se viam privados de negociar coletivamente (mesmo os salários dos dias de paralisação) e, assim, dar consequência ao movimento paredista. As soluções para os movimentos de greve de servidores públicos terminavam, invariavelmente, em acordos informais e beirando à ilegalidade, quando o administrador se comprometia a buscar os meios para o atendimento das reivindicações dos grevistas, enquanto que estes se comprometiam em compensar os dias de falta decorrentes da paralisação.

As consequências da greve em âmbito do serviço público são diferentes das implicações grevistas de trabalhadores do setor privado, daí porque deve existir um tratamento diferenciado, especialmente sob o viés normativo. Há uma necessidade de a Administração continuar prestando serviços inadiáveis à comunidade, portanto, os reflexos da decisão atingem de forma direta muitos segmentos societários brasileiros. É importante que o Judiciário se atente com cautela para a adequação do direito aplicável a cada situação, e os pontos do RE nº 693.456/RJ mereciam ponderação. Por fim, nos resta verificar de agora em diante se os parâmetros decisórios estabelecidos serão eficazes tanto no ponto de vista processual quanto no de realidade fática.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Planalto. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm > Acesso em: 7 set. 2017.

_____. Senado. **Projeto de Lei nº 710, de 2011**. Disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal. Autoria senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103493> Acesso em: 5 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Plenário reafirma inconstitucionalidade de greve de policiais civis**. Notícias STF. Imprensa. Portal do servidor. Conteúdo online. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo= 340096> Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 654432/GO, rel. min.** Edson Fachin, Plenário, data: 05/04/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=654432&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 693.456/RJ**, rel. min. Dias Toffoli, DJ 08/11/2016. Plenário, data: 02/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE693.456.pdf> Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 693.456/RJ**. Notícias STF. Imprensa. Portal do servidor. Conteúdo online. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver noticiaDetalhe.asp?idConteudo=328294> Acesso em: 5 set. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos**. Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ESTANQUE. Elísio. **Um percurso sobre a greve e as suas origens**. Opinião: Sociologia Da Greve. Conteúdo Online. 2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/11/23/sociedade/noticia/um-percurso-sobre-a-greve-e-as-suas-origens-1467753>. Acesso em: 15 set. 2017.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. **Greve Dos Servidores Públicos e STF**: O direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p. 155-173, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/ricardo_fraga_e_ luiz_alberto_vargas.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017.

GIL. Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa?** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAMÁTICA ONLINE. **Etimologia de "greve".** Gramática.net.br. Conteúdo online. Disponível em: <https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-greve/>. Acesso em: 05 set. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEDRADO, Gézio Duarte. A greve: direito fundamental, princípios e reflexões. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 144, a. 37, 2011..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

7

A aplicação do princípio da insignificância na administração pública

Lásaro Arsênio de Paula Aragão Neto[1]

Introdução

Os princípios possuem um papel de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro, eles possuem qualidade de normas, e acabam por gerar obrigações, possuindo eficácia sobre o comportamento seja de ente público ou privado, assim como na maioria das vezes são utilizados para uma melhor interpretação e aplicação da lei.

No presente artigo será abordado o princípio da insignificância que tem sua provável origem no Direito Civil, vindo posteriormente, a sofrer uma expansão para as demais esferas do direito, tendo como seu principal foco a aplicação no Direito Penal, mais especificamente para tentar conter o que na época era conhecida como criminalidade de bagatela, que devido as grandes disparidades sociais que sempre existiu na sociedade brasileira.

Será, portanto, analisada as peculiaridades na aplicação do princípio da insignificância, o qual inicialmente possui sua aplicação voltada para o âmbito do direito penal, onde se buscava garantir a

[1] Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Evolutivo (FACE). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: lasaroneto_123@hotmail.com.

necessidade de atuação apenas em casos que realmente estivessem evidentes a necessidade de aplicação de sanções, evitando que fosse demandado tempo em casos considerados insignificantes por sua ínfima lesividade.

Com o estudo de todas as especificidades relativas a aplicação do princípio da insignificância, será estudada sua aplicação no âmbito da Administração Pública, analisando essas possibilidades através dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito. O tema acaba por trazer um importante questionamento tendo em vista a lacuna deixada em relação ao tema, onde na maioria das vezes nem o posicionamento jurisprudencial segue a mesma linha de raciocínio.

Primeiramente será tratado o conceito do princípio da insignificância e todas as suas peculiaridades para posteriormente possa ser abordada a possibilidade de sua aplicação no âmbito dos crimes contra a Administração Pública.

1. Princípio da insignificância

Neste capítulo será abordada todas as principais características a respeito do princípio da insignificância, o qual foi criado para ser utilizado no âmbito penal, mas que acaba por se expandir nas demais áreas, com o fito de evitar a perca de tempo em processos por causas pífias.

1.1. Origem e limites

Acredita-se que o princípio da insignificância teria sido criado para acabar com a conhecida criminalidade de bagatela, com sua origem no Direito Civil de 1964, nos ensinamentos de Claus Roxin. Este princípio é derivado da máxima *mínima non curat praetor,* que significa, que o pretor (magistrado) não deve se ocupar com causas mínimas e delitos insignificantes, onde teria obrigação apenas com as questões de maior relevância. Sua incorporação ao Direito Penal,

o qual viria a se tornar um dos principais pilares através da obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.* (CAPEZ, 2011, p. 29; BITENCOURT, 2012, p. 27).

Em virtude da falta de um significado material para a análise do caso fático, excluindo a tipicidade da conduta, Klaus Tiedmann, passou a chama-lo de princípio da bagatela. Embora o preceito da insignificância não esteja de forma expressa nos principais diplomas da legislação brasileira, é defendido por renomados juristas o posicionamento da doutrina, que o postulado seria um princípio implícito de caráter constitucional (NUCCI, 2010, p. 170). Inicialmente previsto apenas na seara do direito penal o postulado se tornou assunto obrigatório nos estudos sobre direito público, podendo ser encontrado atualmente em diversas áreas da ciência jurídica, inclusive no âmbito do direito administrativo.

1.2. Natureza jurídica e conceito

O principal objetivo do princípio da insignificância seria a ausência de preocupação jurídica com causas de pouca expressão ou importância, que tragam uma mínima lesão ao bem jurídico legalmente protegido, que mereciam ser desprezadas e afastadas de futura punição, que versam a respeito de condutas que apesar de possuírem previsões legais sendo enquadradas em determinados tipos penais, são insignificantes e consideradas inofensivas ao foco principal do direito penal.

O princípio da insignificância, é aplicado quando em um caso concreto é detectado a falta de relevância material daquele caso, isso se da quando uma conduta praticada que apesar de estar tipificada no código penal não expresse a ofensa de uma gravidade relevante aos bens tutelados, e nem toda ofensa a esses bens seria capaz de configurar o injusto típico de acordo com Bitencourt (2012, p. 27)

Uma conduta delituosa deveria, portanto, ser considerada mesmo estando formalmente tipificada, quando for irrelevante juridicamente, havendo considerável disparidade da conduta

praticada pelo agente e a proibição disposta positivamente. De acordo com o ministro Gilmar Mendes:

> Para que seja razoável concluir, em um caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a tipicidade material, sob pena de abandonar-se, assim, o desiderato do próprio ordenamento jurídico criminal. Evidenciando o aplicador do direito a presença da tipicidade formal, mas a ausência da tipicidade material, encontrar-se-á diante de caso manifestamente atípico. Não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R$ 130,00 (cento e trinta reais), e quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 107.370/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª turma. j. 26.04.2011. DJe 22.06.2011).

A insignificância não é identificada apenas pelo valor patrimonial insignificante do objeto material, sendo necessário que seja verificado o caso em si, para que possa ser identificado a insignificância do ato.

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, deve estar presente no caso concreto: a mínima ofensividade da conduta, a falta de expressão da lesão jurídica, a demonstração da falta de periculosidade social e por fim, o ínfimo grau de reprovação do comportamento, sendo identificados todos esses requisitos cumulativamente estariam, portanto, preenchidos os requisitos objetivos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 109.363/MG. Rel. Min. Ayres Britto. 2ª Turma. j. 11.10.2011, noticiado no *Informativo* 644.)

Porém apenas a identificação dos requisitos objetivos não é suficiente para a aplicação do princípio da bagatela, devendo ainda identificar se estão presentes os requisitos subjetivos, que seriam caracterizados pelo, valor sentimental do bem, sua importância para a vítima, condição econômica as circunstancias e o resultado do

crime, de forma que possa ser mensurada se essa lesão foi de fato relevante ou não.

Tendo então juntado os dois requisitos, poderia, portanto, ser aplicado o princípio da insignificância, evitando assim que ocorresse uma possível condenação de forma injusta de um indivíduo que apensar de ter praticado delito, tenha sido esse delito insignificante para tornar necessária a punição penal.

Essa incompatibilidade que foi criada entre a responsabilidade penal e os fatos de pequena lesividade, fez com que o instituto da bagatela tivesse uma natureza supralegal de exclusão da tipicidade material.

2. Princípio da insignificância e sua aplicação no âmbito da administração pública

Compreendida a essência do princípio da insignificância e seu foco de atuação, cabe agora analisar as possibilidades de aplica-lo no âmbito da administração pública, mais especificamente em condutas consideradas ímprobas.

Como foi abordado nos capítulos anteriores o princípio da insignificância tem sua maior aplicação no direito penal, posto isso é importante diferenciar qual o significado que a expressão Administração Pública submete, para o direito administrativo e para o direito penal.

No direito administrativo Administração Pública é compreendida como as atividades que o Poder Executivo exerce em sentido estrito. Como expressa Hely Lopes Meirelles (1990, p. 79):

> (...) a locução Administração Pública tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo como à gestão mesma dos interesses da coletividade.

Já para o direito penal, a doutrina criminal considera a expressão Administração Pública com um significado mais amplo, que na verdade abrangeria toda a atividade estatal dos entes públicos. Como expressa Edgard Magalhães Noronha (1988, p. 198):

> O conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a Administração Pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido restrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos.

Analisando o princípio da insignificância em seu foco de origem, sua aplicação se dava mais em casos relacionados a crime de ordem patrimonial ou exceções que houvessem em crimes com emprego de violência e grave ameaça à vítima. Porem essa característica vem mudando cada vez mais, sendo o princípio da insignificância cada vez mais aplicado, bastando para isso a identificação dos requisitos objetivos e subjetivos para sua aplicação, sendo possível identificar sua aplicação em várias áreas, como, crimes de ordem tributária, ambiental, militar, dentre outras.

No que versa a respeito dos crimes contra a administração pública, previstos no título XI da Parte Especial do Código Penal brasileiro, ainda não possui jurisprudência pacífica a respeito, havendo ainda algumas decisões contrárias no que se refere a aplicação desse princípio, por exemplo em um caso de peculato por apropriação de folhas em branco ou clipes de metal, que causaria um dano mínimo à Administração Pública, em tese tornaria totalmente aplicável o princípio da bagatela, em contrapartida apesar de evidente o ínfimo dano causado, seria ainda necessário que os outros requisitos fossem identificados para que pudesse ser efetivamente aplicado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), possui um posicionamento interessante nessa seara no que se trata de crimes praticados por prefeitos, onde um prefeito teria emitido ordem de fornecimento de combustível, a uma pessoa que não era funcionário público, não estava realizando serviços públicos e estava em veículo privado, o entendimento do STJ, foi que não bastaria apenas resguardar a reparação patrimonial, seria necessária também a proteção moral administrativa, afirmando seu entendimento na seguinte passagem:

> É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 132.201/PB. Rel. Min. Celso Limongi. 6ª Turma, j. 20.10.2009, noticiado no informativo 412.)

Na mesma linha de raciocínio decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que não seria possível a aplicação do princípio da bagatela nos atos de improbidade administrativa, pois o bem jurídico que a Lei de Improbidade (Lei 8429/92), visa proteger é a moralidade administrativa, critério que só pode ser considerado objetivamente, pois "não teria como se considerar uma ofensa mínima a moral, onde qualquer ofensa já seria levada em consideração, posto isso não caberia portanto a aplicação do princípio da insignificância à condutas ímprobas, porque não existiria condutas que pudessem ser consideradas insignificantes ao princípio da moralidade", de acordo com o que Masson prevê em suas lições (2010, p. 31).

> Assim como a meia-verdade sempre, ou com muita frequência, deságua no oceano da mentira, e a meia ciência define-se inexoravelmente como sendo pior do que a ignorância, do mesmo modo o servidor público (qualquer que seja a sua categoria) que seja

> apenas meio honesto, ou meio desonesto, inspira mais insegurança do que os desonestos por completo. (COSTA, 2005, p. 29).

Em sentido controverso é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), que prevê a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em qualquer tipo de delito quando presentes os requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Porém mesmo entre os seus próprios julgados há diversas posições diferentes, onde já se decidiu pela não aplicação da bagatela, enfatizando a necessidade da análise do caso concreto.

É possível encontrar alguns precedentes do STF e do STJ relativos ao crime de peculato (art. 312 do Código Penal), que afastam a a aplicação do princípio da bagatela. (STF: HC 112388/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 21/08/2012. STJ: RHC 23500/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 24/06/2011.)

Porém em relação a delitos de descaminho (art. 334 do Código Penal), tanto na Turma do STF como do STJ, existem acórdãos que seguem pela aplicação do princípio da insignificância. (STF: HC 100939/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 21/05/2010; HC 100549/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 09/04/2010; HC 96309/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 24/04/2009; HC 96683/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 24/04/2009; HC 96587/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 24/04/2009; HC 96374/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 24/04/2009; HC 92438/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/12/2008. STJ: REsp 1306425/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/07/2014).

Apesar da importância que deve ser aplicada para analisar se feriu a moralidade é inegável a necessidade de também ser analisada a esfera patrimonial, onde as relações desses dois requisitos devem estar ligadas, e devendo todas duas serem protegidas. No âmbito da Administração Pública tem um fator a mais que deve ser observado que diferencia das infrações patrimoniais, que é o fato de serem praticados por agentes públicos, que ao praticarem aproveitam-se de suas funções institucionais. Posto isso é inexorável que haja uma

análise do caso ocorrido em um todo para que assim possa haver uma decisão coerente em relação a aplicação ou não do princípio da insignificância.

3. A moralidade na administração pública

Já vem prevista na Constituição Federal em seu artigo 37 a proteção ao princípio da moralidade, " 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". Fica claro, portanto o dever dos agentes e da própria administração em se pautar pela ética, devendo ainda ser aplicado em consonância com os demais princípios administrativos previstos na Constituição.

Não é apenas para a Administração Pública e seus agentes que o princípio da moralidade, devendo ainda os particulares que se relacionam com a Administração. Estará ainda aquele particular que venha a se relacionar esporadicamente com a Administração conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.94), sujeito a agir de acordo com a lei, com a moral, com os bons costumes e com as regras de boa administração. Além dos princípios que deles decorrem, tais como a justiça, a equidade e a honestidade, sob pena de, no caso de não atuar em consonância com esses, estar ferindo a moralidade administrativa.

Embora o principal foco seja a proteção da moralidade quando se julga um crime contra a Administração Pública, deve ser analisado que em alguns casos a lesão moral é tão irrelevante que não se faz necessária uma interferência penal, como em um caso em que um funcionário subtrai artigos de papelaria o qual formalmente estaria configurado o crime de peculato, não configuraria uma lesão de fato a moralidade, vez que apesar da falta de ética, não houve uma relevância jurídica acentuada, diferente de um ato que venha a impossibilitar sua utilização pelo restante da sociedade, que mesmo sendo considerado de valor ínfimo o prejuízo causado ao erário,

atingiu diretamente a moralidade do agente perante o serviço público e frente ao ente da Administração Pública que este representa.

É válido lembrar que a aplicação do direito penal deverá sempre ser a *ultima ratio*, ou seja, deve ser o último instrumento aplicado, tendo sua aplicação condicionada a falta de outra opção como punição, valendo-se do princípio da subsidiariedade, onde prevê que a aplicação do Direito Penal na proteção social é desnecessária, quando houverem formas eficazes e que não sejam tão prejudiciais aos direitos individuais. Sendo preferencial que nos casos que a aplicação do Direito Penal seja considerada excessiva, valer-se então da aplicação de sanções administrativas para punir a conduta.

É perceptível que em relação aos crimes contra a Administração Pública haja uma maior atribuição de gravidade do que quando comparados aos praticados na esfera particular, porém esse fato não deve tornar uma categoria inalcançável pelo princípio da insignificância, pois apesar do bem público necessitar de uma maior proteção devido a capacidade de afetar toda a moral da Administração Pública ser bem maior que quando relacionada a um bem patrimonial particular, existem várias possibilidades de haver crimes contra a Administração Pública, onde levando em conta o caso e o que está relacionado o tornando crime, seria totalmente cabível a aplicação do princípio da bagatela, sendo desarrazoada a não aplicação geral do princípio da bagatela a todo e qualquer caso, sem que se leve em conta cada caso com sua especificidade.

Lembrando ainda do que foi exposto anteriormente, quando é necessária a aplicação do princípio da moralidade em consonância com os demais princípios da Administração Pública, sendo contraditório portando que não leve em consideração o princípio da proporcionalidade por exemplo que estaria em detrimento no que se refere a definição da sanção imposta.

4. Entendimentos jurisprudenciais em relação a aplicação do princípio da insignificância

Tendo em vista a análise do conceito e da doutrina em relação a aplicação do princípio da insignificância no âmbito da administração pública. Faz-se necessária a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, os quais possuem decisões completamente divergentes, aumentando a insegurança jurídica que o tema traz diante da falta de consonância no entendimento.

4.1. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

É majoritário no STJ entendimento que não cabe aplicação do princípio da insignificância. Embora quando analisado o caso típico não caracterize prejuízo relevante ao patrimônio público, acredita-se que o bem que se busca tutelar juridicamente é a moralidade, tanto no que tange aos crimes contra a Administração Pública, como nos crimes regidos pela Lei de Improbidade Administrativa. Posto isso, para o STJ não há possibilidades que possa ser considerada insignificante tornando incabível a aplicação do princípio da insignificância.

Para reforçar o posicionamento do STJ, pode ser analisada decisão da turma referente a um agravo regimental que foi interposto contra o REsp 1.382.289/PR, que apresenta o seguinte:

> Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO EXTRAPENAL. ART. 92, I, A DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. Não há que se cogitar de ausência de fundamentação válida na decisão que decretou a perda do cargo público do apenado, pois evidenciou, a partir de elementos concretos, a violação de dever para com a Administração Pública. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp

> 1.382.289/PR - AgRg. Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª turma. j. 05.06.2014. DJe 11.06.2014).

Apesar de majoritária as decisões nesse sentido do STJ, mesmo que poucas podem ser encontradas decisões divergentes, onde optou se optou por aplicar o princípio da bagatela. Houve também decisão em que o STJ chegou a conclusão que houve furto simples contra a Administração onde o patrimônio do referido caso foi considerado de valor irrisório, não sendo nociva a moralidade:

> O princípio da insignificância em matéria penal deve ser aplicado excepcionalmente, nos casos em que, não obstante a conduta, a vítima não tenha sofrido prejuízo relevante em seu patrimônio, de maneira a não configurar ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, para afastar a tipicidade pela aplicação do referido princípio, o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, ou seja, a lesão ao bem jurídico ou a conduta do agente, devem ser ínfimos. In casu, tem-se que o valor total do bem furtado pelo recorrente (um cone de trânsito), além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva o patrimônio da Administração Pública, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância, reconhecendo-se a inexistência do crime de furto pela exclusão da ilicitude. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 26.012/CE. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª turma. j. 18.06.2009. DJe 10.08.2009).

Pode se concluir apesar da pouca lógica que faz, que para o STJ, quando houver uma lesão ínfima ao patrimônio público, mas não atingir a moralidade, tornaria possível a aplicação do princípio da insignificância, tornando esse entendimento bem questionável, tendo em vista que o caso não será levado em conta em suas especificidades e sim o bem jurídico lesado.

4.2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Os dois principais tribunais do País possuem entendimentos totalmente opostos, o que aumenta a insegurança jurídica a respeito

do tema. O STF adota a posição que seria possível sim a aplicação do princípio da insignificância após realizada a análise do caso concreto, se confirmada a presença dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva. O Ministro Teori Zavascki, no julgamento do Habeas Corpus 120.662/RS, deixa claro que para ser possível a aplicação do princípio da insignificância, é necessário que tenham sido preenchidos os requisitos. Como exposto:

> Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado princípio da insignificância e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que 'a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa' (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade é indispensável, portanto, averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 120.662/RS. Rel. Min. Teori Zavascki. 2ª Turma. j. 24.06.2014. DJe 21.08.2014).

Porém se após análise das especificidades do caso concreto for identificado os requisitos necessários, vistos anteriormente cabe sim a aplicação do princípio da bagatela, pois o fato não teria causado

uma lesão significante ao patrimônio público, não apresentando relevância jurídica que necessite a atuação do Direito Penal.

O Supremo Tribunal Federal reafirmando o entendimento por essa linha de raciocínio, quando votou na concessão do Habeas Corpus 112.388/SP (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 112.388/SP. Rel. Min. Ricardo Levandowski. 2ª Turma. j. 21.08.2012. DJe 14.09.2012), caso que julgou a apropriação por um carcereiro de um farol de milha que teria sido retirado de uma motocicleta apreendida, onde considerou de valor insignificante o valor do objeto julgado que teria sido avaliado no valor aproximado de 13 reais.

Ao analisar as posições adotadas pelos dois principais tribunais do País, percebe-se que faz mais sentido na posição adotada pelo STF. É seguido o entendimento que caberia adotar a bagatela em crimes cometidos contra a Administração Pública, mesmo levando em conta a natureza jurídica especial merecedora de um maior cuidado do Estado ao tutelar, mas que ao mesmo tempo mostra que não deve ser visto como intocável. Faz-se necessária para a aplicação do princípio da insignificância, uma análise do caso concreto em suas especificidades e se estão presentes os devidos requisitos que possibilitam a aplicação do princípio, possibilitando assim que ao analisar em cada caso o que realmente ocorreu possa evitar injustiças, evitando punir lesões ínfimas de maneira excessiva, mas de forma que não deixe sem punição aquele agente responsável pela lesão que apesar de irrelevante no âmbito patrimonial feriu as esferas sociais e morais da Administração Pública.

5. Considerações finais

Realizada toda análise conceitual do princípio da insignificância juntamente com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de sua aplicação no âmbito da Administração Pública, fica claro a sua importância para ajudar

a tornar o ordenamento jurídico brasileiro de alguma forma mais eficiente.

Assim como outros princípios presentes no ordenamento jurídico o foco principal do princípio da insignificância que seria evitar uma demanda desnecessária do judiciário devendo ser provocado somente em último caso. Seguindo por essa lógica, conclui-se que o deve sim ser aplicado a todas as espécies de crime, inclusive os de tutela especial como os contra a Administração Pública, claro que após análise do caso concreto e identificação dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para justificar sua aplicação.

Esse caráter especial que os crimes contra a Administração Pública possuem, não seriam justos, se resultasse para eles uma espécie de patamar inalcançável devendo, portanto, o caráter especial ser visto como um tipo de rigor extra necessário para possibilitar sua aplicação, onde deve haver uma análise mais atenciosa do que os crimes da esfera cível.

Porém deve-se sempre atentar para a proteção da moralidade administrativa, que é o bem jurídico que se busca proteger, devendo sempre a Administração juntamente com seus agentes pautar-se pela ética e moral, como a Constituição Federal prevê. O ponto que causa toda a controvérsia na aplicação do princípio não é esse, pois é unânime o entendimento da proteção a moralidade, porém que ela seja protegida de maneira razoável, considerando cada caso em sua devida especificidade, pois seria incoerente aplicar a mesma lógica para um agente que se apropriou de dinheiro público com um agente que se apropriou de itens de papelaria como um grampeador ou resmas de folha. Restaria a aplicação do princípio da insignificância como uma busca de evitar que fossem cometidas injustiças.

Portando pode-se concluir após toda a análise que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal segue por uma linha mais justa de raciocínio, permitindo a aplicação do princípio da insignificância se verificado os requisitos e analisado o caso

concreto. Porém seria muito válido para o ordenamento jurídico como um todo que o entendimento acerca da matéria na aplicação do princípio da insignificância fosse harmônico, podendo assim evitar que seja feita toda essa analise em decisões de cada tribunal para buscar garantir a justiça e acabando, portanto, com a insegurança jurídica. Contudo há que se atentar que apesar de não haver uma punição penal, esse agente não venha a sofrer outra punição pelo delito cometido, afinal existem várias outras formas de se punir, pois existem várias outras alternativas para se fazer responder pelo dano causado de um forma que priorize maior razoabilidade.

Lembrando do caráter subsidiário do Direito Penal, que deve ser sempre lembrado como *ultima ratio,* cabendo sua aplicação apenas quando não houver outras alternativas, devendo sempre ser essa alternativa diversa e mais justa ao caso ser buscada prioritariamente, sendo ela eficaz para fazer com que o erro seja punido com o devido rigor que ação resultante no delito exige.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

COSTA, J. A. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4.

NUCCI, G. S. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 132.201/PB. Rel. Min. Celso Limongi. 6ª Turma, j. 20.10.2009, noticiado no informativo 412.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.382.289/PR - AgRg. Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª turma. j. 05.06.2014. DJe 11.06.2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC 26.012/CE. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª turma. j. 18.06.2009. DJe 10.08.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: RHC 23500/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 24/06/2011

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 107.370/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª turma. j. 26.04.2011. DJe 22.06.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 109.363/MG. Rel. Min. Ayres Britto. 2ª Turma. j. 11.10.2011, noticiado no *Informativo* 644.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 112.388/SP. Rel. Min. Ricardo Levandowski. 2ª Turma. j. 21.08.2012. DJe 14.09.2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 120.662/RS. Rel. Min. Teori Zavascki. 2ª Turma. j. 24.06.2014. DJe 21.08.2014.

8

A omissão na prestação dos serviços públicos essenciais

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho[1]

Introdução

A temática dos serviços públicos, comum tanto às ciências jurídicas quanto às políticas públicas, é corriqueiramente apontada pela doutrina como um tópico inevitavelmente complexo, devido aos vários sentidos que a expressão incorporou ao longo do tempo, variando de acordo com a estrutura das funções estatais em determinado contexto social, na tentativa de adequação às novas exigências mundiais de uma sociedade organizada. Dentre as inúmeras vertentes possíveis de abordar essa clássica questão, a omissão na prestação das atividades rotuladas como essenciais à coletividade ganha especial relevância diante do atual papel que o poder estatal vem exercendo na conjuntura descentralizadora das gestões, ocasionando modernas reflexões sobre a relação entre os

[1] Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Visitante da Divisão de Pós-Graduação e Educação Continuada da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro e Sócio Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). Membro da Academia Cearense de Direito (ACED). E-mail: marco.praxedes@tjce.jus.br.

serviços públicos e os direitos fundamentais. O caráter desenvolvimentista da sociedade hodierna nacional ultrapassou a fronteira antes exclusiva da iniciativa privada, fazendo parte obrigatória das agendas governamentais em todas as esferas, assumindo oficialmente o encargo de objetivo fundamental, onde a esforço da cooperação entre as unidades federativas se torna vital para alcançar o equilíbrio societário e bem-estar dos membros da coletividade.

No presente artigo a discursão em torno do conteúdo proposto foi abordado em dois grandes pilares temáticos. O primeiro, contendo uma proposta mais de contextualizar a questão central, focado propriamente na raiz do serviço público, foi investigado a problemática da conceituação da expressão, como também restou analisado a positivação do assunto no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo, adentrando propriamente no recorte medular da pesquisa, concentrando propriamente nas problemáticas da omissão do serviço público, foi examinado a evolução da responsabilidade extracontratual estatal, a inação como forma de manifestação governamental e a inércia das políticas públicas. Ao final restou concluído que apesar de multifacetária, houve considerável evolução na construção da temática.

1. Serviços públicos

Ultrapassada as fases mais primitivas da organização social onde as necessidades humanas eram desempenhadas de forma mais restrita pelas famílias, clãs e tribos, ou de forma mais ampla pelo escambo, comércio e organizações religiosas, chegamos a época denominada socioestatal, onde a responsabilidade está concentrada na figura do Estado, possuindo o dever de empreender todas as técnicas possíveis visando atingir a satisfação coletiva (ARAGÃO, 2013, p. 2). O favorável momento histórico, todavia, somente foi revitalizado após superadas as crises financeiras na Europa e Estados Unidos da América, atestando para a comunidade mundial

que o movimento da livre iniciativa das forças econômicas do mercado não tinha a capacidade de oferecer o equilíbrio social esperado, sobretudo em regiões subdesenvolvidas onde a desigualdade social é mais significativa. Nesse sentido, a recolocação da temática dos serviços públicos no atual cenário vem atrelada a uma nova roupagem, associada à moderna ideia de Estado Social de Direito, função contemporânea atribuída à Administração Pública, ressuscitando as calorosas discussões acerca da prestação destas atividades, contribuindo para o aperfeiçoamento teórico e prático dos serviços oferecidos à população.

1.1. A problemática conceituação do serviço público

Estabelecer um conceito irretocável sobre a temática dos serviços públicos não é tarefa considerada simples. Devido a sua noção apresentar um temperamento extremamente heterogêneo, possuindo um núcleo impreciso e flutuante, de uniformização bastante confusa e problemática, a definição varia conforme a realidade do cenário político, econômico, social e cultural da localidade investigada, alterando de acordo com o ambiente histórico de cada época e região.[2] O primeiro raciocínio utilizado na conceituação de serviço público foi o critério subjetivo, estabelecido unicamente a partir da entidade, idealizada enquanto organismo público, que presta a atividade de interesse coletivo. Com o passar do tempo, após o crescimento da titularidade das funções assumidas pelo ente central, os afazeres deixaram de ser prestados exclusivamente pelos órgãos estatais, sendo alguns destes ofícios transferidos aos parceiros da iniciativa privada, surgindo, assim, a necessidade da construção de outro argumento. Floresceu, então, o

[2] Esquadrinhando a literatura especializada é possível encontrar posicionamentos, a exemplo de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, defendendo a tese de que não existe serviço estatal naturalmente ou essencialmente público, sendo todos eles assim considerados em face de uma opção estritamente política, concretizados através da previsão normativa no ordenamento jurídico vigente (GROTTI, 2003, p. 88).

segundo raciocínio, utilizando o critério objetivo, demarcando o conceito de serviço público unicamente a partir da tarefa material exercida, devendo apresentar uma necessidade de interesse geral e exigência da coletividade. Com o passar do tempo, após a contemplação mais aprofundada desta edificação teórica, houve a percepção de que o manuseio do método seria exagerado e descabido, pois correria o risco de transformar qualquer atividade estatal desenvolvida em serviço público, surgindo, assim, a necessidade da construção de outro argumento. Germinou, então, o terceiro raciocínio, utilizando o critério formal, delimitando o conceito de serviço público unicamente através da identificação do regime jurídico especial de direito público, derrogando as normas de direito privado. Logo, é possível verificar que sua noção se apresenta aos operadores do direito como instituto jurídico excessivamente multifacetário, sendo imprescindível a leitura conjunta e harmônica dos três requisitos ventilados para conseguir edificar uma definição contemporânea deste complexo fenômeno. Agindo assim, estaremos nos esquivando de interpretações excêntricas, oferecendo mais grau de segurança jurídica nas relações instauradas (DAL POZZO, 2012, p. 70).

Diante da inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um conceito preciso de serviço público, abre-se a oportunidade aos seletos doutrinadores para construir suas próprias definições, embasados nos critérios que cada pesquisador isoladamente elenca como mais conveniente e oportuno, figurando muitas destas revelações como referências pátrias na compreensão mais contemporânea da matéria.

> De forma simples e objetiva, conceituamos serviço público como *toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade* (CARVALHO FILHO, 2016, p. 339).

Comparando o escrito formulado com outras definições encontradas na vasta literatura brasileira é possível verificar que as construções teóricas concebidas podem ser ordenadas em dois blocos distintos para melhor sistematização e compreensão. No primeiro grupo, de vertente mais tradicional, denominado sentido amplo, os cientistas operam um número menor de elementos para demostrar seus conhecimentos, ampliando, desta forma, a esfera de dimensão da conceituação. No segundo grupo, de tendência mais contemporânea, intitulado sentido estrito, os cientistas empregam um número maior de elementos na edificação de suas compreensões, restringindo, desta forma, o campo de abrangência da conceituação.[3] Em todas elas, porém, os critérios subjetivo, objetivo e formal se encontram presentes, dialogando permanentemente entre si, compondo a estrutura base das suas respectivas definições, umas com mais relevância do que outras, dependendo da postura adotada pelo pesquisador.

Observando a ausência de uniformidade na abordagem do conteúdo sob a ótica do princípio da especialidade, inerente às atividades desenvolvidas na seara administrativa estatal em geral, parece mais razoável que as tentativas de conceituação sejam realizadas no sentido restrito, oferecendo maior precisão científica no manuseio do instituto. Destarte, podemos conceituar a ideia do serviço público como sendo aquele conjunto de serviços ou atividades vinculadas à administração estatal, ofertadas à população em geral diretamente através de seus agentes funcionais ou indiretamente através de seus parceiros delegados, à sombra de um regime jurídico predominantemente de direito público, objetivando satisfazer as necessidades coletivas essenciais e escusáveis, a fim de promover o bem-estar social. Além da utilização do sentido restrito

[3] Vale registrar que Alexandre Santos de Aragão, ao investigar com maior profundidade o tópico dos sentidos admissíveis para a nomenclatura serviço público, ainda sustenta a possibilidade da existência de mais duas hipóteses de agrupamento para a expressão, trazendo à baila a concepção amplíssima e a concepção restritíssima, estabelecendo, desta forma, uma gradação ainda maior aos dois sistemas majoritariamente aceitos pela doutrina, potencializando as reflexões sobre o assunto (ARAGÃO, 2013, p. 138).

na edificação do conceito, foram levados em consideração a natural ampliação que a expressão sofreu em decorrência o desenvolvimento social no transcurso do tempo, como também a realidade brasileira tomando como referência a legislação pátria em vigor.

1.2. A positivação do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro

Analisando de forma extensiva a redação constitucional, é possível verificar uma grande quantidade de atividades distribuídas por todo seu corpo normativo, assinaladas como serviços públicos ofertados à coletividade, visando o seu aprazimento, imputando ao poder estatal a sua titularidade, bem como a missão da sua concretização. Restou consignado que todas as unidades federativas, sem exceção, possuiriam competências para executar serviços públicos, algumas delas com maior número de atribuições, a exemplo do serviço postal e correio aéreo nacional, do serviço de telecomunicação, do serviço de radiodifusão sonora, sons e imagens, atribuídos à União (art. 21, CF/88), outras, porém, com menor quantidade de atividades, a exemplo dos serviços locais de gás canalizado, conferidas aos Estados (art. 25, § 2º, CF/88) e dos serviços de interesse locais em geral, como o transporte coletivo, destinadas aos Municípios (art. 30, V, CF/88), outros, contudo, acumulando os ofícios de âmbito estadual e municipal, no caso do Distrito Federal (art. 32, § 1º, CF/88).[4] Muito embora quanto à extensão nossa estrutura constitucional seja considerada analítica, devido à complexidade do tema e do frequente dinamismo social não

[4] Existe uma divergência doutrinária com relação a certos tipos específicos de atividades estatais, a exemplo da saúde, educação, previdência social e assistência social, indagando se elas podem ser tipificadas como sendo de fato serviços públicos. Há pensadores entendendo que sim, sendo configuradas, inclusive, como importantes formas de intervenção estatal na ordem social (ZOCKUN, 2009, p. 177). Todavia, há outros cientistas entendendo que não, dando a preferência por classificar tais atividades como serviços sociais, pois embora o ofício seja de titularidade estatal são desenvolvidos livremente pelos agentes particulares (SUNDFELD, 2012, p. 83).

houve a pretensão em exaurir todas as hipóteses de atividades estatais prestadas, sendo, portanto, a listagem meramente exemplificativa.[5] Este raciocínio adota como base a técnica adotada pelo legislador constituinte originário no tocante a repartição de competências, ora horizontal, ora vertical, entre as unidades federativas, qual seja, o princípio da predominância dos interesses, utilizando a premissa de que há assuntos naturalmente alinhados com as utilidades locais, outras atividades, porém, mais direcionadas para um tratamento de âmbito regional, e algumas tarefas com nítida inclinação para uma regulação de perímetro nacional, na tentativa de uniformizar em solo brasileiro aquele tipo se serviço prestado, legitimando, desta forma, a presença do caráter autônomo dos entes que compõe a estrutura moderna do nosso estado. Desta forma, para suprir a omissão normativa, como forma de orientação para aqueles serviços enaltecidos como públicos não mencionados expressamente na redação constitucional, basta um simples exame em qual das esferas de interesse aquela atividade mais se harmoniza.

Assim, embora a titularidade da prestação do serviço público sempre permaneça nas mãos do poder estatal, sua execução poderá ser realizada indiretamente pelos agentes delegados, na forma da lei, através de ferramentas normativas específicas, sendo a concessão, permissão e autorização as mais conhecidas, inclusive com respaldo constitucional, por meio de licitação (art. 175, *caput*, CF/88).[6]

---

[5] Existe uma divergência doutrinária com relação ao extenso rol das atividades constitucionais ostensivamente ventiladas como serviços públicos. Há pensadores entendendo, em posição minoritária, que o catálogo é taxativo, sendo cabalmente ilegítima sua ampliação pela legislação infraconstitucional (AGUILLAR, 1999, p. 133). Todavia, há outros cientistas entendendo, em posição majoritária, que o catálogo é meramente exemplificativo, sendo absolutamente legítima sua ampliação pela legislação infraconstitucional, criando outros serviços não mencionados na redação constitucional (DAL POZZO, 2012, p. 122).

[6] Existe uma divergência doutrinária com relação a necessidade prévia de autorização legislativa visando a execução dos serviços públicos através da delegação das atividades por meio das concessões e permissões. Há pensadores entendendo, em posição minoritária, que é necessária lei autorizativa específica, devido a presença de interesses relevantes em discussão, devendo as casas legislativas competentes ponderar expressamente sobre a conveniência e oportunidade da outorga (JUSTEN

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A fim de regulamentar o dispositivo constitucional, especificamente no tocante a transferência das atividades estatais aos parceiros da iniciativa privada, foi editada a Lei nº 8.987/95, responsável pela disciplina contemporânea do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Também denominado de concessão ordinária ou comum, as diretrizes gerais estabelecidas pelo diploma legislativo alienígena criaram um sistema estável, uniforme e ordenado sobre a temática das outorgas de serviços públicos em toda a extensão do território nacional, porém, suas alíneas não trouxeram muita novidade aos operadores do direito, pois os recém-criados comandos normativos apenas incorporaram ao ordenamento jurídico pátrio as diversas conclusões já refletidas na doutrina e jurisprudência, com exceção da nova espécie de outorga intitulada concessão especial ou incomum, na modalidade patrocinada ou administrativa, advinda com a instituição da parceria público-privada, em face da promulgação da Lei nº 11.079/04 (MORAES FILHO, 2016, p. 275). A redação constitucional atribuiu, portanto, um poder funcional aos

FILHO, 2003, p. 176). Todavia, há outros cientistas entendendo, em posição majoritária, que não é necessária lei autorizativa específica, rotulando, inclusive, a exigência como inconstitucional, em face da nítida ingerência legislativa na esfera executiva, caracterizando ofensa não apenas ao princípio federativo, mas também violação ao princípio da separação dos poderes (DI PIETRO, 2015, p. 89; OLIVEIRA, 2016, p. 162; SOUTO, 2004, p. 48).

órgãos estatais, confiando a seus representantes o dever exclusivo na prestação dos serviços públicos à coletividade, oferecendo, contudo, alternativas para sua execução, limitados conforme os regramentos normativos em vigor.

Outra conclusão habilmente desenhada pelo legislador constituinte originário é a nítida diferenciação estabelecida entre prestação de serviço público e exploração de atividade econômica, muito embora ambos os institutos estejam expressamente profetizados no mesmo terreno pertencente à ordem econômica e financeira (MUKAI, 2007, p. 6). Enquanto o primeiro, serviço público, deve ser prestado diretamente pelo Estado ou indiretamente através dos instrumentos da concessão e permissão, com predominância do regime jurídico de direito público sobre o privado (art. 175, *caput*, CF/88), o segundo, atividade econômica, sempre que explorados diretamente pelo Estado, somente poderá fazê-lo quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou quando for relevante o interesse coletivo envolvido, conforme definidos em lei, devendo ser instrumentalizados por meio de empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, com predominância do regime jurídico de direito privado sobre o público (art. 173, *caput*, CF/88). Essa grande divisão entre o público e o privado, arquitetada imperativamente pelas alíneas do próprio texto constitucional, concebeu de forma bastante convincente o papel e o lugar de cada atividade desempenhada pelo Estado, visto que de certo lado estão localizadas a prestação dos serviços públicos, ofício de natureza não econômica, campo específico das ações envolvendo os órgãos estatais, embora podendo também ser desempenhadas pelos particulares delegados, ao passo que de outro lado estão as atividades de exploração econômica, seara típica das ações de interesses privados, embora podendo também ser desempenhadas pelo Estado, de forma bastante excepcional, em casos muito específicos. Assim, tomando como referência as lentes da interpretação constitucional, serviço público e atividade econômica não devem jamais ser confundidos, pois cada uma delas

revela atributos próprios, inerentes ao respectivo regime jurídico predominante, estando ao mesmo tempo ligeiramente interligados, mas inteiramente desassociados.[7]

2. Omissão na prestação dos serviços públicos

Para tratar sobre a omissão na prestação dos serviços públicos se torna necessário explorar, inicialmente, algumas linhas do eixo temático da responsabilidade extracontratual do Estado, tópico frequentemente associado à ideia da responsabilidade civil, questão repleta de sutilezas, principalmente quando invocamos os fundamentos históricos da doutrina da culpa e do risco que serviram de fundamento para a evolução do instituto. Nesta linha, imperioso estabelecer uma distinção entre as duas vertentes terminológicas chaves da responsabilidade: a correlação ao quesito "civil" ocorre pelo fato dos prejuízos causados aos particulares terem natureza patrimonial, gerando um encargo reparatório de índole pecuniária; a correlação ao quesito "extracontratual" ocorre pelo fato dos prejuízos causados aos particulares fazerem parte das relações jurídicas de sujeição geral, gerando, semelhantemente, um encargo reparatório de índole pecuniária. Desta forma, é possível afirmar que todas as indenizações devidas pelas unidades estatais investigadas neste tópico se originam de uma relação formada entre representantes públicos e pessoas sem vinculação com a administração governamental, ao passo que as verbas reparatórias advindas da vinculação contratual estatal já formada são disciplinadas por regras específicas, diferentemente das estudadas neste ambiente. Também se mostra relevante o emprego adequado da expressão-título para representar mais adequada e corretamente o assunto, sendo melhor acolhida aquela onde a responsabilidade recai sobre a figura do Estado, ao invés daquela onde o ônus

[7] Interessante realçar que, em posição minoritária, existem doutrinadores, a exemplo de Eros Roberto Grau, que não estabelecem essa relação dicotômica entre serviço público e atividade econômica de maneira tão delineada (GRAU, 2015, p. 89).

descambar sobre a figura da Administração Pública, visto que apenas o primeiro é dotado de personalidade jurídica, titular de direitos e obrigações, respondendo pelos atos e omissões que seus agentes, nesta qualidade, tenham causado à terceiros.[8] Além disso, não devemos confundir, como reflexo da atuação estatal, a necessidade de indenização pela violação aos direitos de terceiros, fruto do exercício de condutas normalmente ilícitas, espírito da responsabilidade extracontratual, da necessidade de ressarcimento pelo sacrifício aos direitos de terceiros, fruto de condutas lícitas, restrição patrimonial imposta mediante o devido processo legal.

2.1. A evolução da responsabilidade extracontratual do Estado

A fim de estabelecer uma compreensão mais sistêmica do assunto, se mostra oportuno investigar, ainda que em breves alíneas, a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado. Muito embora o assunto não seja totalmente pacífico na doutrina, corriqueiramente a literatura costuma apontar três diferentes fases para dissertar sobre o desenvolvimento deste ponto, afirmando que a despeito de cada uma delas estabelecer suas particularidades, todas possuem como meta a proteção do indivíduo, fato que ocasiona, inevitavelmente, a limitação da atuação estatal.[9] Curioso ressaltar que a alternância entre as teorias acerca da responsabilidade pública acabam representando não somente um desenvolvimento isolado e pontual desta questão no ambiente jurídico, mas refletem, também, a evolução da própria figura do Estado, indicando, por exemplo, a transformação do grau de

[8] A doutrina mais clássica, a exemplo de Hely Lopes Meirelles, prefere utilizar a expressão responsabilidade civil da Administração Pública, pois existe uma compreensão de que, em princípio, os atos políticos não geram responsabilidade civil (MEIRELLES, 2016, p. 655). A doutrina mais moderna, a exemplo de Irene Patrícia Nohara, prefere utilizar a expressão responsabilidade civil do Estado, pois existe uma compreensão de que os atos políticos, quando arbitrários, tomando como base, no mínimo, os parâmetros constitucionais estabelecidos, geram responsabilidade civil (NOHARA, 2016, p. 769).

[9] MAZZA, 2016, p. 366; OLIVEIRA, 2016, p. 726.

proteção dos indivíduos no contexto social de cada período histórico. Se por um lado há uma natural e crescente tendência pela tutela normativa e jurisdicional dos direitos individuais e coletivos inerentes aos cidadãos, por outro ocorre uma progressiva e contínua limitação da atuação estatal na ingerência da esfera privada, assumindo o poder público uma posição mais equidistante e fiscalizadora. Assim, impossível dissertar sobre as teorias da responsabilidade extracontratual do Estado sem esquivar-se do lento e gradativo processo evolutivo da história da humanidade, marcado por sucessivos acontecimentos com repercussão mundial.

A primeira, fase da irresponsabilidade civil, também denominada de teoria feudal, regalista ou regaliana, era marcada pela completa ausência de responsabilidade dos agentes públicos que exerciam o poder, se estendendo, inclusive, aos indivíduos por eles nomeados. O fundamento da irresponsabilidade estava respaldado na concepção político-teológica que embasava a origem do poder nos Estados Absolutistas da época, sendo os governantes representantes divinos na terra, onde a figura do monarca era confundida com a figura do Estado, possuindo a vontade do rei força de lei. Algumas célebres frases são frequentemente invocadas como forma de ilustrar a realidade histórico-social vivenciada, são elas: "o rei não erra" (*the king can do no wrong*), "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei" (*quod principi placuit habet legis vigorem*), "o Estado sou eu" (*l'État c'est moi*), "o rei não pode fazer mal" (*le roi ne peut mal faire*), dentre outras. Neste cenário de soberania celestial e inerrância divina, impossível prognosticar a viabilidade de uma busca jurisdicional indenizatória dos súditos em face das lesões originadas pela atuação governamental, sendo inconcebível atribuir qualquer tipo de falha aos agentes estatais, consideradas autoridades incontestáveis, dotadas de poderes irrestritos e imunidade compensatória. O paulatino desmanche da noção de irresponsabilidade teve início com a influência do direito francês no início de século XIX, impulsionados pelas ideias revolucionárias que borbulhavam no continente europeu, tendo como principal marco

histórico a célebre decisão tomada nos casos Blanco e Pelletier, ambos julgados em 1873 pelo Tribunal de Conflitos da França, encontrando-se completamente ultrapassado na atualidade.[10] Oportuno ressaltar que, apesar da enorme contribuição da literatura europeia para a formação do direito administrativo brasileiro, a teoria da irresponsabilidade civil não teve incidência na legislação nacional.

> A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo Crown Proceeding Act, de 1947, e pelo Federal Tort Claims Act, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes. (MEIRELLES, 2016, p. 618).

A segunda, fase da responsabilidade civil subjetiva, também denominada de teoria civilista, intermediária, mista ou responsabilidade com culpa, era marcada pela viabilidade, ainda que parcial, da obrigação do Estado de arcar com os danos causados aos particulares. O fundamento da responsabilidade estava sustentado na teoria do fisco, sustentando a existência de uma dupla personalidade estatal, diferenciando a figura do Estado enquanto pessoa dotada de soberania, responsável pela emissão de atos de império (*jus imperii*), com posição de supremacia em relação ao particular, sendo representado pela ilustração do monarca, da figura

[10] Em apertada síntese, o caso Aresto Blanco, como ficou mundialmente conhecido, ocorreu em 3 de novembro de 1871, quando uma menina de 5 anos chamada Agnès Blanco foi gravemente atingida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, empresa estatal de Bordeaux, enquanto brincava na rua, tendo sua perna amputada. Inconformado, o pai da garota, Jean Blanco, em 24 de janeiro de 1872, entrou com uma ação de reparação civil em desfavor do Estado francês reivindicando indenização patrimonial em face dos prejuízos causados. Devido ao modelo do contencioso administrativo adotado à época, surgiu um conflito entre a jurisdição judicial (causas sem a presença estatal como parte) e a jurisdição administrativa (causas com a presença estatal como parte), sendo necessária a intervenção de Jules Armand Stanislas Dufaure, Guardião dos Selos, para decidir de quem era a competência para analisar a questão. Devidamente apreciado pelo Tribunal de Conflitos, em 8 de fevereiro de 1873, a demanda foi julgada procedente, responsabilizando o Estado pelos prejuízos provocados à vítima pela falta do serviço, concedendo pensão vitalícia a garota.

do Estado enquanto conjunto patrimonial denominado fisco, responsável pela emissão de atos de gestão (*jus gestionis*), com posição de igualdade em relação ao particular, sendo representado pelo tesouro público. A forma estratégica como esta teoria foi edificada permitia atribuir ao órgão estatal o múnus de responsabilizar aqueles indivíduos comprovadamente lesados pelas ações envolvendo os agentes públicos sem, contudo, afetar a figura central do monarca, mantendo, desta forma, intocável o simbolismo que exercia no ambiente social. Com o passar do tempo foram surgindo grandes movimentos oposicionista à construção, ficando evidenciado que a demonstração obrigatória da culpa do agente público (culpa individual) como requisito indispensável para a configuração da responsabilidade estatal, simultaneamente ao ato praticado, dano causado e nexo causal, estava dificultando bastante a formação probatória da vítima, em face da hipossuficiência do lesado frente a complexidade da organização administrativa, sendo necessário que o instituto evoluísse, a fim de alcançar uma nova tese que abarcasse todas as peculiaridades dessa relação assimétrica na tentativa de diminuir o agressivo o desequilíbrio entre as partes envolvidas. Em resposta ao apetite evolucionista, essa primeira fase da teoria civilista foi enfim superada pela noção da falta do serviço (*faute du service*), iniciando uma segunda fase da teoria civilista, deixando de analisar os atos de império e atos de gestão, para investigar a culpa anônima ou culpa do serviço. Assim, de acordo com essa hipótese, para restar configurada a responsabilização estatal a vítima lesionada estaria dispensada da identificação do agente público culpado pelo dano, ou seja, da exibição da culpa individual, sendo apenas necessária a demonstração de que o serviço público não funcionou de forma adequada, ou seja, da exibição da culpa do serviço, sendo cabível em três diferentes esferas – o serviço não funcionou, o serviço funcionou, mas de forma mal, o serviço funcionou, mas de forma atrasada – ampliando, desta forma, as circunstâncias de alegação da falta do serviço, tornando cabível a responsabilidade estatal independente da configuração da culpa do

agente público. Oportuno ressaltar que a teoria da responsabilidade civil subjetiva ainda é, excepcionalmente, aplicada na seara do direito público brasileiro, sobretudo nos danos por omissão e nas ações regressivas.

A terceira, fase da responsabilidade civil objetiva, também denominada de teoria publicista ou responsabilidade sem culpa, é marcada pela viabilidade integral do Estado arcar com os prejuízos causados aos particulares. O fundamento da responsabilidade está apoiado na teoria do risco administrativo (culpa administrativa), sendo desnecessária a comprovação dos requisitos subjetivos do agente público, transferindo a questão da investigação da atuação com dolo ou culpa para a fase processual da ação regressiva, na tentativa estatal de recuperar o montante pago ao particular a título de indenização. A lógica nesta construção teórica, mais objetiva e realista à seara publicista, está cristalizada na ideia geral de que, todo aquele que presta um serviço público à coletividade está assumindo implicitamente, nas entrelinhas da relação instaurada, um risco pelos danos que eventualmente o exercício destas atividades venha a causar. Desta forma, além do afastamento da necessidade de comprovação da culpa individual do agente público, também está dispensada a constatação da culpa anônima para responsabilizar o poder governamental pelos danos gerados aos indivíduos lesados, sendo exigido, apenas, a demonstração do fato do serviço, ao lado do ato praticado, dano causado e nexo causal. Vale ressaltar que a responsabilidade objetiva foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em meados da década de cinquenta, logo após o final da segunda guerra mundial, inicialmente pelo art. 194 da Constituição Federal de 1946, sendo posteriormente mantidas pelas demais cartas federais, no art. 105 da Constituição Federal de 1967 e no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.[11] Atualmente, a teoria publicista, na modalidade risco

[11] Interessante analisar como o assunto era disciplinado na íntegra: Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários

administrativo, está alocada no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, consolidando a questão da responsabilidade objetiva no ambiente jurídico.

> Art. 37. (...)
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A redação constitucional em vigor revela, ainda, um notável alargamento dos entes passíveis de sofrerem provocação jurisdicional em busca do ressarcimento dos danos provocados, inovando com relação às cartas pretéritas. Nestes termos, além das tradicionais pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos também são alcançadas pelo regramento maior, assegurando aos lesados o direito de buscar a tutela jurisdicional em desfavor destes personagens, novos parceiros da administração pública nacional. Logo, todas as pessoas jurídicas de direito privado que possuam legitimidade para executar serviços de interesse coletivo são enquadráveis no leque apresentado, dentre elas podemos mencionar as fundações governamentais, empresas públicas, sociedades de economia mistas, além de todas as delegatárias, tais como as concessionárias e permissionárias, dentre outras. No tocante aos integrantes do terceiro setor, embora exista relativa divergência doutrinária quanto ao modelo de responsabilidade aplicada, prevalece o entendimento que a reparação civil mais condizente é a categoria objetiva, desde que os entes de cooperação recebam, a qualquer título, delegação do Poder Público, para o

---

causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (Constituição Federal de 1946); Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (Constituição Federal de 1967); Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (Constituição Federal de 1969).

exercício do serviço coletivo.[12] Essa ampliação dos legitimados a figurarem na extremidade passiva da ação de recomposição patrimonial é fruto do novo modelo de gestão pública, mais especializada e descentralizada, engrandecendo a lista de direitos dos usuários.

Imperioso realçar que muito embora o art. 43 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) tenha ratificado o texto constitucional, reafirmando a tese da responsabilidade objetiva dos agentes públicos, como regra geral, nada foi dito com relação aos seus companheiros de natureza jurídica privada, responsáveis pela execução dos ofícios de interesse coletivo.

> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Porém, diante da supremacia do texto constitucional, posição hierarquicamente superior às demais normatizações ordinárias, regente interpretativa de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a omissão legislativa do novo estatuto privatista é considerada totalmente irrelevante, não maculando o espírito do regramento já claramente arquitetado do instituto da responsabilidade. Também é possível inferir, pela nova formulação constitucional, que a responsabilidade civil objetiva do Estado se apresenta modernamente no ordenamento jurídico brasileiro como uma nítida garantia dos usuários dos serviços ofertados à sociedade, independentemente de quem execute formalmente a atividade pública, simplificando bastante a atividade jurisdicional daqueles eventualmente lesados.

[12] Nesse mesmo sentido: DI PIETRO, 2016, p. 649; MEIRELLES, 2016, p. 661; NOHARA, 2016, p. 791. Em sentido contrário estão: CARVALHO FILHO, 2016, p. 552.

2.2. A omissão como forma de manifestação governamental

Impossível visualizar que a manifestação da complexa sociedade moderna ocorra somente pelas condutas comissivas, sendo também possível sobrevir o comprometimento em face da ausência de manifestação, seja parcial ou completa. Todavia, a discussão em torno da questão da responsabilidade civil estatal pela omissão na prestação dos serviços públicos não é nova, sendo alvo de inúmeros debates acadêmicos e diversas manifestações jurisprudenciais controvertidas, temática que envolve necessariamente um diálogo aberto entre o direito civil e o direito administrativo. Analisando literalmente o regramento normativo constitucional, principal dispositivo que aborda o assunto, pode aparentar, em uma análise mais apressada e superficial, que legislador originário simplesmente ignorou qualquer margem de possibilidade da existência de responsabilidade no contexto omissivo, tendo priorizado a conduta ativa dos agentes públicos, responsáveis por causar danos aos particulares. Contudo, é unânime na doutrina e na jurisprudência brasileira o reconhecimento de que a figura estatal, como pessoa jurídica de direito público, pode ser responsabilizada pelas condutas omissivas danosas que seus agentes, nesta qualidade, tenham causado aos terceiros em geral, principalmente aos usuários dos serviços públicos. A fundamentação não está atrelada a nenhuma outra inovação normativa, mas ao próprio dispositivo constitucional, partindo do princípio de que o prejuízo pode ser originar de uma conduta de agir positivamente ou de agir negativamente.

> Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva. Esta noção é, hoje, curial do Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o

> dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. (MELLO, 2016, p. 654).

A terminologia portuguesa omissão tem origem na palavra latina *omissione*, do verbo *omittere*, que significa falta, lacuna, descaso, supressão, inação, abandono, perda, renúncia, ausência de ação, não falar de. Desta forma, empregando o vocábulo na linguagem técnico-jurídica constitucional, é possível identificar uma espécie peculiar de regramento no tocante a responsabilidade civil estatal: o poder público respondendo pelas suas práticas omissivas, quando for possível a verificação de que a inércia foi apontada como o motivo determinante para a caracterização do prejuízo. O embasamento se justifica no fato de que a inação do poder público não conseguiu impedir a ocorrência de um resultado lesivo na esfera patrimonial do indivíduo, ou seja, a inexistência de uma conduta proativa dos agentes estatais foi assinalada como sendo a causa fundamental para a ocorrência do prejuízo na seara da vida privada da pessoa afetada. Nestes termos, o raciocínio ventilado nos ensina que não existe uma atividade estatal propriamente dita, mas uma ausência de atividade pública, sendo esta omissão incapaz de impedir a ocorrência de um resultado lesivo que tinha o dever de evitar, isto é, a configuração do não agir, quando tinha a incumbência expressa ou implícita de assim se comportar, torna a lesão indenizável. A permissão da responsabilização estatal com base na prática omissiva de seus agentes tem como espírito garantir uma resposta social eficaz contra eventuais arbítrios e abusos oriundos do poder público.

Ao contrário das outras duas modalidades comissivas de responsabilidade civil, extraídas do mesmo regramento constitucional, que não apresentam nenhuma divergência quanto aos estilos, sendo de natureza objetiva aquela que disciplina a relação entre o poder público e os terceiros prejudicados pela atividade prestada, e de natureza subjetiva aquela que disciplina a relação entre o poder público e os agentes estatais causadores dos

prejuízos, a seara da omissão não possui similar unanimidade, havendo grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência. Investigando a doutrina nacional mais abalizada, vamos encontrar boa parte dela dividida, formando três blocos de pensamento: o primeiro, defendendo a ideia de que o tipo de responsabilidade mais adequada deveria ser a objetiva; o segundo, salvaguardando a tese de que o tipo de responsabilidade mais adequada deveria ser a subjetiva; o terceiro, agasalhando a proposição de que o tipo de responsabilidade mais adequada dependerá do grau de omissão. Em paralelo, a jurisprudência dos principais tribunais superiores possui um entendimento mais solidificado, prevalecendo a noção da responsabilidade civil subjetiva, caracterizando tarefa obrigatória a comprovação da culpa ou dolo estatal, tais como as situações envolvendo a falta de policiamento ostensivo em locais de alta periculosidade, a mora da administração no cumprimento de ordem judicial, o acidente causado por animais soltos em rodovias, o ato de multidão ou agrupamento de pessoas quando se esperava uma atuação estatal, dentre outros.[13]

No tocante ao primeiro raciocínio, entendem os pesquisadores tradicionais que o referencial abstrato que alimenta a incidência da teoria da responsabilidade por omissão é a noção de risco administrativo.[14] Também utilizada na responsabilidade civil por atos estatais comissivos, a edificação teórica não se limitaria somente às condutas ativas dos agentes públicos, mas estariam disseminadas pelo nosso ordenamento jurídico, seguindo uma tendência mundial pela objetivação do compromisso estatal de ressarcir os danos causados, atingindo, inclusive, as condutas omissivas. Esse posicionamento é bastante criticado pela maioria dos pensadores mais contemporâneos, visto que a construção teórica não faz qualquer distinção entre ação e omissão do agente público, retratando uma forma tradicional de interpretar a temática

[13] STF: RE 179147/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27/02/1998.

[14] MEIRELLES, 2016, p. 623; CARVALHO FILHO, 2016, p. 567; OLIVEIRA, 2016, p. 740.

da responsabilidade extracontratual, alheia ao contexto jurídico-administrativo moderno.

No tocante ao segundo pensamento, entendem os pesquisadores contemporâneos que o referencial abstrato que alimenta a incidência da teoria da responsabilidade por omissão é a noção de culpa administrativa, culpa anônima ou falta do serviço.[15] Todavia, vale ressaltar que não é qualquer forma de inércia capaz de levar ao comprometimento indenizatório do poder público, estando apenas certos tipos específicos de omissão devidamente habilitadas a fundamentar o dever legal do ressarcimento pelo dano provocado, todos atrelados a previsão normativa responsável por tornar obrigatória a prática da conduta não cumprida. Em outros escritos, a figura estatal, enquanto pessoa jurídica de direito público, só poderá ficar civilmente encarregada do efeito indenizatório do prejuízo causado quando existir previsão legislativa anterior estabelecendo que aquela conduta, apontada como omissiva, era considerada uma prática obrigatória dos agentes públicos. Desta forma, como as pessoas encarregadas da execução do serviço não poderiam ter se furtado ao exercício da respectiva atividade, é bastante comum na doutrina referência à proposição conclusiva de que a omissão capaz de gerar a responsabilidade é aquela violadora de um dever legal de agir, sendo cabível a indenização quando configurada as hipóteses de omissão dolosa ou omissão culposa. A diferença entre elas repousa na intenção do sujeito: na primeira, o agente estatal responsável pelo serviço resolve simplesmente não praticá-lo, se omitindo conscientemente, não evitando o prejuízo, agindo dolosamente; na segunda, o agente público responsável pelo serviço o pratica normalmente, porém, de forma negligente, não evitando, igualmente, o prejuízo, agindo culposamente. Portanto, na busca pela tutela jurisdicional, a vítima lesionada deverá comprovar

[15] DI PIETRO, 2016, p. 650; DINIZ, 2014, p. 31; FIGUEIREDO, 2008, p. 275; GASPARINI, 2012, p. 990; MARINELA, 2016, p. 984; MAZZA, 2016, p. 330; MELLO, 2016, p. 672; MELLO, 1979, p. 487; STOCO, 2014, p. 963.

a omissão contendo o dolo ou a omissão contendo a culpa, esta através da negligência, imprudência ou imperícia.

No tocante ao terceiro discernimento, entendem os pesquisadores modernos que o referencial abstrato que alimenta a incidência da teoria da responsabilidade por omissão é a noção de risco administrativo em conjunto com a noção de culpa administrativa.[16] Trata-se de uma definição de responsabilidade extracontratual híbrida, possuindo dupla face, a de acordo com o grau de inoperância estatal. Nesta esteira, caso seja identificada uma omissão estatal genérica, ou seja, relacionada aos descumprimentos das obrigações gerais de ação do poder público, a responsabilidade mais apropriada será a subjetiva; por outro lado, caso seja identificada uma omissão estatal específica, isto é, relacionada aos inadimplementos dos deveres jurídicos específicos, a responsabilidade mais apropriada será a objetiva.

2.3. A omissão dos serviços públicos essenciais e a inércia das políticas públicas

Após ultrapassados muitos séculos de evolução da relação entre sociedade e poder público, nos tempos atuais visualizamos uma grande movimentação intervencionista estatal na esfera da vida privada, dinamismo social fundamentado, sobretudo, no monopólio legítimo do uso da força, configurando-se como um potencial causador de lesões aos seus respectivos administrados. Agindo de maneira complexa, o poder público não trabalha apenas de forma negativa, abstendo-se daquelas ações que eventualmente teriam a capacidade de violar os direitos fundamentais, mas opera, também, de maneira positiva, naquelas ações preventivas com a finalidade de proteger os direitos fundamentais contra possíveis ameaças e violações, esquivando-se da obrigação de indenizar os terceiros lesados, recompondo patrimonialmente sua realidade

[16] CASTRO, 2005, p. 37; CAVALIERE FILHO, 2015, p. 231.

anterior. Um dos principais mecanismos de revelação da vontade estatal na preservação da harmonia social é a prestação dos serviços públicos essenciais, questão intimamente atrelada ao fornecimento das necessidades elementares para uma sobrevivência digna da humanidade, caracterizando a omissão na sua execução como falta grave, afetando o equilíbrio na manutenção da própria espécie humana.

Como explorado em tópicos anteriores, muitos dos serviços públicos oferecidos à população apresentam uma natureza de obrigação jurídica, devendo ser prestados de maneira cogente, seja diretamente pelo poder público ou indiretamente pelos agentes delegados. O principal motivo responsável por elevar certas atividades a níveis diferenciados de categoria é a sua extrema importância para a preservação da vida humana e manutenção da organização social, tornando muitos destes ofícios essenciais, objetivando oferecer condições mínimas de sobrevivência digna a fim de perpetuar a espécie. Nesse compasso, não seria leviano afirmar que o espírito central que move as políticas públicas, no contexto atual nacional, é através da procura do mínimo existencial promover a inclusão social, na tentativa de preencher as inúmeras lacunas que realidade histórica brasileira deixou, solidificando, paulatinamente, o regime democrático. Dentre os vários serviços públicos com essa roupagem estão o tratamento e abastecimento de água, a produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis, a assistência médica e hospitalar, a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos, o transporte coletivo, a captação e tratamento de esgoto e lixo, dentre outros arrolados no art. 10 da Lei nº 7.783/89. Ao cumpriu sua parte institucional, catalogando as atividades objetivamente consideradas essenciais, o legislador deslocou para outros poderes, especialmente o executivo, a missão de administrar os recursos públicos a fim de garantir a prestação dos serviços predestinados à população, além de outros ofícios que achar relevante. Nesse contexto, tais atividades não podem simplesmente serem desprezadas pelos governantes,

largadas à margem da própria sorte, desprovidas de suporte político, carentes de apoio institucional, devendo necessariamente integrar a agenda dos agentes públicos encarregados desse múnus, sob pena de violação ao ordenamento jurídico, sujeita a controle jurisdicional. Logo, é possível inferir que muitas ações governamentais ocorrem não por vontade político-partidária ou sentimentalismo cívico-nacionalista, mas unicamente por que tinham obrigatoriamente que ocorrer, por determinação legal.

No estudo das ciências sociais aplicadas é bastante comum a afirmativa de que as necessidades coletivas são sempre maiores do que os recursos públicos disponíveis para serem investidos. Muito embora a assertiva possua veracidade na prática administrativa, ela não tem validade de incidência quando estivermos diante de serviços públicos com a natureza da essencialidade, tendo os gestores públicos a obrigação de atenderem fielmente esse grupo de atividades, dando a eles uma atenção especial no momento da realização do planejamento dos instrumentos orçamentários. A mais complexa destas ferramentas é o Plano Plurianual (PPA), funcionando como uma grande moldura legal e institucional, regendo a alocação de recursos públicos daquelas medidas relacionadas como prioritárias.

> O plano plurianual, mais popularmente conhecido pela utilização da abreviatura PPA, veio expressamente proferido no art. 165, I da Constituição Federal de 1988, sendo regulamentado pelo Decreto nº 2.829/1998, que estabeleceu normas gerais para sua elaboração e execução. Em apertada síntese, é possível afirmar que o plano plurianual é um instrumento oficial de planejamento governamental de médio prazo, responsável por organizar e viabilizar as grandes ações políticas do governo eleito em curso, tornando público quais são as diretrizes, os objetivos e as metas para um lapso temporal de quatro anos. É por meio desse documento estratégico que o roteiro para a execução do conjunto das políticas públicas governamentais prioritárias é formalmente sistematizado e apresentado à sociedade, estabelecendo parâmetros objetivos para uma gestão responsável, e devem estar

> embasados, sobretudo, naqueles compromissos firmados durante o período da campanha eleitoral, objetivando cumprir os fundamentos, os objetivos e os princípios constitucionais arrolados no texto maior. (MORAES FILHO, 2017, p. 57-8).

Ultrapassado o ciclo de redemocratização do país no final da década de oitenta, o instituto do plano plurianual vem se apresentando atualmente como o principal instrumento estratégico orçamentário na governança pública brasileira. Assim, a forma clara de expor as diretrizes, os objetivos e as metas do governo central para um período quadrienal fez deste utensílio morada obrigatória do repositório financeiro estatal, apontando, inclusive, os investimentos realizados nas atividades essenciais, orientando, ainda que de forma genérica, as demais leis orçamentarias. Em face desta programação orçamentária a tese da reserva do possível, invocada corriqueiramente pelos representantes jurídicos no momento defensivo das estatais, alegando limitação orçamentária para suprir as demandas propostas, não possui mais, regra geral, suporte para justificar a aplicação insuficiente de recursos públicos nestas esferas especiais. Aos habilidosos especialistas em planejamento orçamentário, integrantes da equipe governamental, normalmente através nomeação especial para exercerem o cargo, competirá a habilidosa missão de identificar tais serviços públicos de competência daquela respectiva unidade federativa e gerir sabiamente os recursos para serem utilizados ao longo do período do mandato eletivo. A reserva do possível será aceita apenas em situações bastante pontuais, desde que a inexistência de quantia suficiente para custear o aparato dos serviços essenciais seja demostrada objetivamente, com farto documento probatório.

Nessa linha de raciocínio, a omissão estatal na execução das atividades essenciais normalmente ocorre não pela ausência de recursos, como habitualmente é ventilado pelas estatais em suas defesas pirotécnicas, mas pela falta de planejamento orçamentário. Sujeita a flutuações políticas e interferências externas, devido à natureza transitória e instável dos mandatos, o executivo, nas

últimas décadas, não vem conseguindo, apesar dos esforços declarados, atender as demandas da coletividade, transformando a promessa normativa em uma grande ilusão constitucional. A inércia, tão significativa na esfera jurisdicional, elevado ao nível de princípio regente da imparcialidade na atuação dos magistrados, um dos pilares do devido processo legal, assegurando uma aproximação do imaginário de justiça nas decisões exaradas, não é muito bem vista na seara do executivo, devendo possuir dinamismo próprio, independentemente de qualquer provocação. Portanto, a inação do responsável em colocar em prática as medidas satisfatórias visando atender aos programas governamentais de índole social viola não apenas uma função típica do poder incorporada na própria arquitetura estatal, mas também despreza o espírito social expressamente consagrado em sede constitucional, papel histórico fundamental na superação do modelo liberal. Um dos atributos do ato administrativo, entendido como o resultado do desempenho da função administrativa, forma primária de manifestação da vontade governamental, é a autoexecutoriedade, traduzido na capacidade que a administração possui de executar suas próprias decisões sem ficar submissa a manifestação expressa de outros poderes. A discricionariedade, analisada com o enfoque de prerrogativa inerente a administração pública, também não pode ser invocada para justificar a omissão governamental, mesmo nos atos políticos, caracterizados pela ampla margem de atuação nas condutas estatais, ficando os chefes do executivo atrelados a certos parâmetros e obrigações, algumas delas ratificadas pelas disposições constitucionais. Muito embora as emendas tenham alterado sensivelmente a proposta original constitucional, o texto ainda continua exalando a rede de proteção social, buscando a implementação da justiça social.

Nos tempos modernos, também é perceptível que a ineficácia do executivo não está atrelada somente à omissão propriamente dita, mas a manipulação do patrimônio coletivo em benefício de uma minoria de privilegiados. Os integrantes da polícia federal,

juntamente com os procuradores de justiça federal e membros do Poder Judiciário federal tem conseguido, nos últimos anos, desbaratar verdadeiras quadrilhas de colarinho branco instaladas dentro do executivo federal, tornando evidente a presença do fator pessoalidade nas decisões da administração pública, relações que funcionavam à base de propina. A utilização da máquina pública em benefício pessoal ou em favor de um pequeno grupo não é novidade em solo brasileiro, que a muitos séculos padece deste contínuo incômodo, fenômeno atrelado ao próprio contexto histórico-mercantilista da colonização portuguesa, fruto da nociva herança lusitana. Como nossa biografia evolutiva sempre esteve associada à cultura de exploração comercial, atendendo preferencialmente aos interesses empresariais da metrópole, a sociedade brasileira se desenvolveu marcada pela desigualdade social, convivendo desde os primórdios atrelados a política do favorecimento, sobrando pouco espaço para o desenvolvimento da moral na seara administrativa. Na tentativa de minimizar esse ambiente propício ao nepotismo e corrupção, a temática da probidade na gestão dos interesses coletivos sempre mereceu atenção redobrada da atividade legiferante, tanto a nível constitucional quanto a nível infraconstitucional, procurando disciplinar seu manuseio, procurando inibir ao máximo a prática de abusos. Atualmente, o trato da honestidade da gestão da coisa pública apresenta duas normatizações básicas: o art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988, trazendo em suas alíneas a possibilidade genérica de responsabilização daqueles envolvidos em condutas desta natureza, como também a Lei nº 8.429/92, responsável pela regulamentação do texto maior, elaborado com a finalidade de combater o hábito da corrupção. De função preventiva, com propósito moralizador, as novas disposições assumem a postura de um verdadeiro código de conduta em defesa da moralidade administrativa, repreendendo o enriquecimento ilícito.

3. Considerações finais

Apresar da complexidade do tema, foi possível verificar pela investigação que a omissão na prestação dos serviços públicos considerados essenciais vem sendo modernamente dialogado pelos estudiosos com relativo desembaraço e certa tranquilidade, apesar de alguns tópicos ainda se mostrarem bastantes divergentes, fruto das constantes reflexões relacionados com os direitos fundamentais. Todas as fases ultrapassadas pela teoria da responsabilidade extracontratual da figura estatal ao logo do tempo refletem não somente um desenvolvimento isolado e pontual desta questão no ambiente jurídico, mas retrata o amadurecimento do poder central enquanto instituição, tendo como premissa elementar e comum a proteção dos indivíduos e a manutenção da organização social, transformando a inação dos serviços públicos em forma de manifestação governamental. Ficou demostrado que a omissão das atividades essenciais não ocorre, como regra, pela ausência de recursos, mas pela falta de planejamento orçamentário e ausência de políticas públicas eficientes, devido sobretudo à natureza transitória e instável dos mandatos do executivo, desprezando o espírito social expressamente consagrado no texto constitucional, papel histórico fundamental na superação do liberalismo.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. As consequências da interrupção do serviço público: fiscalização, intervenção e segurança jurídica na extinção contratual. **Revista Controle: Doutrina e Artigos**, Fortaleza/CE, v. 14, n. 2, p. 271-299, jul./dez. 2016.

_____. Diagnóstico e propostas para o Nordeste no Plano Plurianual 2016-2019: concepções de desenvolvimento e crescimento. **Revista Controle: Doutrina e Artigos**, Fortaleza/CE, v. 15, n. 1, p. 54-85, jan./jun. 2017.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito administrativo das concessões**: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos, outras formas de gestão associada. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

9

A aplicação dos princípios da estabilidade financeira e irredutibilidade salarial nas gratificações incorporadas dos servidores públicos

Marina Medeiros Galeno[1]
Paloma Cavalcante de Alencar Braga[2]

Introdução

Não é de hoje a preocupação dos servidores públicos referente às garantias que estão incorporadas aos seus rendimentos. Diante dessa inquietude, a Constituição Federal de 88 resguardou o direito de irredutibilidade salarial e estabilidade financeira, baseado principalmente no pressuposto de que o salário é um direito fundamental do trabalhador e que este não é tão somente de natureza alimentar, mas também garante ao trabalhador questões de cunho pessoal, social e essencial do indivíduo.

Nesse contexto, a Constituição Federal no artigo 100, § 1º, caracteriza o salário como sendo o meio de subsistência do empregado e de sua família, não só como uma verba de natureza alimentar. Ademais, há princípios constitucionais que regulamentam o direito a imodicidade do bônus quando relacionado

[1] Advogada. Especialista em Direito e Processos Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: marina.m_galeno@hotmail.com.

[2] Advogada. Especialista em Direito e Processos Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: palomab.cavalcante@gmail.com.

a gratificações que sejam incorporadas ao salário. Seja pelo princípio da estabilidade financeira ou da irredutibilidade salarial, com previsão legal no artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, ambos garantem que é inaceitável uma supressão repentina da gratificação do salário do servidor, que passou 10 ou mais anos de trabalho desempenhando a mesma função de confiança, tendo em vista que fora obtida estabilidade nessas condições.

No intuito de regulamentar a estabilidade financeira aos trabalhadores, consolidou-se na Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho, o direito de incorporar a gratificação ao salário, se este permanecer por no mínimo 10 anos seguidos no mesmo cargo ou função de confiança, caso o empregador queira revertê-lo ao cargo de origem, o bônus permanecerá.

Apesar de ser um direito que está impresso na Constituição, a reforma trabalhista propôs extinguir o direito dos servidores a gratificação de função, mas não foi aprovado, tornando mais sólido e mais seguro para os servidores públicos exercerem uma função de confiança por longos anos, e a permaneceram com a devida aquisição salarial a época da inserção da gratificação.

Diante do exposto, o presente estudo pretende abordar sobre o instituto da gratificação incorporada, o conceito de servidor público, bem como abordando a relação com os princípios da estabilidade financeira e da irredutibilidade salarial. Por fim, faz-se um breve estudo sobre a reforma trabalhista que tentou abolir esse direito dos servidores de modo que reduzir os valores de natureza salarial é agir em prejuízo direto do trabalhador.

1. Aspectos gerais sobre gratificação

A gratificação é uma espécie de vantagem pecuniária e constitui acréscimo de estipêndio pago ao funcionário como forma de agradecimento ou reconhecimento por um trabalho realizado ou uma meta atingida e que tenha superado as expectativas do empregador. Ela pode ser concedida por liberalidade, como ato de

vontade do empregador ou ajustada, entre o empregador e o funcionário, conforme rege a lei.

Ressaltamos que a legislação trabalhista em vigor não estipula um valor fixo, ou seja, não estabelece limites mínimos ou máximos com relação aos valores das gratificações pagas pelo empregador a seus empregados, bem como não estabelece como esta forma de pagamento será efetuada.

Esta gratificação não é base para cálculo de horas extras, férias, aviso prévio, adicional noturno ou outro adicional de insalubridade ou periculosidade, desde que o período mínimo de pagamento seja semestral. Porém, será base para cálculo da indenização por antiguidade e no pagamento do 13º salário, independente do período de pagamento.

Como está consubstanciado na Súmula 253 do TST:

> *"Nº 253 GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antiguidade e na gratificação natalina."*

A princípio, a gratificação pode ser feita a qualquer funcionário, não há restrição na legislação trabalhista quem pode ou não recebe-la. Ela decorre, normalmente, de documento coletivo de trabalho da categoria profissional respectiva, do regulamento interno da empresa ou da liberalidade do empregador.

2. Espécies de servidor público

Essa remuneração é mais comumente utilizada para servidores públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua servidores públicos sendo “os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração Indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo

de dependência"[3]. Ou seja, é todo o empregado de uma administração estatal.

Os servidores públicos são classificados em quatro espécies, os agentes políticos, os estatutários, os empregados públicos e os contratados. Os agentes políticos são "os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder"[4], como denomina Celso Antônio Bandeira de Mello. Há exemplo temos os Chefes de Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, além de cargos de Ministros de Estado e de Secretários nas Unidades da Federação, os quais não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar. Regidos por normas especiais de responsabilidade.

Estatutário ou Servidores públicos em sentido estrito, são os regidos por um Estatuto e para Hely Lopes Meirelles são:

> são os titulares de cargo público efetivo e em comissão, com regime jurídico estatutário geral ou peculiar e integrantes da administração direta, das autarquias, e das fundações públicas com personalidade de Direito Público. Tratando-se de cargo efetivo, seus titulares podem adquirir estabilidade e estarão sujeitos a regime peculiar de previdência social.[5]

Os empregados públicos, "são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta"[6] Ou seja, são os ocupantes em autarquias e fundações, e nas empresas públicas, nas sociedades de economia mista e nas fundações públicas de direito privado. Estes são regidos pela CLT.

Por fim, os contratados por tempo determinado (servidores públicos temporários), "são os servidores públicos submetidos ao

---

[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de administrativo. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 249.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de administrativo. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 245.

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 439.

[6] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 440.

regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral de previdência social"[7].

3. Classificação das gratificações

Já as gratificações podem ter várias modalidades como por assiduidade, por produção, por antiguidade e entre outras. E podem ser classificadas quanto: a periodicidade do pagamento que ocorrem de forma mensal, bimestral, trimestral, semestral ou anual; ao valor que pode ser de forma fixa ou variável; a fonte da obrigação que acontecem de maneira autônoma (decorrente da vontade das partes, empregado e empregador ou ainda por acordo ou convenção coletiva); ou heterônoma (decorrente da vontade unilateral do empregador); ao tipo de ajuste que pactua expressamente, verbalmente ou escritas e tácita e finalmente a causa que se desdobra em três importantes espécies.

A primeira espécie de causa é a gratificação de função, que tem como causa o exercício de uma função específica. Nesse caso o empregado só terá direito a receber a gratificação enquanto permanecer na função. Cessada a causa, cessa o efeito, porém, se passados 10 anos ou mais será incorporado ao salário.

A segunda espécie é a gratificação de balanço, decorrente do lucro acusado em balanço, podendo ser paga de forma fixa ou em percentagem do salário, ficando a critério da empresa.

A terceira e última espécie de causa é a gratificação de eventos, que é oriunda de um evento específico, tais como festas, ou campanhas diversas e entre outras.

4. Gratificação de função

A gratificação de função só será incorporada ao salário do empregado quando for percebida por no mínimo por dez anos

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 439.

seguidos. Para os trabalhadores que perdem o cargo de comissão depois desse período, sem justa causa, retornando ao cargo efetivo, a jurisprudência trabalhista consolidou que para prevalecer a estabilidade financeira desse empregado, é possível incorporar o referido valor ao seu salário, como dispõe Súmula nº 372, em seu inciso I.

> SÚMULA 372/TST
> *GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005*
> *I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996).*

Quanto ao valor a ser incorporado, há o entendimento majoritário no sentido de que o montante deve observar a média dos valores pagos nos últimos dez anos.

Ainda que seja garantida pelo art. 468, parágrafo único, da CLT, a possibilidade do empregador regressar o ocupante de função comissionada a seu cargo de origem, o valor da gratificação de função recebida por longo período, de dez ou mais anos, continuará caso essa reversão ao cargo de origem se dê sem justa causa.

> **Artigo 468 do Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943**
> Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.
> Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Para entender melhor o fundamento e a história da jurisprudência em torno desse tema, observa-se as palavras de Maurício Godinho Delgado.

> *A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 mencionado e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação do cargo), minorasse – proporcionalmente ao período de ocupação do cargo – as perdas materiais advindas da decisão reversiva. É o que se encontrou no antigo Enunciado da Súmula nº 209 do TST: "A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em* comissão, *salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos"*[11] (grifos acrescidos).[8]

Porém, houve alteração no antigo Enunciado da Súmula nº 209 do TST, em novembro de 1985. Diante disso, a jurisprudência passou a alternar os critérios temporais, mas a Orientação Jurisprudencial 45 da SDI-I/TST, de 1996, fixou o período de 10 anos para a estabilidade financeira em situações de reversão da função de confiança para o cargo de origem. Tal critério está expresso na Súmula 372, I, do TST, como visto anteriormente.

[8] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1166-1167.

5. Princípio da estabilidade financeira e da irredutibilidade salarial

Por ser o salário a principal contraprestação entre empregado e empregador, por isso teve que ter uma proteção pela legislação brasileira. Dentre essas formas de proteção, estão o Princípio da Estabilidade Financeira e o da Irredutibilidade Salarial. Ambos garantem ao empregado, no nosso caso o servidor público efetivo, a continuidade da diferença salarial do seu cargo efetivo, após um determinado tempo de exercício em um cargo em comissão ou função de confiança.

O salário não pode ser reduzido pelo empregador a qualquer tempo, de acordo com o art. 7º, VI, da Constituição Federal:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (...)
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
> (...)

Em regra, o salário não pode ser reduzido, e irredutibilidade salarial expressa no artigo 7º, inciso VI, da CF, tem como fundamento a resguardar o salário do trabalhador, assim, entende-se que há a proibição de diminuir o valor salário, também em decorrência do artigo art. 100, § 1º da CF, que refere-se a subsistência do empregado e de sua família em relação a natureza alimentar.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

> *A ordem justrabalhista, entretanto, não tem conferido a semelhante garantia toda a amplitude possível. Ao contrário, como se sabe, prevalece, ainda hoje, a pacífica interpretação jurisprudencial e doutrinária de que a regra da irredutibilidade salarial restringe-se, exclusivamente, à noção do valor nominal do salário obreiro (art. 468, CLT, combinado com art. 7º, VI, CF/88). Interpreta-se ainda*

> *hoje, portanto, que a regra não assegura percepção ao salário real pelo obreiro ao longo do contrato. Tal regra asseguraria apenas a garantia de percepção do mesmo patamar de salário nominal anteriormente ajustado entre as partes, sem viabilidade à sua diminuição nominal. Noutras palavras, a ordem jurídica heterônoma estatal, nesse quadro hermenêutico, teria restringido a presente proteção ao critério estritamente formal de aferição do valor do salário*.[9]

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da estabilidade financeira dos servidores públicos, em um Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Vejamos o entendimento da Suprema Corte:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. GRATIFICAÇÃO INCORPORADA. REESTRUTURAÇÃO DOS CARGOS POR LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. ESTABILIDADE FINANCEIRA. DIREITO À PERMANÊNCIA DO REGIME LEGAL DE REAJUSTE DE VANTAGEM. INEXISTÊNCIA. 1. A estabilidade financeira garante ao servidor efetivo, após certo tempo de exercício de cargo em comissão ou assemelhado, a continuidade da percepção da diferença entre os vencimentos desse cargo e o do seu cargo efetivo. 2. O reajuste futuro desse benefício, uma vez desvinculado dos vencimentos do cargo em comissão que ensejou a sua incorporação, obedece aos critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo. (Precedentes: RE n.º 226.462/SC Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 25.5.01; RE n.º 563.965/RN, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Plenário, DJ de 20.3.09; RE n.º 600.856, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 14.12.10; RE n.º 603.890, Relator o Ministro Dias Tofolli, DJe de 01.08.11; RE n.º 594.958-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 07.10.11, entre outros). 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. LEGITIMIDADE. PROVENTOS. REAJUSTES. APOSENTADORIA ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41. EQUIPARAÇÃO DOS APOSENTADOS AOS ATIVOS. JUROS DE MORA. 1. Em razão do estabelecido no artigo 207 da Constituição Federal, rejeitada a preliminar de

[9] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

> ilegitimidade passiva ad causam suscitada pela UFPR. 2. A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que os servidores públicos aposentados antes do advento da Emenda Constitucional nº 41 têm direito à equiparação de seus proventos com a remuneração estabelecida para os servidores em atividade (RMS 20372, DJ 03/04/2006, p. 372)'. 3. Os juros de mora são devidos desde a citação nos termos do artigo 219 do CPC". 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 687276 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 04/12/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013)

Há que se falar também, que a CLT no artigo 468, protege o salário, sob pena de nulidade da cláusula que o infringir, para que não haja prejuízos aos servidores/trabalhadores, e as modificações podem ocorrer a qualquer tempo de forma benéfica.

Dessa forma, é inconcebível admitir a supressão abrupta de gratificação do salário do trabalhador, que por longos e árduos anos de trabalho desempenha função de confiança, tendo adquirido razoável estabilidade nessas condições, por representar inequívoca redução salarial, vedada expressamente pelo art. 7º, VI, do texto constitucional.

6. Reforma trabalhista

A reforma trabalhista, constituída pela Lei nº 13.467 de 2017 foi recentemente aprovada e entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. Ainda em sede do Projeto de Lei nº 6.787 de 2016, um dos direitos que foi proposto a ser extinto é aquele que garante a estabilidade financeira aos trabalhadores que por mais de 10 anos na mesma função ou cargo de confiança percebiam uma gratificação.

Muitas foram às discussões sobre o tema e o direito só poderia ter sido extinto se não resultasse de forma direta ou indireta prejuízos ao empregado, o que não seria o caso da extinção da gratificação, diante do fato de que quem percebe aquele valor

por 10 anos ou mais, já garantiu uma estabilidade financeira em cima dos valores recebidos.

Dessa forma, supracitado projeto pretendia alterar o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, incluindo na redação o parágrafo 1º e 2º da seguinte forma:

> "§1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.
> §2º A alteração de que trata o §1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função".

Portanto, os princípios constitucionais da irredutibilidade salarial e da estabilidade financeira, expressos no art. 7º, VI, CF, e na Súmula 372 do TST, impossibilitaram a alteração no artigo da CLT, pois a proposta de alteração contrariaria a Constituição Federal e a Súmula do TST, diante do fato que, não pode o servidor perder a estabilidade financeira se não tiver contribuído para que de fato isso ocorra.

Desde 1996 que esse entendimento foi consolidado pela Orientação Jurisprudencial nº 45 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I): "GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PERCEBIDA POR 10 OU MAIS ANOS. AFASTAMENTO DO CARGO DE CONFIANÇA SEM JUSTO MOTIVO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO".

Nesse sentido, nos ensina Maurício Godinho Delgado a respeito do fundamento e da jurisprudência:

> *A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 mencionado e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a*

> *presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação do cargo), minorasse – proporcionalmente ao período de ocupação do cargo – as perdas materiais advindas da decisão reversiva. É o que se encontrou no antigo Enunciado 209 do TST: "A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos" (grifos acrescidos). Com o cancelamento da Súmula 209 (em novembro de 1985), a jurisprudência passou a oscilar entre os critérios temporais mais ou menos elásticos do que os 10 anos (verificando-se, até mesmo, decisões pela inviabilidade de qualquer garantia de estabilização salarial no contrato em tal caso). Entretanto, pela OJ 45 da SDI-I/TST, de 1996, confirmou-se o critério decenal para a estabilização financeira em situações de reversão: (...). Hoje tal critério está expresso na Súmula 372, I, do TST.*[10]

Por fim, a gratificação por função permanece em nosso ordenamento, dando mais segurança aos servidores públicos que por longos anos permanecem em uma função de confiança e recebendo uma remuneração compensatória por estar exercendo além de suas atribuições.

7. Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que a gratificação é uma quantia acrescida ao salário do trabalhador, numa espécie de bônus, como forma de reconhecimento ou agradecimento pelo seu trabalho. Há três espécies de gratificações: a de balanço, a de

[10] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16 ed. São Paulo: LTr, 201, p. 1166-1167.

eventos e a de função. Nesta última, o empregado só receberá se permanecer no mesmo cargo, ou seja, cessando a causa, cessa o feito.

Contudo, o trabalhador tem direito a estabilidade financeira, o que ocorre com à incorporação da gratificação de função ao salário quando o mesmo permanecer na função por 10 anos ou mais, o que impede a alteração do valor do benefício se o empregador decidir reverter a função do empregado a original. Tal assunto é consolidado na Súmula 372, I, do TST, onde encontra respaldo no Princípio da Estabilidade Financeira, em consonância com o Princípio da Irredutibilidade Salarial, assegurado pelo art. 7º, VI, da Constituição Federal.

Assim, gratificação por tempo de função está resguardada pela norma constitucional e infraconstitucional, protegendo o servidor público de uma possível remoção abrupta dos bônus percebidos durante anos e, garantindo a sua estabilidade financeira, por ser o salário uma verba de natureza alimentar. Os princípios da estabilidade financeira e da irredutibilidade salarial norteiam o tema, dando mais ênfase às garantias inerentes ao bônus percebido.

A reforma trabalhista que tentou retroceder com os direitos dos trabalhadores e acabou se chocando com a inconstitucionalidade do projeto, pois contraria formalmente a Carta Magna, razão pela qual não ter sido aprovada, desse modo, os bônus pactuados permanecerão sendo classificados como parte da remuneração dos empregados.

Referências

DALAZEN, João Oreste. **Consideração jurídica acerca do Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017**. Brasília, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Análise do Projeto de Reforma Trabalhista. [S.l.], 2017.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

10

Os limites e condições para responsabilização da administração pública por dívidas trabalhistas nos contratos de terceirização traçados na ADC 16 e no RE 760.931/DF

Philippe Magalhães Bezerra[1]

Introdução

Uma das contratações públicas mais recorrentes no âmbito da Administração Pública é a contratação de serviços terceirizados. Por meio desses contratos administrativos, o Poder Público contrata empresa privada para que essa coloque a mão de obra de seus funcionários à serviço dos órgãos e entidades administrativas naqueles serviços considerados atividades-meio, tais como limpeza e conservação, segurança, secretariado, dentre outros.

Por se tratar de uma relação triangular (Administração Pública, Empresa Privada e empregado), alguns questionamentos jurídicos surgiram em torno dessa relação jurídica, mais

[1] Procurador Federal (AGU). Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas na Universidade Estadual do Ceará (UECE). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade de Brasília (UNB). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor da Pós-Graduação da Universidade Regional do Cariri (URCA). Instrutor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Instrutor da Escola de Administração Fazendária (ESAF). Professor e Fundador do Instituto Brasileiro de Contratações Públicas (IBCP). E-mail: ph_maganhaes@hotmail.com.

precisamente em torno da responsabilidade pelas obrigações sociais trabalhistas advindas dessa relação.

Iniciaremos o nosso artigo definindo terceirização, passando pelas vantagens e desvantagens do instituto, para a partir de então discorrer acerca do arcabouço normativo que envolve a temática e seguir para os entendimentos do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e no Recurso Extraordinário 760.931 – DF.

1. Desenvolvimento

A terceirização no serviço público é uma política pública na qual o Estado passou a absorver ideias típicas da iniciativa privada, através das quais, as pessoas jurídicas passariam a focar na sua atividade fim, de modo a maximizar os resultados e especialização, enquanto atividades tidas por secundárias seriam delegadas a outras pessoas jurídicas também especializadas. Sobre os objetivos da terceirização, Cortez (2015. p.13), assim dissertou:

> Esse procedimento denomina-se terceirização empresarial e visa, como um dos seus objetivos, à redução dos custos operacionais, o que tem sido alcançado com o auxílio do processo de flexibilização da legislação laboral na forma de terceirização trabalhista, que é o modo de inserir o trabalhador em uma atividade da empresa, pela intermediação de outra empresa prestadora de serviços.

A ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, relatora do Recurso Extraordinário 760.931 – DF, quando do seu voto, e se referindo aos professores Paula Marcelino e Sávio Cavalcante, trouxe o seguinte conceito de terceirização:

> Esses professores de Sociologia, da USP e da UNICAMP, respectivamente, definem o instituto como "todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas", adotando perspectiva

> centrada nos impactos da terceirização em relação à exploração da força de trabalho.

Druck (2015, p. 35-38), fazendo um apanhado histórico da terceirização em seu voto, contextualizou o fenômeno a nível internacional, bem como a nível local, nos seguintes termos:

> A terceirização é tida como fenômeno atrelado à reestruturação produtiva pós-fordista, que eclodiu mundialmente no final da década de 1970 e que chegou ao Brasil, de forma consistente, na década de 1990, sobretudo na reformulação da estrutura produtiva da indústria automobilística.

Inúmeros questionamentos de natureza social-trabalhista surgiram em face da terceirização, notadamente em relação a uma possível precarização e desvalorização de determinadas funções, como relata Cortez (2015, p. 13):

> Exemplos de restrições de direitos dos trabalhadores resultantes da terceirização: a impossibilidade de acesso dos terceirizados ao quadro de carreira da empresa tomadora de serviços, a fragilização da categoria profissional, a precarização das normas no meio ambiente de trabalho etc.

Ainda na perspectiva da precarização, Krein (2013), aponta os seguintes efeitos da terceirização:

> (...)constitui-se em uma forma de flexibilização das relações de trabalho, ao permitir um rebaixamento nos salários, nas condições de trabalho e na segurança do trabalho, assim como ao promover a segmentação da representação sindical e ampliar a liberdade da empresa na alocação do trabalho

Por outro lado, e favoravelmente à terceirização, o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 760.931- DF, assim se manifestou:

> A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

E continua o STF:

> A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

A despeito de todos os argumentos favoráveis e contrários, e sem enveredar sobre a veracidade ou não dos mesmos, a terceirização consolidou-se como uma política pública de Estado. União, Estados, Municípios, autarquias, fundações e demais pessoas governamentais passaram contratar, mediante processos

licitatórios, empresas privadas especializadas em atividades meio e consequentemente passaram a enfrentar alguns problemas que são recorrentes na intermediação de mão de obra, dentre elas a questão relativa à responsabilidade trabalhista face o inadimplemento das verbas por parte da empresa de terceirização.

Apesar das discussões acerca da responsabilização tenderem a igualar o Estado à iniciativa privada enquanto tomadores de serviço, não se pode deixar de enfatizar que o Poder Público é regido pelo regime jurídico-administrativo, de modo que sua atuação, e suas escolhas políticas geram inevitavelmente uma carga de responsabilidade diferenciada.

Assim, a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico eivado de prerrogativas, mas também de vedações, a coloca num patamar de responsabilidade diferenciado em relação às pessoas que direta ou indiretamente possuem algum grau de relação com o serviço público, e é nessa perspectiva que se analisa a questão da responsabilidade da Administração nos contratos de terceirização.

Interessante observar ainda que no âmbito da Administração Pública a questão da terceirização realmente ganha contornos diferentes do fenômeno na iniciativa privada por questões inclusive de ordem constitucional, e isso fica bem claro quando analisamos a questão em relação à possibilidade de terceirização de atividade-fim.

Recentemente foi publicada a Lei 13.429 de 31 de março de 2017, que permitiu a terceirização inclusive de atividades-fim das pessoas jurídicas tomadoras de serviços. Logo surgiu o debate acerca da aplicabilidade da mesma regra ao Poder Público, e a despeito das várias discussões acerca do tema que ainda estão sendo travadas, entendemos que o tema tem índole constitucional e seria na própria Constituição da República que encontraremos a resposta ao referido questionamento.

E sobre tal ponto, a Ministra Rosa Weber, oriunda do Tribunal Superior do Trabalho, discorreu brilhantemente sobre o tema nos seguintes termos em seu voto no RE 760.931-DF:

> Importante destacar que essa crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado não se tem limitado aos serviços secundários, de suporte, alcançando muitas vezes atividades próprias e essenciais do Estado. Não raro, em desvirtuamento do instituto, empregados das prestadoras de serviços vêm a desempenhar, permanentemente, atividades afetas a servidores públicos em sentido estrito, exercentes de cargos ou empregos públicos, restando inviabilizado o reconhecimento de vínculo direto com a Administração Pública pela inobservância do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao prescrever a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo, função ou emprego público, ressalvadas "as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Fica claro, dessa forma, que o Poder Público, em se tratando de terceirização, não pode se equiparar a um particular, pois sujeito à regime jurídico completamente distinto, e partindo dessa premissa, passamos a analisar a questão relativa especialmente à responsabilidade do Estado pelas dívidas trabalhistas oriundas dos contratos de terceirização.

Nessas contratações públicas, a responsabilidade, a priori, da Administração Pública se resume a pagar ao contratado a contraprestação pactuada após regular processo de licitação, enquanto o contratado tem a responsabilidade de prestar o serviço nos moldes esperados e contratados pelo Estado e cumprir com todas as demais obrigações decorrentes do contrato, seja de natureza trabalhista, tributária, comercial ou previdenciária.

Dessa forma, apesar do empregado terceirizado prestar o serviço dentro de órgãos e entidades públicas, o seu empregador é a empresa privada contratada para disponibilizar a mão de obra. Nesse tipo de contratação, mais precisamente em relação ao aspecto dos direitos decorrentes da relação de emprego, surgem questionamentos acerca da responsabilidade pelo eventual

descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

Uma análise rápida e superficial da legislação que rege as licitações e contratações públicas pode levar o interprete a concluir que cumpre exclusivamente à empresa de terceirização toda e qualquer obrigação trabalhistas e que a ocorrência do descumprimento dessas obrigações não transferiria a responsabilidade para o Poder Público. É o que deduz da interpretação literal do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, que possui a seguinte redação:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1o A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

O legislador, percebe-se claramente, teve a clara intenção de excluir completamente qualquer possibilidade de responsabilização do Poder Público, transferindo toda a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais ao contratado. Redação idêntica foi utilizada recentemente no Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, Lei 13.303/16 que assim dispôs:

> Art. 77. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
> § 1º A inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Na prática, entretanto, a jurisprudência na seara trabalhista não acolheu com naturalidade e literalidade a exclusividade da responsabilização dos contratados, e afastando a incidência da Lei 8.666/93, atribuiu à Administração Pública a responsabilidade subsidiaria pelo pagamento das verbas trabalhistas eventualmente inadimplidas.

Isso significava, na prática, que os empregados da empresa terceirizada poderiam ajuizar ações trabalhistas tanto em face do empregador privado, como também em face do tomador dos serviços em litisconsórcio, situação na qual a Administração Pública poderia ser responsabilizada e executada, no caso de insucesso de execução em face da empresa de terceirização.

O Poder Público contratante passou então a responder inúmeras ações trabalhistas e nessas demandas era tratado pelos juízes e tribunais trabalhistas como um tomador de serviço comum, ou seja, em termos de responsabilidade, a Justiça do Trabalho não fazia diferenciação entre o tomador de serviço privado e o tomador de serviço público, aplicando para ambos o teor da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST que em seu inciso IV dispunha:

> O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Observemos que a redação sumular acima transcrita não faz nenhuma diferença, conforme já pontuamos, entre o empregador pessoa jurídica de direito privado e o empregador pessoa jurídica de direito público, estabelecendo tão somente que a responsabilização seria subsidiária, ou seja, haveria uma ordem de execução patrimonial a ser seguida onde a empresa disponibilizadora da mão de obra seria a devedora principal, e o tomador de serviço devedor secundário.

O TST exigiu ainda que o tomador de serviço tenha participado da relação processual, e que efetivamente tenha sido condenado pelo Poder Judiciário e conste no respectivo título executivo, tudo isso em respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como em atenção aos limites subjetivos da coisa julgada que não poderia atingir parte que não teve a oportunidade de se defender nos autos do processo trabalhista.

O cenário jurídico, dessa forma, estava completamente desfavorável ao Poder Público que se viu num cenário de extrema vulnerabilidade, restando, entretanto, a possibilidade de empreender uma fiscalização mais firme dos contratos administrativos de terceirização de modo a minimizar as ocorrências de descumprimento da legislação trabalhista e consequentemente o número de demandas trabalhistas decorrentes das suas contratações.

O contexto começa a mudar quando o Governador do Distrito Federal ajuíza no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, ajuizada em 07 de março de 2007, que tinha como objetivo gerar uma decisão com eficácia vinculante e efeito erga omnes declarando a constitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 71 da Lei 8.666/93.

O sucesso dessa demanda representaria, na prática, a impossibilidade de qualquer Juiz ou Tribunal do país declarar a inconstitucionalidade do referido normativo, pois a opção pela utilização do controle concentrado de constitucionalidade no STF teria o condão de submeter todo e qualquer juízo àquilo que viria a ser decidido pela suprema corte.

Obviamente que, em se tratando de uma ação de natureza dúplice, a improcedência significaria a ocorrência do efeito diametralmente oposto ao que se tentava alcançar, pois resultaria na declaração, com os mesmos efeitos vinculante e erga omnes, da inconstitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, de modo que qualquer presunção de constitucionalidade do dispositivo restaria completamente fulminada, e isso era um risco real da ADC nº16.

Segundo o Governador do Distrito Federal relatou na petição inicial da ADC, o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93:

> (...) tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

No âmbito do julgamento do mérito da Ação Declaratória, a primeira discussão que surgiu consistia em afirmar se havia ou não controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do mencionado dispositivo, já que se trata de requisito essencial para processamento das Ações Declaratórias, tendo o Supremo Tribunal Federal realizado pedido de informações ao Tribunal Superior de Trabalho que respondeu ao relator do processo, Ministro Cesar Peluso, informando que nunca a corte superior trabalhista havia declarado a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, nos termos que manifestação da Presidência do TST nos seguintes termos:

> Verifica-se que em nenhum momento o tribunal cogitou declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º da lei 8666/93, apenas afirmou que a sua aplicação aos contratos de terceirização de mão de obra firmados pela Administração Pública em geral, empresas públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais.

Com base nessa afirmação do presidente do TST e considerando que o autor da ação não teria comprovado a existência de controvérsia jurídica relevante, o relator da ação manifestou-se pela carência de ação pela ausência de cumprimento de requisito

essencial para processamento da ADC e votou pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Ocorre, entretanto, que esse não foi o entendimento dos demais ministros da Suprema Corte, e a divergência foi inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio que assim se posicionou, depois de tecer alguns argumentos: *"Em terceiro lugar, o que ocorreu na espécie? Uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei de Licitações."*

E continuou o Eminente Ministro se referindo à súmula 331 do TST:

> O meu querido ex-Tribunal, o meu eterno Tribunal, Tribunal Superior do Trabalho, editou verbete que passou a ser observado pelas demais instâncias trabalhistas, isso no âmbito de uma disciplina judiciária, recomendável até certo ponto. Evidentemente, se formos esperar demonstração inequívoca, inclusive com contagem de pronunciamentos num sentido e noutro, jamais enfrentaríamos esse tema.

Ainda na discussão sobre a admissibilidade da ADC 16, a Ministra Carmen Lúcia, hoje presidente da Suprema Corte, exarou manifestação invocando os precedentes que deram ensejo à edição da súmula 331 do TST, para concluir pela natureza constitucional da discussão travada.

Verificou a Ministra que um dos fundamentos utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho para concluir pela responsabilização da Administração Pública era a aplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelo danos causados à terceiros, seja por agentes do próprio Estado, seja por pessoas contratadas pelo mesmo, numa espécie de *culpa in elegendo,* vejamos:

> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No julgamento do mérito o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pelo julgamento procedente mediante a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, cujo acórdão foi finalizado com os seguintes dizeres:

> Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

A ementa da decisão foi publicada com a seguinte redação:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

A procedência da ADC nº16 parecia a solução dos problemas enfrentados pela Administração Pública nos processos trabalhistas, entretanto, não foi o que se viu na prática, pois o Tribunal Superior do Trabalho para dar cumprimento ao que havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, promoveu a alteração do enunciado da súmula 331 de sua jurisprudência, incluindo mais dois incisos, de modo que sua redação integral ficou a seguinte:

> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da

> Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
> VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A novidade, dessa forma, foi a inclusão dos incisos V e VI na redação do enunciado sumular. O inciso V cria para fins jurisprudenciais uma regra específica para a Administração Pública que a partir de agora passa a ter responsabilidade nos mesmos moldes do tomador de serviços privados, caso fique evidenciado que houve falha na obrigação legal de fiscalizar os contratos administrativos, já que a Lei 8.666/93 assim dispõe:

> Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Segundo a súmula então, o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada não geraria

responsabilidade do Estado, salvo se ficasse devidamente comprovada alguma falha na fiscalização do contrato administrativo, e esse ponto seria então a grande diferença da responsabilização do tomador de serviços privados e do tomador de serviços Administração Pública.

Pois bem, após a decisão da ADC 16 e reformulação da súmula 331 do TST, a questão da responsabilização da Administração Pública parecia estar com limites bem delineados, pois os processos judiciais passariam a se debruçar sobre o aspecto da fiscalização dos contratos administrativos, e em havendo falhas, poderia se cogitar a responsabilização subsidiária do ente público pelas verbas trabalhistas.

Ocorre, entretanto, que muitas decisões de juízes e tribunais trabalhistas faziam a seguinte interpretação da súmula: se houvesse descumprimento das obrigações trabalhistas significava que a fiscalização não foi eficaz, logo haveria uma presunção de falha na fiscalização. Criou-se uma presunção em desfavor do Poder Público, que facilitava e simplificava os processos trabalhistas.

Essa interpretação criava uma inversão de ônus da prova, pois a exclusão da responsabilidade da Administração Pública somente ocorreria se essa comprovasse que fiscalizou corretamente a avença administrativa, pois caso contrário, presumir-se-ia a falha na fiscalização e consequentemente surgiria o dever de responder pelo descumprimento das obrigações trabalhistas.

O fato é que novamente o Supremo Tribunal Federal, a despeito de já ter se manifestado sobre o tema no julgamento da ADC 16, foi chamado novamente a se manifestar quando do julgamento do Recurso Extraordinário 760.931 – DF, e o voto do Ministro Edson Fachin mostrou de forma bem clara porque o STF estava analisando novamente a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, a despeito de já ter decidido o caso em sede de controle concentrado de constitucionalidade, senão vejamos:

> Na prática, contudo, diversas reclamações ajuizadas perante esta Corte indicam que, diante da decisão proferida nos autos da ADC 16, parte importante dos órgãos da Justiça do Trabalho apenas alterou a fundamentação das suas decisões, mas manteve a postura de condenar automaticamente o Poder Público. Tais decisões invocam o acórdão proferido na ADC 16 para afirmar que a responsabilidade da Administração não é automática, mas condenam o ente público por culpa in vigilando sem sequer aferirem, em concreto, se a Administração praticou ou não atos fiscalizatórios. A alusão genérica à culpa in vigilando, em tais termos, constitui mero recurso retórico por meio do qual, na prática, se continuou a condenar automaticamente a Administração. Nesse sentido: Rcl 20.701, Rcl 20.933, Rcl 21.284, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

E brilhantemente o Ministro arremata:

> Em outros casos, a Administração Pública é responsabilizada automaticamente, sempre que há inadimplência de obrigações trabalhistas pelas contratadas, a pretexto de que, havendo inadimplência, ou o Poder Público não fiscalizou a contento ou, tendo fiscalizado e tomado ciência da ocorrência de infração à legislação trabalhista, não tomou as providências necessárias a impor a correção, de modo que haveria culpa in vigilando. Em todas essas hipóteses, há evidente violação ao precedente proferido na ADC 16.

No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Marco Aurélio ainda nas discussões durante o julgamento do Recurso Extraordinário 760.931 – DF:

> Depois da decisão na ação declaratória de constitucionalidade nº 16, a Justiça do Trabalho – não me refiro a este ou àquele tribunal, muito menos ao meu eterno Tribunal, o Superior do Trabalho – passou a bater carimbo, a assentar, de forma linear, pouco importando a comprovação, ou não, a culpa da Administração Pública, ante a ausência de vigilância na satisfação de direitos trabalhistas.

Dessa forma, o que vinha acontecendo na prática era que a Justiça do Trabalho sempre buscava um meio de responsabilizar o Poder Público de forma mais fácil possível, sem necessidade de qualificar a instrução processual através do aprofundamento na prova técnica acerca da efetiva ou não fiscalização dos contratos de terceirização. O art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, apesar de não ser declarado inconstitucional claramente pelo Poder Judiciário trabalhista em razão da decisão da ADC 16, vinha tendo sua aplicabilidade afastada violando a súmula vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal que possui a seguinte redação:

> Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Com base, dentre outros, no fundamento acima mencionado, a União Federal levou a questão para discussão novamente ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 760.931 – DF, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Rosa Weber, egressa do Tribunal Superior do Trabalho conforme pontuamos acima. A discussão foi retomada pelo STF, pois, na prática, a decisão proferida na ADC 16 não teve o efeito pacificador que se esperava, e tal fato foi bem observado pela Ministra-Relatora:

> Quanto ao registro de que o julgamento, por esta Suprema Corte, da ADC 16 na verdade não pacificou todas as disputas que estavam surgindo no seio dos processos trabalhistas, e sim as acirrou, eu até diria que na verdade multiplicou-as.

Nas discussões entre os Ministros do STF, o Ministro Marco Aurélio Melo, explicando ao Ministro Luís Roberto Barroso acerca das reclamações constitucionais que o Poder Público ajuizava no STF pedindo o cumprimento da ADC 16, explanou de forma clara o que vinha acontecendo na prática no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista:

> O Tribunal tem refutado os pedidos de forma linear – fico vencido na Turma; tem refutado, pelo menos a Primeira Turma, os pleitos formalizados nas reclamações pelo Poder Público. E digo a Vossa Excelência, Ministro, isso precisa realmente ser escancarado. Hoje, a responsabilização é automática, a partir do inadimplemento quanto às obrigações trabalhistas.

Já em análise do mérito do recurso extraordinário, em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso da União Federal relatando em suma:

> (...) 6. A imputação do onus probandi ao trabalhador demandante, quanto à omissão fiscalizatória estatal, impondo lhe prova impossível, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal, com grave violação ao princípio da igualdade, fundante do Estado de Direito. 7. Reconhecida a responsabilidade subsidiária da União, por culpa in vigilando, no caso concreto, em face da ausência de prova da fiscalização contratual, não se constata violação à decisão da ADC 16/DF. 8. Parecer por desprovimento do recurso extraordinário.

Como é possível se verificar no parecer ministerial acima transcrito, a questão basicamente se resumiu à discussão acerca do ônus da prova, pois excluída a possibilidade de responsabilização objetiva por se tratar de omissão estatal, os processos judiciais teriam que analisar a questão relativa ao eventual dolo ou ocorrência de culpa por parte do poder público.

O STF deixou muito claro que a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 era indiscutível, e que a responsabilização automática restara impossível. A partir daí, havendo a necessidade de prova na falha da fiscalização contratual nos termos da súmula 331 do TST, o que o Supremo deveria decidir agora era se o ônus probatório recairia sobre o empregado-reclamante nas ações trabalhistas, ou sobre o poder público-reclamado.

Após uma série de digressões acerca da distribuição do ônus da prova, mencionando as teorias estáticas e dinâmicas, a Ministra

Relatora conclui que o novo código de processo civil abraçou a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, nos seguintes termos:

> O Código de Processo Civil de 2015 abraça essa teoria dinâmica do ônus da prova: no art. 7º, como faceta do devido processo substancial e no § 1º do art. 373, como flexibilização da regra rígida de distribuição do encargo probatório insculpida nos seus incisos I e II (semelhante à do art. 333 do CPC de 1973): (...)

Partindo da conclusão acerca da teoria adotada para distribuição do ônus da prova, e considerando que na teoria dinâmica de distribuição, dentro de uma perspectiva moderna do direito processual civil, o ônus pertence àquele que melhores condições de produzir a prova, a relatora conclui:

> É inequivocamente desproporcional impor aos terceirizados o dever probatório quanto ao descumprimento da aludida fiscalização por parte da Administração Pública.

Saindo dos fundamentos processuais e partindo para normas de natureza constitucional que orientam o direito administrativo, a eminente ministra relatora chega à conclusão idêntica à conclusão acima transcrita:

> De outro lado, também à luz dos princípios constitucionais que orientam o Direito Administrativo, sobretudo os da legalidade e da moralidade, parece-me absolutamente correto afirmar ser do ente público o ônus de provar o cumprimento do poder-dever fiscalizatório do contrato de prestação de serviços, mormente no que se refere à observância das regras e direitos trabalhistas.

Vê-se então que segundo a ministra relatora, a interpretação da regra legal seria no sentido da não responsabilização automática da Administração Pública como já decidido pelo STF na ADC 16, porém com possibilidade de responsabilização subsidiária havendo comprovação do descumprimento dos deveres fiscalizatórios do contrato administrativo, devendo o ônus da prova acerca de tal fato

recair sobre o Poder Público, finalizando seu voto com a seguinte proposição:

> Proponho, então, que, **em repercussão geral**, **1)** seja reafirmada a tese de que a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, declarada na ADC nº 16, veda a transferência automática, à Administração Pública, dos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato de prestação dos serviços e **2)** firmada, neste julgamento, a tese de que não fere o texto constitucional (arts. 5º, II, 37, *caput,* e 37, § 6º) a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada – em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços –, observados os princípios disciplinadores do ônus da prova.

O cenário da votação se encaminhava no sentido da prevalência do voto da ministra relatora que teve a adesão de ministros como Ricardo Lewandosvisk, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Celso de Melo, ou seja, já havia 5 votos favoráveis à responsabilização subsidiária da Administração Pública.

Ocorre entretanto, que o julgamento passou a tomar um caminho diferente quando do voto do Ministro Luís Fux, que realizando uma digressão sobre o rumo que aquele julgamento estava tomando, e o que já tinha sido decidido na ADC 16 assim iniciou seu voto:

> O voto, por completo, da Ministra Rosa é realmente uma obra sobre a fusão do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, que todos nós temos o maior reconhecimento do valor, da erudição que esse voto encerra. E até parabenizo, claro, como de costume, a Ministra Rosa, porque é um voto magnífico. Mas, digamos assim, ainda subjaz esse sentimento paradoxal de que o Supremo declarou a constitucionalidade e, ao mesmo tempo, nós vamos dar uma interpretação conforme, que significa uma declaração de inconstitucionalidade, diante de uma coisa julgada, sob a alegação de constitucionalidade - um. Dois: O legislador reformou a lei,

> criou uma responsabilidade solidária, mas não criou a responsabilidade subsidiária, porque, se o legislador quisesse, ele o faria nessa modificação da lei.

Segundo o Ministro Luís Fux, a questão deveria ser resolvida no âmbito daquilo que foi decidido pelo STF na ADC 16, ou seja, que o art. 71, § 1º era constitucional, e considerando ainda a redação do parágrafo segundo do mesmo dispositivo que através de alteração legislativa dada pela Lei 9.032/95, estabeleceu a responsabilidade solidária da Administração Pública pelos débitos de natureza previdenciária.

No entender do Ministro, o fato do legislador ter optado de forma clara por estabelecer uma responsabilidade solidária no campo das contribuições sociais previdenciárias, sem nada alterar no campo das obrigações trabalhistas, demonstrava de forma clara que o objetivo do legislador foi realmente estabelecer dois campos de responsabilidades distintos e que essa decisão do legislador deveria ser respeitada pelo STF. O ministro Fux classificou a omissão do legislativo em relação aos débitos trabalhistas na redação da Lei 9.032/95 como uma "omissão eloquente" que deveria ser respeitado pelo judiciário, e finalizou seu curto voto no seguinte sentido:

> Então, Senhor Presidente, prestando essa deferência ao Legislativo, que me pareceu que houve aqui, na verdade, uma omissão eloquente para não criar a responsabilidade subsidiária, eu me encaminho no sentido de dar provimento ao recurso da União com todas as ressalvas sobre a belíssima posição sustentada pela Ministra Rosa. Se vencido, gostaria de participar da modulação.

A divergência aberta pelo Ministro Fux foi acompanhada pelos ministros Marco Aurélio Melo, Gilmar Mendes, Dias Tofolli e Carmem Lúcia, então presidente do STF. Como uma das cadeiras estava vaga, e o julgamento estava 5 x 5 cogitou-se a hipótese da Ministra Presidente dar o voto de minerva com base no Regimento

Interno do STF que prevê essa situação, porém a ministra assim se manifestou sobre essa possibilidade:

> Senhores Ministros, temos cinco votos em um sentido e cinco votos em outro. A minha proposta, portanto, é de suspender o julgamento para que se aguarde a chegada do novo Ministro, para que, então, ele possa, votando, de uma forma ou de outra, decidir com a maioria de seis votos, já que aqui se tem tema de repercussão geral e é um tema extremamente sensível.

O posicionamento da Ministra Carmem Lúcia foi bastante coerente frente à relevância da matéria que estava sendo discutida, onde se fixaria uma tese de repercussão geral que teria impacto em milhares de ações trabalhistas que estavam suspensas aguardando o posicionamento do STF. Aguardou-se então a chegada do futuro ministro que seria o constitucionalista Alexandre de Moraes, então secretário de segurança pública do estado de São Paulo.

O novo ministro assumiu seu posto no STF e uma das primeiras decisões proferidas foi o desempate na questão da responsabilidade subsidiária trabalhista nos contratos de terceirização. Depois de refletir sobre todas as teses ventiladas nos autos, o ministro acompanhou a divergência capitaneada pelo Ministro Fux, e deu provimento ao recurso extraordinário da União, excluindo sua responsabilidade trabalhista no caso concreto pois não teria no processo prova cabal do descumprimento doloso ou culposo das obrigações fiscalizatórias.

O ministro lembrou ao plenário que aquele caso concreto estava se discutindo uma hipótese de responsabilidade contratual do Estado, e que o caso então não seria de aplicação do art. 37, § 6º da CF/88 que fixa a responsabilidade objetiva, pois esse dispositivo seria aplicável para os casos de responsabilidade extracontratual.

Dessa forma, em se discutindo responsabilidade contratual, o sistema civilista teria adotado como regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, com necessidade de comprovação do elemento subjetivo, seja doloso ou culposo, como condição para

responsabilização do ente estatal. Recordou ainda o eminente ministro, que a legislação civilista, embora preveja a possibilidade de responsabilidade objetiva de forma excepcional, não abrangeu a presente hipótese.

Assim sendo, não havendo nos autos prova cabal da falha na fiscalização do contrato administrativo, com demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa da Administração Pública e o dano causado ao trabalhador, não se cogitaria a hipótese de responsabilização do poder público, de modo que não seria possível a responsabilização por presunção.

Assim, venceu, por 6 x 5, a tese que confirmou a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, sem a possibilidade de atribuição de presunção de culpa presumida para o poder público em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa de terceirização, vencida também a proposta da relatora de atribuição do ônus da prova da efetivação da fiscalização à Administração Pública.

Fixadas as premissas acima, teria o STF ainda que fixar a tese de repercussão geral que iria ser firmada para fins de vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e solução de todos os processos judiciais que estavam paralisados aguardando o posicionamento do Supremo. Depois de ampla discussão, os ministros aderiram à proposta do Ministro Fux, e fixaram como tese de repercussão geral a seguinte redação:

> O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Apesar de não ter enveredado pela questão relativa ao ônus da prova, pois aos Ministros tal discussão não teria índole constitucional, o STF decidiu que no processo judicial onde se

discute responsabilidade trabalhista do poder público a regra é a irresponsabilidade nos termos do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93.

A necessidade de prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração em relação ao dever de fiscalizar, passa a impedir, dessa forma, as condenações por presunção de culpa e exige do magistrado trabalhista que qualifique o processo judicial com provas relativas à fiscalização do contrato de terceirização.

2. Considerações finais

Vimos, por todo o exposto, que atualmente a terceirização é uma realidade em termos de política pública, e que apesar de um longo caminho de discussões em torno da responsabilidade trabalhista do Poder Público pelos seus contratos de terceirização, o Supremo Tribunal Federal fixou as premissas e requisitos básicos para a ocorrência dessa responsabilidade.

Pode-se afirmar, dessa forma, que apesar do STF não ter fixado o ônus probatório acerca da ausência ou deficiência da fiscalização contratual, qualquer processo judicial que tenha por objetivo a responsabilização subsidiária da Administração Pública deverá invariavelmente trazer prova cabal da correlação entre o dano causado ao empregado e a deficiência/omissão do Estado no seu dever legal de bem fiscalizar as avenças que firmar com empresas privadas de terceirização.

Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Porto Alegre: IRIB S. A. Fabris, 2004.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Terceirização trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DRUCK, Graça. **A indissociabilidade entre precarização social do trabalho e terceirização.** In: Precarização e Terceirização: faces da mesma realidade/ Marilane Teixeira, Hélio Rodrigues, Eliane D'ávila Coelho (Orgs.). São Paulo: Sindicato dos Químicos, 2016. p. 35-58 e GIRARDI, ob. cit.

DRUCK, Graça. **Terceirização**: (des)fordizando a fábrica; um estudo do complexo petroquímico. São Paulo: Bomtempo, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KREIN, José Dari. As relações de trabalho na era do neoliberalismo no Brasil. In: FAGNANI, Eduardo (Org.). **Debates contemporâneos**: economia social e do trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização, **Cad. CRH** [online]. 2012, vol. 25, n. 65 [cited 2016-11-02], p. 331-346.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

11

Licitações financiadas com recursos de organismos internacionais: a constitucionalidade da cláusula de confidencialidade

Rômulo Luiz Nepomuceno Nogueira[1]

Introdução

Diante da abrangência de serviços que o Estado se obriga a prestar a toda população, somado à situação deficitária de recursos, busca-se a saída do financiamento por instituições financeiras, dentre elas, de bancos internacionais. A busca por organismos financeiros internacionais se justifica, também, pela necessidade de um alto investimento para determinada região programada, haja vista a necessidade do Estado em realizar investimentos de maiores dimensões, com a possibilidade de amortização em médio e longo prazo.

Muitos dos Bancos internacionais possuem o propósito de financiar projetos de desenvolvimento econômico, social e institucional, desde que propícios a serem executados, o que já demonstra sua criteriosidade ao fazer exigências. Ademais, o banco ainda exige que o ente entre com uma contraparte local e com um

[1] Advogado. Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: nogueira.romulo@hotmail.com.

percentual considerável, ou seja, a parte estatal que assina o contrato de empréstimo com a instituição financeira, ainda terá de contribuir com um valor no projeto em que propôs.

Dentre as organizações financeiras, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), fundado pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio de Convênio Constitutivo, que se tornaram membros do referido banco, com o escopo de subsidiar de forma financeira ou técnica o desenvolvimento destes países membros, que são entes que se beneficiam das regras de aquisições do Banco.

O Brasil, abrangendo todos os entes federativos, é um dos países-membro mutuário, que tanto segue as políticas do Banco, financeiras e de aquisições, como possui financiamento em diversos setores do país. Diante disso, ao assinar um contrato de empréstimo, relação jurídica existente entre um ente federativo do país e o BID, devem-se seguir as orientações no momento das contratações dos serviços, bens, obras, consultorias, dentre outras que estejam como escopo do instrumento firmado.

A Lei nº 8.666/93, também denominada como Lei de Licitações, admite a utilização das normas e procedimentos desses organismos financeiros, que, todavia, podem colidir com situações vistas como obrigatórias na referida lei federal. Neste estudo, será abordada a Cláusula de Confidencialidade exposta nas Políticas do BID, onde as informações inerentes à licitação na forma do banco não são apresentadas aos licitantes, apenas após o resultado publicado, distinto do que prevê a Lei nº 8.666/93.

Com isso, há o problema de pesquisa sobre o qual é necessário debruçar o raciocínio: A Cláusula de Confidencialidade, diante do princípio constitucional da publicidade, seria inconstitucional? A partir deste contexto, o presente estudo demonstra que no rol de princípios explicitados no dispositivo que trata sobre a Administração Pública na Constituição Federal de 1988, há referência ao princípio da legalidade, onde há observância ao inciso que trata sobre a lei de licitações, esta que referencia disposição

favorável ao uso das regras do banco internacional, mas com ressalvas, aqui apresentadas.

Para responder ao referido problema de pesquisa, será necessária a utilização da abordagem qualitativa, que será realizada a partir da análise de textos sobre o tema, legislação específica e demais suportes teóricos atinentes à matéria. Dessa forma, além de se basear em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa de tipo bibliográfica, o artigo fará um comparativo das legislações federais junto às Políticas do BID.

O trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, será abordada a relação entre a gestão pública e o financiamento internacional, a partir da explicação sobre o papel da gestão pública na elaboração e execução de políticas, justificando a importância do financiamento internacional para essa realização e destacando o BID e suas cláusulas essenciais que divergem da Lei nº 8.666/93.

No capítulo segundo, será apresentada a cláusula de confidencialidade nos contratos do BID, aprofundando a abordagem sobre essa cláusula e seu lugar na norma jurídica brasileira, verificando haver consonância ou confronto com o ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, no terceiro capítulo será feito o questionamento quanto à constitucionalidade da cláusula de confidencialidade, apresentando princípios e entendimentos que possam dirimir acerca da pauta e comentando sobre prejuízos institucionais e financeiros que podem ser ocasionados por sua invalidade.

1. Relação entre a gestão pública e o financiamento internacional

Este primeiro capítulo se destina a estudar o papel da gestão pública, em razão do pacto federativo na elaboração e execução de políticas, justificando a importância do financiamento internacional para essa realização, em que organismos financeiros como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), possuem papel importante para a realização de altos investimentos para o Estado.

A partir disso será realizada uma abordagem conceitual acerca de como funciona o financiamento pelo BID, demonstrando seus requisitos formais, características próprias e demais elementos fundamentais para a compreensão do tema, dentro do contrato de empréstimo assinado pelo ente. Finalmente, serão destacados os métodos de contratação e as cláusulas essenciais que divergem da Lei nº 8.666/93, dentre elas a cláusula de confidencialidade.

1.1. A obrigação do Estado na prestação de serviços e o pacto federativo

Ao se conceber a obrigação do Estado na prestação de serviços à população, há de se entender que esta ocorre em razão do Pacto Federativo, ou Federalismo Fiscal, onde, conforme inserido na Constituição Federal de 1988, a gestão pública institui tributos a fim de arrecadar e prestacionar os serviços públicos.

Neste caso, a Constituição exprime o conceito de federalismo cooperativo entre as três esferas estatais, a fim de contribuir para a satisfatória prestação de serviço ao público. Para atingir esta finalidade Andreas Krell (2008, p.49) entende que o Estado: "deveria buscar mais realização do princípio da solidariedade funcional entre as diferentes esferas de competência administrativa e estabelecer um equilíbrio dinâmico, cuja consequência poderia ser até uma 'aflição da rígida partilha de competências'".

Assim sendo, seria este o modelo ideal, segundo o autor, para as relações intergovernamentais, baseado no compartilhamento de tarefas entre os níveis de governo, exigindo mecanismos capazes de viabilizar ações e políticas conjuntas, bem como a participação de todos os entes federativos (2008, p. 47). Nos dispositivos constitucionais que tratam sobre o assunto, a partir do art. 145, é expresso o que é de responsabilidade de cada um dos entes federativos, assim como suas limitações e formas de arranjo. Após definição das tributações, o art. 162 coloca a seguinte obrigação aos entes:

> Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subseqüente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.

Ou seja, devem apresentar a forma em que será distribuída toda a arrecadação e, assim, cumprirem com os encargos estabelecidos nos arts. 21 a 32 da Constituição Federal, dos quais para demonstrar um exemplo, cita-se a competência comum a todos os entes em "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (inciso II, art. 23, CRFB/88).

Conforme citado no parágrafo anterior, o Estado tem de prestar os serviços públicos na saúde, onde há um planejamento de gastos, elaborando um orçamento para a destinação dos recursos nessa área. Além dos gastos correntes e comuns, o Estado também idealiza realizar investimentos na área com uma perspectiva de um benefício futuro, a fim de evitar outros gastos, procurando atender à demanda de sua população gerida.

Um exemplo, para seguir na mesma área, seria a implantação de um hospital em uma região que faltam leitos para a população, é um investimento alto, mas que pode significar menos gastos na área no futuro. Pensando em investimentos de maior porte e, sem esquecer, dos *déficits* públicos existentes, seja por má gestão ou outras questões imperfeitas ou supervenientes, o Estado busca financiamentos com bancos que possuam o propósito de financiar projetos de desenvolvimento econômico, social e institucional.

1.2. Agências financiadoras: Banco Interamericano de Desenvolvimento

Neste artigo será tratado, especificamente, sobre Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), instituição financeira

que atua em diversos setores do país, como principal fonte multilateral de financiamento da América Latina. O BID, com sede na cidade de Washington – EUA, já foi concebido no intuito de financiar esses projetos de desenvolvimento social, institucional e econômico, desde que apresente viabilidade para a sua execução, o propósito para a sua criação também foi a promoção da integração comercial regional na América Latina e Caribe.

O referido banco foi formado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) através da elaboração de um Convênio Constitutivo que entrou em vigor em 29 de dezembro de 1959, onde se definiu objetivo, suas funções, países membros, dentre outras pactuações. (BID, 2017, *on line*). No Brasil, um dos membros fundadores, o referido convênio foi aprovado por Decreto Legislativo nº 18 de 1959 e promulgado por Decreto nº 73.131, de 09 de novembro de 1973. Historicamente, o BID já participou de 3.888 projetos em diversos países, onde, somente no Brasil, país com maior número de projetos, são 426. Atualmente, existem 40 projetos em andamento, destes 07 sendo no Brasil. Do total de projetos de participação BID, as áreas com maior destaque em quantitativo de investimentos são: Agricultura e Desenvolvimento Rural (553), Reforma e Modernização do Estado (491) e Transporte (417).

O Brasil é considerado membro mutuário, classificação dos países que tanto seguem as políticas do Banco, financeiras e de aquisições, como possuem financiamento em diversos setores do país. Assim sendo, a partir do financiamento do BID para um projeto de investimento de algum dos entes federativos do país (pois o acordo poderá ser com a União, com o Estado ou com o Município ou Distrito Federal), devem-se seguir as Políticas e normas do banco, preponderantes para a gestão financeira do projeto e para as aquisições que serão feitas no âmbito do financiamento.

Exemplificando: o Estado do Ceará, na pretensão de investir na regionalização dos serviços de saúde, elabora um conjunto de ações que irá desenvolver para atingir a meta idealizada, como a construção de unidades ambulatoriais em diversas regiões do

Estado, construção de hospitais, informatização de um sistema integrado para os prontuários, investimento no padrão de qualidade com serviços de acreditação nas suas unidades de saúde etc.

Considerando o tamanho do investimento para cumprir o objetivo pretendido, o Estado busca o financiamento junto ao BID, que se verificar a existência de viabilidade do projeto, após a tramitação em diversos órgãos federais que também devem validar e encaminhar ao Senado Federal que deverá aprovar, haverá a assinatura de um contrato de empréstimo entre o organismo financeiro e o ente federativo.

Além disso, é negociado com o referido banco um percentual que o Estado investirá como contrapartida, para apresentar ao banco, de forma de que no valor total do projeto, há parte com recursos próprios do tesouro interno, prática exigida pelas instituições financeiras em geral, o que demonstraria interesse e disposição do próprio ente financiado. A partir disso, o Estado deverá executar o projeto que foi estruturado com seus valores totais por ação e suas nuances específicas, dentre elas o método de aquisição, que deverá seguir as Políticas do banco e suas cláusulas essenciais.

1.3. Métodos de contratação e cláusula essenciais que divergem da Lei nº 8.666/93

Nas políticas de aquisições do BID, os procedimentos e métodos a serem aplicáveis são relacionados ao objeto da contratação e ao seu valor, onde os Beneficiários, que executarão o projeto, devem seguir o regimento, conforme previsto no Contrato de Empréstimo. Tal contrato regula as relações jurídicas entre o Mutuário e o Banco, sendo estas Políticas aplicáveis à aquisição de bens, contratação de obras e serviços gerais ou contratações de Consultoria para o projeto. Os direitos e obrigações do Mutuário, dos fornecedores de bens e empreiteiros para o projeto são regidos pelos Editais de Licitação e pelos contratos firmados entre o

Mutuário e fornecedores de bens e empreiteiros, e não pelas presentes Políticas ou pelo Contrato de Empréstimo. Ressalvadas as partes do Contrato de Empréstimo, ninguém terá direitos dele decorrentes ou qualquer direito relativamente aos recursos provenientes do financiamento (BID, 2011, *on line*).

São duas políticas de aquisições do banco, a GN 2349 (BID, 2011, *on line*) que trata sobre a contratação de Bens, Obras e Serviços, e a GN 2350 (BID, 2011, *on line*) que trata sobre a contratação de Consultoria. A GN 2349 (BID, 2011, *on line*) a licitação é voltada para o produto, onde o preço é o principal fator, com negociações pouco comuns, abertura pública das propostas e concorrência aberta, já na contratação de Consultoria, GN 2350 (BID, 2011, *on line*), é voltada para o conhecimento, considerando maior peso para a proposta técnica, sendo as negociações necessárias, abertura pública das propostas financeiras e com uma lista custa de concorrentes, estes que se qualificaram após chamamento por Manifestação de Interesse (MI) por terem portfólios que se adequaram ao objeto.

As modalidades de contratação serão de acordo com o valor estimado para o objeto, por exemplo: se o objeto for obra, sendo o valor em até U$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) será feita uma Comparação de Preços, com apresentação de três propostas a serem comparadas o seu preço, até U$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares) uma Licitação Pública Nacional, sendo esta uma Concorrência Pública, e acima de U$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares) uma Licitação Pública Internacional, sendo esta concorrência publicada também em diário internacional (UNDB).

No caso de aquisição de bens e serviços comuns, os valores são distintos e se abre a possibilidade de realizar licitações na modalidade Pregão Eletrônico, Presencial e para a adesão de Atas de Registro de Preço. Nas aquisições de consultoria, em regra, segue-se, também, o método de acordo com o valor estimado da contratação, sendo esta até U$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) será uma Seleção Baseada nas Qualificações do Consultor (SQC),

sendo acima deste valor dependerá da especificidade da contratação onde existem outros métodos que podem incorporará, e, por fim, o método mais comum, sendo este para contratações com valor acima de U$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) uma Seleção Baseada na Qualidade e no Custo (SBQC).

Após demonstrar os métodos de contratação constantes nas Políticas de aquisições do Banco Interamericano de Desenvolvimento, importa apresentar requisitos destas Políticas que podem divergir da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Inicialmente, salienta-se disposto constitucional do art. 37 que trata sobre a Administração Pública e explicita cinco princípios: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, onde a partir do princípio da legalidade, dispõe no inciso XXI que, em regra, as contratações desta Administração Pública serão realizadas mediante licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93.

Diante de prerrogativa constitucional, a lei de licitações traz em seu bojo princípios, definições, disposições sobre a contratação de cada tipo de objeto, limitações nos preços, dentre outras indicações de procedimentos e fases do processo licitatório. Dentre os dispositivos da lei, destaque-se o art. 42, §5º que explana:

> Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.
> [...]
> § 5o Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros

> fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Ou seja, as contratações com recursos provenientes de financiamento de organismo financeiro, devem atender às exigências deste, tendo a Administração Pública de seguir as condições que são colocadas pela agência, sob pena do processo de aquisição em questão ser suspenso, ou até mesmo acarretar na suspensão do financiamento de todo o projeto.

Ocorre que algumas dessas condições são divergentes da própria Lei nº 8.666/93, como no próprio caso aqui exposto das contratações dos serviços de consultoria, onde no art. 6º, II, da Lei de Licitações coloca no rol de serviços a serem licitados os trabalhos técnicos-profissionais. Nas políticas de aquisições do BID, conforme exposto, a contratação desses serviços é feita por seleção, e não licitação, sendo o procedimento distinto da lei brasileira.

Outro ponto que gera questionamento é a admissão do banco em determinados processos na comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, o que a lei de licitações veda no art. 30, §5º, por inibir a participação na licitação. Em termos de exigências do banco, parte também se adequa à lei, todavia, alguns pontos em que a própria legislação brasileira impõe, o BID que não admite, o que gera o conflito.

Exemplifica-se a questão do critério de desempate, que a Lei nº 8.666/93 admite em seu art. 3º, §2º, e o BID não aceita a regra. Outro caso, a notória especialização indicada na disposição que trata sobre a Inexigibilidade de licitação, não é concebida nas Políticas do BID. Do mesmo modo, a obrigatoriedade da visita ao local das obras feitas pela legislação nacional, o que não é aceito pelo banco, mas que considera que pode ser feita apenas uma recomendação.

Ainda existem outros pontos em que há conflitos entre ambos os casos, mas neste estudo, objetiva-se por tratar, especificamente, de forma fundamentada, a cláusula essencial do banco que gera conflito com a legislação nacional trazendo diversas visões ao assunto que é a Cláusula de Confidencialidade, pela qual não se abre a possibilidade dos licitantes terem vista às propostas, a partir da abertura das propostas, sendo o processo confidencial, onde será realizado um estudo e será mais bem fundamentada no próximo capítulo.

2. Cláusula de confidencialidade nas contratações do BID

Neste segundo capítulo inicia-se o aprofundamento na abordagem da Cláusula de Confidencialidade nas contratações do BID, onde será feita exposição desta nas Políticas e contratações com financiamento do banco e seu lugar na norma jurídica brasileira, onde, seguidamente, será destacado se há consonância ou confronto com o ordenamento jurídico pátrio, já vislumbrando a possibilidade ou não de sua constitucionalidade.

2.1. A cláusula de confidencialidade nas políticas do BID

Nas contratações norteadas pelo BID, há as Instruções aos Licitantes (IAL) e Dados da Licitação (DDL) nos editais, onde é padrão a exigência de determinadas cláusulas, dentre as quais a Cláusula de Confidencialidade, objeto do estudo, onde subscreve o que consta nas Políticas do banco de aquisições de Obras e Bens (BID, 2011, *on line*) como segue:

> Confidencialidade
> 2.47 Desde a abertura pública das propostas até a publicação do resultado, não serão prestadas aos licitantes ou a quaisquer pessoas não envolvidas oficialmente no processo, informações relativas ao exame, esclarecimentos, avaliação de propostas e recomendações de adjudicação.

Dentro da mesma norma, o seguinte dispositivo reforça a requisição, fundamentando o cuidado que o banco tem com o processo, o que justificaria a exigência da confidencialidade:

> Confidencialidade
> 10. Consoante o prescrito no parágrafo 2.47 destas Políticas, o processo de avaliação de propostas será confidencial até a publicação da adjudicação do contrato. Isso é essencial para permitir que os revisores do Mutuário e do Banco evitem a possibilidade ou percepção de qualquer interferência indevida. Nesse momento, caso o licitante deseje apresentar informações adicionais ao Banco ou a ambos, deverá fazê-lo por escrito.

Ou seja, além da criteriosidade existente para a viabilização dos projetos pelo BID, há um rigor em seus processos de contratação, de forma que a confidencialidade é válida, inclusive, aos próprios licitantes, termo este explícito nos editais, bem como as demais normas. Ademais, percebe-se que o banco busca a segurança dos seus processos licitatórios, a fim de que não haja quaisquer interferências, ficando sob responsabilidade do órgão contratante o acompanhamento desses processos, sempre ressaltando que as licitações passam por avaliação do próprio BID que poderá não autorizar ou autorizar o seu prosseguimento.

A autorização no prosseguimento da licitação ou em seu desfecho é chamada de Não-Objeção, que é documento formal do banco que dá validação para o prosseguimento ou não da contratação. Assim sendo, o processo é confidencial aos terceiros alheios ao contrato de empréstimo, no entanto, ressalta-se o que fora aqui exposto, que esta exigência será até a adjudicação do contrato, portanto, após esse momento da licitação, os interessados podem ter vistas ao processo. No caso das contratações de consultoria, onde já foi visto que possui um procedimento distinto dos demais, há a regra da confidencialidade, contudo, com algumas ressalvas, conforme pode ser demonstrado nas Políticas de aquisições de Serviços de Consultoria (BID, 2011, *on line*):

> Confidencialidade
> 2.31 As informações referentes à avaliação das propostas e as recomendações relativas à adjudicação não serão reveladas aos consultores que apresentaram as propostas ou a outras pessoas que não estiverem oficialmente vinculadas ao processo, até que a adjudicação seja publicada, excetuando-se as disposições dos parágrafos 2.20 e 2.27.

Assim como nas Políticas de aquisições de obras, serviços e bens, é salientado na própria norma a cláusula com sua fundamentação:

> Confidencialidade
> 10. O processo de avaliação das propostas, consoante o disposto no parágrafo 2.31, será confidencial até a publicação da adjudicação do contrato, exceto a notificação da pontuação técnica, conforme indicado nos parágrafos 2.20 e 2.27. A confidencialidade permite que o Mutuário e os revisores do Banco evitem qualquer interferência inoportuna ou a percepção da mesma. Na hipótese de, durante o processo de avaliação, os consultores desejarem apresentar informações adicionais ao Mutuário, ao Banco ou a ambos, deverão fazê-lo por escrito.

Essas exceções, conforme referenciado, é em relação ao momento da divulgação do relatório de julgamento da avaliação técnica, que é feito anteriormente à revelação do preço das propostas apresentadas pelas participantes da seleção, onde, neste último momento, já é divulgada às consultorias que enviaram propostas que atenderam os requisitos mínimos de qualificação, assim como no momento da negociação financeira com o Consultor vencedor, caso não resulte em contrato viável, onde se iniciam as negociações com a empresa seguinte.

Conforme citado, a Cláusula de Confidencialidade é explicitada nos editais de contratação do BID, norteada pelo próprio banco que apresenta em seu site e encaminha minutas, sendo estas

mais detalhadas, como podemos verificar (BID, 2011, *online*) na Seção I – Instruções ao Licitante (IAL):

> E. Avaliação e Comparação de Propostas
> 28.1 Não será divulgada aos Licitantes, nem a nenhuma pessoa que não estiver oficialmente envolvida com o processo da proposta, qualquer informação relacionada com o exame, avaliação, comparação e pós-qualificação das propostas, nem sobre a recomendação de adjudicação do contrato, até que se tenha publicado a adjudicação do Contrato.
> 28.2 Qualquer tentativa por parte de um Licitante de influenciar o Comprador no exame, avaliação, comparação e pós-qualificação das propostas ou na adjudicação do contrato poderá resultar na rejeição de sua proposta.
> 28.3 Não obstante a Subcláusula 28.2 das IAL, se, durante o prazo entre a abertura das propostas e a data da adjudicação, um Licitante desejar se comunicar com o Comprador sobre qualquer assunto relacionado com o processo licitatório deverá fazê-lo por escrito.

Além de tornar regra no edital de contratação, impõe sanção em caso de desobediência do licitante, de forma que ao publicar o instrumento editalício, onde o licitante encaminha sua proposta, este deve respeitar e obedecer, atendendo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, manifesto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93:

> Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (**grifos nossos**)

Portanto, este é o primeiro ponto que demonstra a consonância existente com a legislação nacional, tendo em vista,

também, os prazos que são abertos para questionamentos ao edital ou, até mesmo, impugnações, de forma que, caso o licitante não o tenha feito e apresentar a proposta, este deve seguir todas as exigências deste edital. Entretanto, ao continuar a debruçar no exame da lei de licitações, observar-se-á ausência de tal pressuposto, pelo contrário, a instrução da referida legislação segue o princípio constitucional da publicidade, que será melhor explorado.

2.2. Princípio constitucional da publicidade

É preceito da Lei nº 8.666/93 zelar pela publicidade, que possui caráter constitucional de princípio explícito do dispositivo que trata sobre os atos da Administração Pública.

> LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993
> [...]
> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
>
> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
> [...]
> 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 [...]

Ainda no âmbito da publicidade na Lei de licitações, interessa citar a observância legislativa que abre a possibilidade de o início da licitação ser por audiência pública, no caso de concorrências públicas para contratação de obras e serviços de engenharia com valor 100 (cem) vezes superior ao limite previsto em lei de R$ 1.5000.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais):

> Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Na Constituição Federal de 1988 existem outras normas que ratificam ou inibem o princípio da publicidade, a exemplo o próprio art. 5º traz em seu bojo essas situações como se pode verificar: "LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Fazendo correspondência deste dispositivo aos ditames da Administração Pública, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 70) é enfática pelo não sigilo de seus atos processuais, salvo quando se justifique pelo próprio interesse público:

> O inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidades dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine [...]

A compreensão do interesse público com a cláusula de confidencialidade será enfatizada no seguinte capítulo que questionará acerca da constitucionalidade desta norma, no entanto, trazendo ao assunto do princípio da publicidade, de fato, poderia violar, tendo em vista o conflito desta norma com um princípio constitucional. Outro dispositivo do art. 5º da CRFB/88 que trata do princípio da publicidade é o seu inciso XIV, que trata sobre o acesso à informação, como segue: "XIV - é assegurado a todos o acesso à

informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

A disposição constitucional é acrescentada à lei nº 12.527/11 que expõe sobre a lei de acesso às informações, onde já torna terminante o seu caráter público, quando define em seu art. 10, §3º que "são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informação de interesse público". O autor administrativista Matheus Carvalho (2017, p. 75) vislumbra como um mecanismo de controle pelos cidadãos e importante para a garantia do exercício da cidadania:

> [...] a publicidade sempre foi vista como forma de controle da Administração pelos cidadãos. A sociedade só poderá controlar os atos administrativos se estes forem devidamente publicizados, sendo impossível efetivar essa garantia em relação a atos praticados de forma alheia ao conhecimento popular. Nesse sentido, configura-se garantia do exercício da cidadania.

Por outro lado, o inciso XXXIII do art. 5º da CRFB/88 também abre a possibilidade de sigilo para os interesses coletivos:

> 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;

Diante disso, vislumbra-se a possibilidade, desde que justificável, da Administração Pública limitar as informações por ela monitoradas, sendo, portanto, exceções à publicidade. Outrossim, ressalta-se que o referido princípio não é absoluto, percebendo-se ao analisar a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que em seu art. 3º, *caput*, apresenta a seguinte exposição: "Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes

diretrizes", uma das diretrizes se encontra no inciso I do dispositivo: "observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção". Ou seja, pode não ser regra, mas há exceções à publicidade, em casos como os que a própria lei define, em seu art. 23:

> Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
> 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 negociações 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.

Assim sendo, é relevante para o presente estudo entender que se trata de uma situação, não somente de interesse do Estado, mas de necessidade. No entanto, considerando um cenário de que a Cláusula de Confidencialidade violaria o princípio constitucional da publicidade, por não atender à supremacia do interesse público ou não ser determinantemente justificável a sua inclusão nas contratações da Administração Pública, quais prejuízos que poderiam ser ocasionados pela sua inconstitucionalidade? No próximo capítulo será feito estudo de sua constitucionalidade e seus impactos pelo não cumprimento das normas do BID.

3. Constitucionalidade da cláusula de confidencialidade

Conforme firmemente destacado neste estudo, o Banco Interamericano de Desenvolvimento em contratações da Administração Pública em que este financia, exige a utilização de cláusulas vistas como essenciais. A Cláusula de Confidencialidade é padrão em todos os editais de contratação do BID, conforme apresentado, inclusive, em minutas aqui postas e justificadas, dentro do próprio instrumento de convocação, que é atinente à segurança no andamento do processo licitatório até a sua adjudicação.

Todavia, a sua utilização pode confrontar alguns princípios constitucionais, como é o caso do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas que importa sopesar a outros princípios até mais preponderantes para o processo em pauta, como a supremacia do interesse público. Na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LV, expõe que "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", e, de fato, poderá o participante do processo licitatório com regras do banco, sentir-se prejudicado no momento da interposição de recurso, haja vista que este não possui vistas ao processo e não teria como fundamentar sua alegação.

Ressalte-se, não se fala em não poder apresentar recurso, mas em prejuízo ao conteúdo deste, pois não teria o que refutar do resultado do processo, o que traz a discussão de ser este um motivo para tornar a Cláusula de Confidencialidade como inconstitucional. No Agravo de Instrumento AI 00059879220138080024 (2013, *online*), julgado pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito o Santo, o relator Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon trata sobre o tema dos princípios do contraditório e ampla defesa, demonstrando não haver inconstitucionalidade:

> No que respeita aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o Acordo não contém qualquer dispositivo que proíba a interposição de recursos contra as decisões proferidas no "processo de avaliação das propostas. Precedente do Tribunal de

> Contas da União. 5. Logo, passada a fase da adjudicação, por certo deve ser proporcionado ao interessado toda a publicidade sobre os atos relacionados ao certame, a fim de que um contraditório, diferido, que seja, possa ser realizado, em observação às normas regentes do tema, em nosso país e eventuais erros, caso existam, possam ser corrigidos - o que tem o condão, até mesmo, de levar à anulação da própria adjudicação.

Desse modo, reforça que não há afastamento do contraditório e ampla defesa e ainda ressalta que é assegurado à parte contraposta a oportunidade de apresentar possíveis equívocos ao processo, podendo, até mesmo, anulá-lo. Outrossim, importa aludir ao preceito da supremacia do interesse público, princípio este que vincula a Administração Pública em todos os seus atos, expresso no art. 2º da Lei nº 9.784/99 que trata sobre o processo administrativo: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". Acerca do importante princípio administrativista, o professor Matheus Carvalho (2017, p. 62) clarifica:

> Considera-se a supremacia do interesse público uma pedra fundamental na noção de Estado organizado, sendo relevante para a formação de qualquer estrutura organizacional de poder público, como condição de convívio social no bojo da sociedade organizada. Não se trata de princípio expresso, ou seja, não está escrito no texto constitucional, embora existam inúmeras regras que impliquem em suas manifestações de forma concreta; para isso podemos nos referir a institutos correlatos disposto na Constituição da República, como a possibilidade de desapropriação (5º, XXIV), a requisição administrativa (5º, XXV) entre outras prerrogativas que submetem os direitos do cidadão às restrições impostas pelo Estado.

Demonstra-se que este princípio impera não só nesta situação como nas demais, tendo em vista que é vantajoso ao Estado o financiamento de um Banco internacional para a realização de investimentos em diversas áreas, como a da saúde e educação, e que

diante do encargo que possui na prestação em diversos outros serviços públicos, o empréstimo como longo prazo de amortização e com, possíveis, juros baixos, é de interesse público acatar exigências de um organismo multilateral para que o Estado consiga realizar a operação.

Mas, antes de se imaginar que este princípio impera sozinho, até porque a Administração Pública deve obedecer também aos demais princípios, conforme a própria norma acima citada, ressalta-se que este possui força por estar em consonância ao princípio da legalidade, como se comprova, logo no primeiro capítulo deste trabalho e discriminado durante todo o artigo, por força do art. 42, §5º da lei de licitações em consonância ao art. 5º, II e art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, tanto o bojo de princípios fundamentais desta Constituição como dispositivo constitucional que trata sobre a Administração Pública, reconhecem a legalidade como princípio regedor que associado ao próprio artigo 37 da CRFB/88 em seu inciso XXI, deixa incontestável que a Lei nº 8.666/93 possui força e autonomia para determinar algumas situações, como é o caso em pauta, que é expresso e que pode, ainda, ser vinculado ao interesse público e econômico do Estado.

Mas, mesmo assim, o próprio princípio da publicidade, pode ser visto como violado, onde não se deixaria de haver um absoluto respeito à Constituição Federal vigente deste país, e até em relação a outros dispositivos legais brasileiros, como o Código Civil Brasileiro de 2002, que corrobora à questão quando expõe no art. 113 que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração", ou seja, em consonância com o referido preceito constitucional exige o devido respeito. No entanto, há duas questões que podem sanar um possível questionamento ao tema. A primeira das situações pode ser encontrada no próprio Agravo de Instrumento AI 00059879220138080024 (2013, *online*), onde o relator faz a seguinte observação:

> [...] a cláusula de confidencialidade apenas posterga a publicidade do processo de avaliação das propostas até um determinado momento que considera oportuno, qual seja, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor (outorga do contrato), mas, como observou a PGFN, não impede a publicidade após esse ato. 4. A cláusula de confidencialidade representa apenas uma regra específica de procedimento licitatório utilizada para definir que o momento adequado para dar publicidade às decisões e aos documentos atinentes à avaliação das propostas dos licitantes é após a outorga do contrato (adjudicação do objeto) ao vencedor.

Demonstra-se um cenário similar ao anterior que se tratou do contraditório e ampla defesa, a Cláusula de Confidencialidade também não exclui a publicidade, conforme exposto, nos capítulos anteriores com as regras do BID, a cláusula apenas posterga o momento da publicização do processo de contratação feito pela Administração Pública. A outra situação, complementa esta primeira consideração, onde o professor Matheus Carvalho (2017, p. 77-78), após da Lei de acesso à informação e Lei nº 12.527/11, demonstrada no capítulo anterior, esclarece:

> Ressalte-se que, a informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.
> Nestas hipóteses, os prazos máximos de restrição de acesso á informação, conforme classificação, vigoram a partir da data de sua produção e são as seguintes:
> I – ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;
> II- secreta: 15 (quinze) anos;
> III- reservada: 05 (cinco) anos.

O trecho elaborado pelo autor, reproduz o art. 24, §1º da Lei nº 12.527/11, e pode ser objeto de discussão, pois é uma abertura de segurança do Estado para fundamentação do sigilo de alguns de seus atos. Pois bem, em combinação com a situação anterior em que demonstrar que haverá a publicidade do processo, mas haverá apenas uma postergação, mas que não se vincula aos prazos

descritos pela lei, não se trata de situação que esteja em desarmonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

No seguimento desta compreensão, faz-se essencial a leitura do Acórdão nº 1718 de 2009 do Tribunal de Contas da União (TCU), no qual orienta a utilização do art. 42, §5º da Lei nº 8.666/93 em caso de conflito com a legislação brasileira, reforçando, em relação à Confidencialidade, quanto à possibilidade de inclusão de tal norma nos editais licitatórios com recursos financeiros externos e que não fere a Constituição Federal a inclusão de cláusula de confidencialidade em editais de licitação no âmbito de programas financiados, ainda que parcialmente, por organismos multilaterais de crédito de que o Brasil faça parte.

Ademais, utiliza de fundamentação já tratada neste trecho que "o que existe de fato com o procedimento é a postergação da publicidade do certame para o momento da outorga do contrato" (2009, *online*), portanto, percebe-se haver uma concepção desenvolvida sobre o tema, salientando ser constitucional a referida exigência. Entretanto, diante de uma perspectiva de inconstitucionalidade desta cláusula, já que tanto se enfatiza a conveniência do Estado, o que este poderia ser prejudicado em sendo anulado uma licitação com a situação enunciada?

No que se refere ao processo de licitação em trâmite onde se exige a cláusula de confidencialidade, esta poderia ser ignorado, todavia, o risco ao desrespeito à cláusula de exigência BID, poderá ser danoso à Administração Pública, tendo em vista que o processo poderá ser suspenso por própria solicitação do banco, ou até, acarretando com a suspensão do financiamento, em si, do programa.

Havendo a inconstitucionalidade desta cláusula, consequentemente, todos os programas que estão em andamento no Brasil, país com mais número de projetos pelo BID, conforme primeiro capítulo, serão prejudicados. Além de que, ressalte-se, que esta cláusula não é exclusividade do Banco Interamericano de Desenvolvimento, haja vista o próprio acórdão do TCU foi com base

em um projeto do Banco Mundial, que também se utiliza desta exigência.

Portanto, afetará programas do âmbito da União, do Estados, Distrito Federal e municípios, habilitado ou a serem habilitados para a obtenção dos financiamentos externos, haja vista o próprio acordo, referenciado no início do trabalho, firmado pelo Convênio Constitutivo com todos os países, em que o banco não desconsiderará, onde em um artigo, o autor Milton Cordova Junior (2009, *online*) enfatiza:

> A propósito, essas regras não são feitas exclusivamente para o Brasil, mas para todos os seus países-membros. Imagine-se, ademais, o que significa uma carteira internacional, como a brasileira, de cerca de $50 bilhões, parada, sem executar e pagando a comissão de compromisso aos bancos, por um dinheiro emprestado e não desembolsado. Vale dizer, não utilizado pelo Brasil. Perguntamos: de quem é a responsabilidade por esse prejuízo? O Brasil pode se dar ao luxo de pagar por recursos não utilizados, por conta de um problema que ele mesmo está causando? Ademais, estranhamente desconheço qualquer alegação formal à eventual afronta ao primeiro artigo da Constituição, o da Soberania[...]

Portanto, aduz-se também, para complementar, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista o tamanho do prejuízo que pode ser causado a economia e aos investimentos do país em face de uma cláusula que não impede a publicidade de um processo licitatório, mas, sim, posterga, de forma não extensa e que não prejudica a outros preceitos constitucionais, conforme abordado neste texto.

Por fim, compreendem-se as situações de entendimento contemporâneo dos juristas, legisladores e especialistas, mas interessa perceber o que pode ser prejudicado a partir do ato de tratar uma exigência de um contrato de empréstimo para investimentos em áreas do país como inconstitucional, sendo que, como visto, não seria esta, a compreensão existente, tendo em vista não ser pleno e ilimitado como pode ser insurgido, contudo,

entendendo não haver uma pacificação do tema no ordenamento jurídico brasileiro, podendo atentar à segurança jurídica do negócio planejado pelo Estado.

4. Considerações finais

Diante do exposto e respondendo ao problema de pesquisa formulado; é de fundamental importância observar que a Cláusula de Confidencialidade é exigência do Banco Interamericano de Desenvolvimento em seus processos de aquisição no intuito de permitir que os revisores do Mutuário e do Banco evitem a possibilidade ou percepção de qualquer interferência indevida, que deve ser respeitada pelo ente financiado, em respeito a princípios constitucionais como o da legalidade, e com entendimento de tribunais comprovando o não atentado ao princípio da publicidade, tendo em vista haver a possibilidade de acesso à informação, neste caso haveria uma postergação.

No trabalho, apresentou-se toda a necessidade do Estado em propiciar investimentos em diversos setores, que a obtenção de recursos provenientes de financiamento externo, faria com que o objetivo fosse realizado, mas para isso, precisa-se que haja uma viabilidade e contraparte do Estado para que o banco realize o empréstimo. Ademais, o ente da federação que firmar o referido contrato de empréstimo com o BID, deve seguir suas exigências, de modo a seguir suas políticas de aquisições aqui exploradas, que possui respaldo legal na Lei nº 8.666/93, art. 42, §5º. Todavia, algumas exigências possuem antinomia com a própria legislação federal e, pode-se até dizer, com a Constituição Federal, onde fora evidenciado a Cláusula de Confidencialidade.

Demonstrou-se outros princípios como o da supremacia do interesse público e o da legalidade, este último que também se encontra no bojo de preceitos constitucionais da Administração Pública, e que assevera a lei de licitações com o próprio dispositivo da lei que ratifica a possibilidade de obediência às regras de

contratação de organismos multilaterais financeiros. Ainda, fora explanado entendimentos no sentido de que o próprio princípio da publicidade não é ignorado nessas contratações, apenas, postergado o seu momento, onde, portanto, não haveria inconstitucionalidade sob essa alegativa. Ademais, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade respondem ao sopesamento que pode ser feito entre as situações, onde seria enorme o prejuízo ao Estado brasileiro a inconstitucionalidade de uma cláusula que geraria a anulação de diversas contratações e de muitos projetos que são financiados por esse organismo financeiro e por outros que também se utilizam desta regra da confidencialidade.

Finalmente, diante da perspectiva da necessidade de investimentos, possuindo força legal, com entendimentos favoráveis, a cláusula de confidencialidade é compreendida como constitucional, todavia, a discussão ao tema é constante e pondera situações absolutas, onde sempre em que esta for questionada, tem-se que trazer diversos componentes para se chegar ao desfecho, não sendo, ainda, pacificado no ordenamento jurídico brasileiro, o que pode não trazer segurança jurídica à própria Administração Pública brasileira, em todas as suas esferas, no momento de iniciar um programa de financiamento de crédito externo e quando for iniciar suas contratações para poder implementar as política sociais planejadas.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Normas para licitações e contratos da Administração Pública. Brasília: DF, Senado, 1993.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: DF, Senado, 1999.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Lei de Acesso à Informação. Brasília: DF, Senado, 2011.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **GN 2349**. 2011. Disponível em: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780806>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **GN 2350**. 2011. Disponível em: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=780811>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Fundação do Banco Interamericano de Desenvolvimento. 2017**. Disponível em: <http://www.iadb.org/pt/earchives/earchives-historia-do-bid,8652.html>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1718/2009. Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Sessão de 5/8/2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2009.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CORDOVA JUNIOR, Milton. **TCU: imbróglio constitucional pode levar o Banco Mundial a suspender suas operações no Brasil. online**, 2009. Disponível em: < http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5098/TCU-imbroglio-constitucional-pode-levar-o-Banco-Mundial-a-suspender-suas-operacoes-no-Brasil >. Acesso em: 10 set. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2008.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Estado**. Apelação: AI 00059879220138080024, Relator (a): Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, julgado em 02/07/2013, publicado em DJ 10/07/2013 2ª Câmara Cível. Disponível em: < https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387782806/agravo-de-instrumento-ai-59879220138080024 >. Acesso em: 12 set. 2016.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

12

O papel do judiciário na efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil

Taís Vasconcelos Cidrão[1]

Introdução

O direito à saúde, reconhecido mundialmente como direito humano, é hoje objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS), agência especializada em saúde pública criada em 1948 pelas Nações Unidas. Por se tratar de um direito, sua conceituação já se torna naturalmente mais complexa, tendo em vista que envolve tanto aspectos sociais como também individuais, e por esse motivo, durante muitos anos tentou-se encontrar uma perfeita definição para o termo saúde. O conceito mais bem aceito hoje na doutrina em geral, em poucas palavras é: o conjunto do bem-estar mental, físico e social do homem. Esse direito, também está garantido expressamente a todos pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 6º e 196, *verbis*:

> Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[1] Advogada. Mestranda em Direito e Acesso à Justiça pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora do NEI/FUNAG/UNIFOR. E-mail: taiscidrao@hotmail.com.

> Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não seria correto afirmar que o direito à saúde confunde-se com o direito à vida, porém estão interligados de certa forma que é difícil, ou até impossível dissociá-los. A saúde, incumbida no que chamamos de mínimo existencial, é fundamental para o bom funcionamento do Estado e por se mostrar um direito constitucionalmente protegido, nada mais justo que sua tutela seja assegurada com prioridade sobre outros.

A formulação das políticas públicas começa com a dotação orçamentária, o administrador decide onde alocar as verbas e o legislativo aprova o gasto. Dessa forma, ao judiciário não cabia um papel de destaque, atuando como mero coadjuvante neste procedimento. Porém, é sabido que as políticas públicas são o principal canal para a efetivação de direitos fundamentais de cunho prestacional.

A efetividade desse direito encontra obstáculo justamente na limitação de recursos estatais e escolhas do Poder Executivo. Esse descaso com a saúde no país não fere somente o direito à saúde, mas também o direito da igualdade, moralidade, razoabilidade, dentre outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Fato este que tem gerado muito descontentamento e revolta por parte da população, que cada vez mais ciente dos seus direitos, tem procurado o Judiciário para ter seu direito à saúde protegido contra injustiças, seja com o intuito de receber medicamentos ou realizar de exames e cirurgias dos mais variados tipos.

1. A evolução histórica dos direitos fundamentais

A partir de certo ponto da história, a sociedade sentiu a necessidade de se criar e proteger certos direitos básicos para que continuassem a ser possível a convivência harmônica dentro de um

mesmo grupo. A vida em sociedade foi alvo de inúmeras transformações com o passar dos séculos, e dentre elas avanços e retrocessos nas mais diversas vertentes: sociais, políticas, econômicas etc.

A primeira manifestação que se tem notícia de restrição de poder foi no Estado de Israel no século X a.C. onde existia a figura de um "delegado de Deus" que era encarregado da aplicação das leis divinas. Também veio posterior participação da Grécia, e dentre suas diversas colaborações estão: a visão antropocêntrica, colocando o homem como sendo o centro de estudo filosófico, a ideia de que o direito natural é superior ao direito positivo e a primeira noção de democracia. Também vale destacar nesse período a contribuição romana com a disseminação do cristianismo que formou bases para o reconhecimento dos direitos humanos.

Já na idade Medieval, ficou caracterizada a presença de três estamentos, quais sejam, o clero, a nobreza e o povo. Com os anos começou-se a difundir documentos que reconheciam certos direitos através de forais e/ou cartas de franquia. Os escritos que mais merecem destaque são os de São Tomás de Aquino, que revelam a preocupação com os direitos naturais da sociedade e ao mesmo tempo condena discriminações.

Durante a Idade Moderna, surgiu-se a necessidade da criação de um poder maior que fosse capaz de sustentar as necessidades de uma nova classe chamada burguesia, na Inglaterra. Durante esse período ainda não tinha o que se falar em direitos universais, porém documentos de suma importância histórica foram produzidos durante esse azo, como o *Petition of Rights* em 1628 e a Lei do *Habeas Corpus* em 1679.

Em decorrência às revoluções inglesa, americana e francesa, tudo ficou mais "humanizado". "A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre declaração dos Direitos do Homem de 1789." (BONAVIDES, 2002, p. 516). Para o célebre doutrinador, as revoluções inglesa e americana se dirigiam a um povo específico,

enquanto a revolução francesa estava mais preocupada com o ser humano em geral. Os Estados Unidos mantinham seu foco na sua libertação diante a coroa inglesa, buscavam ansiosamente a sua independência, mas ainda assim tiveram a cautela de promover garantias judiciais aos direitos fundamentais. Muito embora diferentes as declarações americana e francesa, ambas contribuíram para a constitucionalização dos direitos humanos.

Fixados em um contexto internacional, tanto os direitos humanos quanto os fundamentais começaram a ganhar maior importância dentro dos ordenamentos jurídicos diversos e, portanto a serem enxergados sob os olhos da necessidade e não mais como simples objetos de especulação filosófica. O percurso foi longo para os direitos fundamentais chegarem a ter o *status* que tem hoje, de noção jurídica autônoma. Esta conscientização ainda está sendo lapidada e as transformações ainda estão em curso, só assim pode-se esperar a ascensão da sociedade a patamares mais elevados em termos de civilidade.

1.1. O direito à saúde como um direito social ou fundamental?

O direito social à saúde se mostra uma premissa fundamental para a vida em sociedade e por isso possui aplicabilidade diante dos casos concretos. Sua importância constitucionalmente garantida é substrato indispensável para o exercício da cidadania, de tal sorte que pode ser denominado direito fundamental social. Nas palavras de José Afonso da Silva (1993, p. 3):

> Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais Desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito da Igualdade. Valem como pressupostos do gozo os direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que,

> por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos fundamentais, no próprio sentido da palavra, revelam-se fundamentais e de importância imensurável para a concretização do Estado Social e Democrático de Direito e também para a vida de qualquer ser humano, já que se configuram como a ideologia política do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o Estado Social e Democrático de Direito depende da funcionalidade dos direitos fundamentais, que por sua vez apresentam aplicabilidade imediata e eficácia plena.

De certa forma estaria correto afirmar que os direitos e garantias fundamentais se encontram em posição hierárquica superior aos demais direitos, pois são considerados cláusulas pétreas, e como consequência pode-se dizer que eles são condicionantes da ordem jurídica brasileira. Em poucas palavras a Constituição atinge seus fins sociais e também funciona como guia da sociedade por ter em seu corpo diretrizes, princípios aptos a conduzir a organização estatal.

Nesse diapasão, verifica-se que o Estado constitucional em que se encontra o Brasil detém em seu alicerce a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais do cidadão. Devendo, portanto, propiciar a qualidade de vida e dignidade da população. Tendo isto em mente, a saúde, como um direito público subjetivo, não poderia ficar em segundo plano no que diz respeito à atuação governamental.

Para que isso ocorra, o Estado social deve adquirir não mais uma posição negativa, ou seja, de restrição da atuação da sociedade, mas sim uma atuação positiva e efetiva, um *dare, facere, praestare* à sociedade. Tendo em vista sempre garantir ferramentas e meios adequados para a satisfação das necessidades desta.

Com o advento da Lei Orgânica da Saúde, em destaque o seu art. 7º, IX, alínea "a", os municípios ganharam um papel de destaque na descentralização da saúde, fenômeno este chamado de

"municipalização da saúde", posto que, dessa forma frisam-se as necessidades locais, respeitando as particularidades de cada região, garantindo uma melhor execução das políticas e tornando certa a satisfação da população. Nas palavras de Henrique Hoffmann Monteiro Castro (2005, p. 1):

> Nesse âmbito, estabeleceu-se uma divisão de tarefas no que tange ao fornecimento de medicamentos, de maneira que o sistema básico de saúde fica a cargo dos Municípios (medicamentos básicos), o fornecimento de medicamentos classificados como extraordinários compete à União e os medicamentos ditos excepcionais são fornecidos pelos Estados. Percebe-se, claramente, a composição de um sistema único, que segue uma diretriz clara de descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Também definido como uma obrigação do Estado, a saúde ainda hoje, mais de duas décadas após a promulgação da Constituição, enfrenta enfermidades, dificuldades em se concretizar como um direito universal e igualitário. É sabido que o descaso com a saúde não se deve somente a uma questão de más escolhas políticas, mas também é envolvida uma gama de fatores burocráticos, econômicos e sociais. Desta feita, o que se pode analisar é a falta de efetivação do direito em si como prega a voz da *Lex Mater*, pela desobediência aos dizeres constitucionais que tornam obrigação jurídica do Estado garantir ações e serviços de saúde a níveis mínimos a garantir o mínimo existencial.

2. O problema da efetivação do direito à saúde

O Estado em todas as suas esferas de atuação (nacional, estadual e municipal), como responsável pela saúde, deve não só garantir o acesso significativo e gratuito para toda a população independentemente de raça, cor sexo etc., mas também construir um sistema mutante, que cada vez mais amplifique a saúde no país segundo os preceitos do art. 3º da lei nº. 8080/90.

Não obstante a promoção seja um grande passo para a efetivação do direito em questão, ela não é suficiente de forma a promover de forma efetiva a saúde. Falta, pois, uma fiscalização e um verdadeiro controle de qualidade das políticas públicas por um órgão especializado ou pela própria sociedade que é a mais interessada na questão.

Sabe-se que para a realização dos direitos sociais é demandado (muito) dinheiro, seja um gasto com recursos materiais ou humanos. Porém, o maior problema não é a falta de verba, pois sabemos que o Brasil tem uma carga tributária bastante volumosa. A questão é esta: para onde vai esse dinheiro que deveria, mas não está sendo investido em saúde? A falta de informação da população é agravante na situação de mazela, já que a população não pode fiscalizar uma situação da qual não está ciente. Esse cenário poderia ser revertido através da criação de uma política pública efetiva (de fato) visando à orientação em centros educacionais, tais como escolas e universidades.

Esse "gasto nobre" não deve está condicionado à promessas políticas e discursos vazios de candidatos que tentam disfarçar o real interesse político em cima de suas campanhas eleitorais, que por sua vez, visam iludir o eleitorado. Como prioridade nas ações governamentais, um controle efetivo deve ser criado. A má gestão de líderes políticos coloca em xeque a situação atual do Brasil, já que a grande maioria tem alocado as verbas onde mais lhe convém, onde mais lhe seja proveitoso aos seus interesses ao invés de construírem escolas, hospitais etc.

2.1. A efetivação do direito à saúde e o princípio da reserva do possível

Também chamado de princípio da reserva de consciência, o princípio da reserva do possível é uma construção da doutrina alemã (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*). Nesse cenário deve ser entendido sobre as óticas da razoabilidade e proporcionalidade; por

um lado tem-se a efetividade dos direitos sociais fundamentais e de outro as possibilidades financeiras do Estado.

Tendo isso em mente é seguro dizer que o princípio em questão acaba por determinar o alcance das atuações públicas, principalmente no diz respeito à concretização de direitos; não quaisquer direitos, mas sim direitos fundamentais e sociais.

A justificativa mais usual da administração como empecilho à implementação de políticas públicas efetivas é o princípio da reserva do possível, ou seja, a falta de verba. Sendo um limitador da atuação estatal esse princípio também representa, em certo grau, um limitador do órgão judicial no sentido de implementar forçosamente as políticas públicas.

Muito embora esse princípio tenha uma razão de ser, ele não pode ser utilizado como obstáculo absoluto. Em outras palavras, não é admissível que o Estado abandone um interesse constitucional de formidável importância que são os direitos fundamentais e sociais, mesmo sobre a alegação da reserva do possível, ainda mais porque essa prestação do Estado admite implementação gradual. Nos termos da Constituição Federal de 1988, Art. 167:

> Art. 167. São vedados:
> II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Com efeito, percebe-se com a leitura desse inciso que a administração deve comprometer seu orçamento somente dentro do economicamente possível. Dessa forma, não é justificável a simples alegação de falta de recursos financeiros para a escusa de obrigações legais. É mais do que justo que a administração tenha o encargo de comprovar a real falta de verba quando tiver o intuito de não cumprir suas obrigações instituídas em lei. Caso contrário a invocação do princípio em questão estaria fazendo as vezes de anti-constituição, uma verdadeira brecha para desrespeitar a Carta Magna.

É pelos motivos expostos acima que ao Judiciário cabe a opção de intervir em caso de descumprimento das obrigações pelo Executivo,

observando a invocação do princípio da reserva do possível com desconfiança e obrigando-o a cumprir o constante na lei orçamentária sem colocar em risco o equilíbrio financeiro do Estado, especialmente em situações de crises financeiras, caso contrário estará o Judiciário causando mais prejuízos do que vantagens.

Diante as razões expostas acima, faz-se necessária a análise acerca da verdadeira possibilidade real da intervenção no Poder Executivo pelo Judiciário. Levando em consideração a ótica do binômio da necessidade/possibilidade e também do princípio da razoabilidade, já que, em última análise, esta se configure como uma situação inconstitucional de um Poder intervindo em outro. Inconstitucional por uma razão: os três Poderes são considerados autônomos e independentes entre si.

3. A possibilidade de intervenção pelo Poder Judiciário

O fato é que, cada vez mais a quantidade de ações judiciais propostas por usuários do Sistema Único de Saúde pleiteando serviços de saúde e também o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV, diabetes etc. tem aumentado em todo país, levando o Judiciário a ter um papel significativo (muito embora reativo) na implementação das políticas públicas de saúde. Nas palavras de André da Silva Ordacgy (2007, p. 3):

> *A notória precarie*dade do *sistema público de saúde brasileiro, bem* como *o insuficiente fornecimento gratuito* de *medicamentos, muitos* dos *quais demasiadamente caros até paras as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se,* com *êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de 'judicialização' da Saúde.*

A ideia da população é achar uma válvula de escape para ter seu direito social fundamental à saúde assegurado, válvula essa chamada Poder Judiciário. Na verdade o que está acontecendo no

Brasil é a visão na qual o Judiciário tem um papel de complementação às políticas criadas pelo governo.

A ideia de que o judiciário tem sempre o papel de auxiliar o Executivo a efetivar direitos constitucionais é completamente fora dos conformes. A verdade é que a sociedade tem tornado regra o que deveria ser exceção, tem se prendido a uma proposição tão simples quanto falsa de que complementar é um fator positivo. A intervenção pelo Judiciário pelas determinações à administração para o fornecimento de medicamentos gratuitos tem o objetivo claro e puro de tornar realidade uma promessa constitucional de saúde ser um direito universal.

O que se espera do Judiciário não é a concessão irracional de medicamentos ou serviços aos indivíduos. É bem verdade que há demandas impensadas e descabíveis que buscam esse tipo de resposta. O fato de o medicamento ou tratamento, ser dispendioso ou não se encontrar no protocolo do SUS não justifica em qualquer esfera sua concessão gratuita. Sabe-se que são estabelecidos critérios para essa concessão, como por exemplo a autorização do medicamento pela Anvisa e a proibição da inclusão de medicamentos experimentais. A verdadeira função do judiciário é canalizar cada demanda individual, extrair das ações propostas o real motivo do ingresso e exigir justificativas de forma a estar apto a questionar as alocações dos recursos públicos.

Muito se discute acerca da possibilidade do Judiciário intervir no mérito administrativo. A verdade é que por muito tempo o Supremo Tribunal Federal foi contrário à intervenção do Judiciário nas decisões discricionárias administrativas sob o argumento de que a Administração emite seus atos observando a conveniência e oportunidade de cada um deles e que a intervenção significaria uma ofensa à tripartição dos Poderes. No entanto esse posicionamento tem se alterado com o passar do tempo.

Hoje sabe-se que é possível intervir-se no mérito quando o ato discricionário fere o princípio da razoabilidade, princípio este que está explicito em leis infraconstitucionais. Logo, os administradores

devem repeito à esse principio assim como aos demais princípios administrativos, ainda que implícitos, pois caso contrário a desobediência ensejaria um controle de legalidade por parte do Poder Judiciário.

Dessa forma, a ineficácia do Executivo gera a necessidade de atuação do Judiciário, em outras palavras, a função de garantir um núcleo fundamental, uma vez descumprido, justifica a intervenção do poder Judiciário para corrigir os rumos das políticas públicas no país. A judicialização é, querendo ou não, uma alternativa relativamente eficaz para a contenção das omissões estatais.

3.1. Tripartição dos poderes

Como consequência da tripartição dos poderes tem-se maior especialização funcional, atribuindo-se função legislativa ao poder Legislativo, função executiva ao Poder Executivo e por fim, função jurisdicional ao Poder Judiciário. Cada órgão necessariamente deve ser independente dos demais para se evitar a subordinação, e consequentemente garantir a verdadeira e pura manifestação do Poder sem a intervenção de um sobre o outro.

Desta feita diz-se que somente o Poder freia o Poder, que o Poder é equilibrado pelo Poder. Essa limitação consagrada pelo pensador francês, chamada de sistema de freios e contrapesos (em inglês *checks and balances*), trouxe a ideia de que nenhum poder é absoluto e nenhum poder está acima do outro. Em verdade os três poderes deveriam agir em conjunto para reger o Estado da melhor forma possível.

Tendo esse pensamento em mente, quando o Executivo não cumpre o seu dever, nasce para o direito a possibilidade de se procurar o Judiciário para ver efetivado um direito fundamental social, não só isso, mas também o poder exigir que as autoridades administrativas cumpram seu papel e tomem determinadas atitudes visando o desenvolvimento das políticas públicas.

Segundo uma corrente alternativa, o Judiciário não teria legitimidade para atuar na concretização das políticas tendo em vista que estas são de competência exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo. Fazendo da intervenção uma afronta à tripartição dos poderes, já que os parlamentares, ora representantes do povo, não podem sofrer interferências nas suas decisões políticas por órgãos nos quais os agentes nem sequer foram eleitos pelo voto dos cidadãos.

Porém, esse não é o pensamento predominante. Sabemos que a legitimidade do judiciário não deriva das urnas, mas sim do próprio texto constitucional, que por sinal é o conjunto de normas de maior hierarquia que temos hoje no Brasil. Também vale ressaltar que as decisões oriundas do Judiciário são respaldadas em ideais jurídicos, ao contrario das decisões políticas, que abrem espaço para uma larga gama de índoles diferentes.

É bem verdade que as políticas devem ser interpretadas de forma recíproca entre os três poderes, e que cada um tem sua forma singular de contribuir para que atinja sua perfeição. O legislativo atua na criação da política, o executivo na concretização e por fim, pode-se dizer que o judiciário opera no controle de eficácia.

Pois bem. A intervenção não representa uma invasão à esfera de outro Poder, mas simplesmente efetivação dos direitos que esses outros Poderes falharam em tutelar. O judiciário estaria apenas interferindo em um orçamento já previamente definido e autorizado pelo Poder competente. Como consequência, a "tomada de rédeas" pelo Judiciário é vista como solução para a proteção do direito à saúde. Esse pensamento justifica o cumprimento das decisões judiciais pelo Poder Executivo ainda que extremamente mais caras em termos de recursos, negociações frustradas e preferências descartadas.

3.2. O Ministério Público e a Defensoria Pública

O Ministério Público, constitucionalmente inserido na realidade brasileira por meio do dispositivo nº. 127, caput, é qualificado como essencial à função jurisdicional, sendo-lhe

incumbindo da defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Pode-se dizer então que o MP é "pedaço vivo da Constituição; órgão que o Executivo, mergulhado num oceano de podridão, num mar de lama, num abismo de miséria, desejara morto ou inibido para o desempenho de sua missão ética e saneadora das instituições". (BONAVIDES, 2003, p. 383 - 388).

O MP pode, por meio dos seus representantes, atuar de diversas formas no processo de formulação e implementação das políticas públicas. Em um momento prévio, é de grande valor destacar a importância da conscientização da população. A tentativa de educar o cidadão acerca dos seus próprios direitos, sejam eles políticos, civis ou sociais, é batalha a ser vencida e, para tanto, deve-se utilizar de ferramentas como palestras, propagandas televisivas, cartilhas, enfim, meios de comunicação em massa para alcançar o maior número de pessoas possível, principalmente as de baixa renda.

O objetivo principal dessa comunicação é o intercambio de informações entre população e MP. Sabe-se que a estratégia começa a atingir seus objetivos quando começa a influenciar a formação da opinião púbica, criando uma população crítica e insatisfeita com políticas de fachada. Como consequência da pressão social latente, é opção do Executivo começar a abandonar sua inércia inicial, tomando iniciativa com o fito de responder às reclamações/demandas da população. É nessa hora que a população incorpora o sentido da democracia participativa, deixando de serem meros espectadores das decisões políticas para se tornarem verdadeiros cidadãos. Por outro lado, não cedendo o Executivo à pressão nele posta, ou seja, continuando inerte, nasce para o Ministério Público a oportunidade de atuar de forma mais incisiva, ou seja, pela via judicial.

Falhadas todas as tentativas de solução de conflitos na esfera administrativa, resta para o MP partir para uma atuação judicial por meio da ação civil pública. A função desta ação nesta temática em questão (políticas públicas de saúde) é justamente procurar

responsabilizar o Administrador, que tinha a obrigação legal de agir, porém não o fez. Dessa forma ficou caracterizado o dano à direito alheio coletivamente considerado. Isto posto, nasce para o MP um dever vinculado de agir em defesa dos interesses da sociedade, não podendo, portanto, adotar uma conduta omissa quando diz respeito a garantia da dignidade da pessoa humana, pois a prestação de seus serviços e de inegável relevância pública.

Esse posicionamento adotado pelo Ministério Público só tem consagrado ainda mais a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sua atuação especial na efetivação das políticas públicas tem ganhado suporte não só da população, mas também da doutrina e dos tribunais. Tendo isso em mente, conclui-se que a união entre parquet e a sociedade é capaz de trazer grandes mudanças na atuação da Administração.

Outra instituição deveras essencial à justiça é a Defensoria Pública que, nos termos do artigo 1.º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública - LONDP (LC n. 80/94), pode ser definida como:

> Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5.º da Constituição Federal.

A constituição de 1988 no seu art. 134 inovou o sistema judiciário brasileiro trazendo novos conceitos de atuação coletiva instituindo a Defensoria, antes inexistente. Mas só foi através da EC n. 45/04 (conhecida como a reforma do Judiciário) que a instituição ganhou autonomia institucional, funcional, administrativa e financeiro-orçamentária, nos termos do § 2.º do mencionado artigo.

Hoje se sabe que a Defensoria atua na defesa não só do necessitado financeiramente, mas sim, da coletividade vulnerável, direitos que envolvem menores, idosos, direitos dos consumidores

etc. Para tanto, foi assegurado com as posteriores reformas da LC 132/09 uma Defensoria com poderes mais abrangentes, quer dizer, com uma atuação auxiliada por diretrizes protecionistas, que estimula soluções extrajudiciais, que esgota todas as possibilidades de solução de conflitos antes de incentivar a participação de judiciário, por sua vez já tão saturada.

As linhas de atuação da Defensoria são das mais diversas, são incluídos aqui a proteção do meio ambiente, educação, assistência social, saúde, dentre outros. Em termos de políticas públicas de saúde, que são concretizadoras dos direitos fundamentais, a instituição não só tem a possibilidade de atuação nesta seara, mas como também um dever altruístico de fiscalização, pois se utilizando de uma interpretação finalística da lei, pode-se chegar à conclusão de que a expressão "efetivação de políticas públicas" (mais especificamente de saúde) é sinônimo de "defesa dos direitos fundamentais".

A verdade é que a repercussão temática e a grande proporção de público-alvo que esse tema traz são mais do que suficientes para justificar uma atividade protetiva proativa, preventiva e em ultima instância, resolutiva de conflitos que envolvem interesses sociais coletivos.

Ainda sobre a atuação extrajudicial da Defensoria, podemos contar com instrumentos como, por exemplo, a negociações entre as partes (a integração da DP com órgãos do SUS poderia viabilizar de forma satisfatória a conciliação) ou qualquer outro procedimento com o intuito de acelerar a resolução de conflitos e de promover a judicialização consciente, para que dessa forma, os gastos do sistema público com demandas judiciais sejam consideravelmente reduzidos.

4. Considerações finais

Dentro do que se propôs, o presente trabalho, além de introduzir toda a problemática da saúde no Brasil, analisou o cabimento da intervenção do Judiciário na área de atuação do Executivo e apresentou como saída para a população.

É sabido que o Brasil, devido a diversos fatores sociais e políticos, não tem honrado o direito em questão de forma a satisfazer às necessidades da população. A sociedade economicamente limitada não tem conseguido ter acesso à saúde, seja por meio de serviços e/ou medicamentos. Como consequência desse fenômeno, somente a parte abastada da população tem tido acesso à medicamentos de alto custo e atendimento de qualidade. O que demonstra grande insatisfação da maior parte da população para com as políticas públicas nacionais de saúde.

Tomando por base referenciais teóricos acerca da falha estatal em garantir direitos à população, sabe-se que a ausência de condições mínimas para atendimentos em postos de saúde tem gerado uma insatisfação e revolta com o governo, suas políticas falhas e o seu verdadeiro descaso para com a saúde no país.

A administração tem usado o principio da reserva do possível para se escusar de suas obrigações legais impostas. Mas restou-se comprovado que essa não é uma desculpa legítima, e que a simples declaração de insuficiência orçamentária não garante à administração a sua alforria.

Com a ajuda de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, a conscientização da população e a fiscalização dos serviços sociais do Executivo ficaram mais fácil, porém ainda longe de serem idealizadas.

A solução encontrada pela população foi recorrer ao judiciário para que este conceda uma tutela de forma a dar o resultado esperado pelas políticas. Reclamações acerca da interferência de juízes na política são bastante comuns, mas em um país onde o judiciário não interfere na atuação do Poder Executivo de maneira alguma, das duas, uma: ou o Executivo é eficiente e suas políticas se tornam autoexecutáveis ou as políticas ficam a mercê de oscilações governamentais.

Referências

BONAVIDES, Paulo**. Textos políticos da história do brasil**. 3. ed. Brasília: Senado Federal - Conselho Editorial, v. 10, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.080 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm**>. Acesso em 04 ago. 2017.**

BRASIL. **Lei Complementar nº 80 de 12 de Janeiro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 04 ago. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>. Acesso em: 17 nov. 2014.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão.** Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 28 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1993.