



# Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem à  
Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi**

80  
julho/dezembro 2014

---

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

---



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**80**

JULHO/DEZEMBRO 2014





## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

*Procurador Geral do Estado*

Mariângela Sarrubbo Fragata

*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos*



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar  
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil  
Tel. (11) 3286-7005  
Homepage: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)  
e-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)

**Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos**

Mariângela Sarrubbo Fragata

**Assessoria**

Camila Rocha Schwenck, Mirian Kiyoko Murakawa e Joyce Sayuri Saito.

**Comissão Editorial**

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Cláudia Garcia Grion, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Renata Capasso.

**Revista**

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

Revisão de texto: Camila Fernanda Cipoloni.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 2.000 exemplares.

---

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,  
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)  
1998 (n. especial)  
2003 (n. especial)

CDD-340.05  
CDU-34(05)

---

# Sumário

|   |     |
|---|-----|
| APRESENTAÇÃO .....  | VII |
| CONSTITUIÇÃO.....   | 1   |
| José Afonso da Silva  |     |
| DOCTRINA CONTEMPORÂNEA DO FEDERALISMO .....   | 13  |
| Fernanda Dias Menezes de Almeida  |     |
| ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA X ENCHENTES: OS NOVOS<br>INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS INTRODUZIDOS PELA<br>LEI FEDERAL Nº. 12.608/12 ..... | 37  |
| Fagner Vilas Boas Souza   |     |
| A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DISCIPLINAR .....   | 61  |
| Cynthia Pollyanna de Faria Franco   |     |
| COMENTÁRIOS AO REGIME JURÍDICO DOS AGENTES<br>PÚBLICOS COMISSIONADOS .....  | 75  |
| Vinicius Teles Sanches  |     |
| DANO AO AMBIENTE E ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DO<br>PODER PÚBLICO MEDIANTE PODER DE POLÍCIA .....                                 | 103 |
| Paulo Roberto Fernandes de Andrade  |     |
| O ESTADO COMO AGENTE REGULADOR: O COMPROMISSO<br>REGULATÓRIO.....   | 137 |
| Alessandra Obara Soares da Silva  |     |
| O MÚTUO INTERESSE NAS PARCERIAS COM<br>ENTIDADES PRIVADAS.....  | 161 |
| Luiz Fernando Roberto   |     |

|   |     |
|---|-----|
| OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA<br>NO ÂMBITO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL –<br>UM BREVE ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA<br>ADMINISTRATIVA DA PGE/SP ..... | 201 |
| Juliana de Oliveira Duarte Ferreira   |     |

# Apresentação

A racionalidade própria da espécie humana nos leva a sempre fazer planos: planejamos a trajetória acadêmica, a carreira, a vida pessoal, o futuro do País etc. A vida, entretanto, em seu dinamismo e complexidade, interfere nesse planejamento, pontuando a nossa existência com situações de difícil ou impossível previsão. Assim, aprendemos a lidar com as coincidências, as situações inesperadas, os encontros, reencontros e desencontros, enfim, com a força dos eventos que teimam em se esconder do horizonte visível que a razão nos aponta.

Há cerca de três anos, a Procuradoria Geral do Estado perdia uma de suas mais notáveis integrantes, no pleno exercício da Chefia da Procuradoria Administrativa, unidade especializada que, ao longo dos anos, tem reunido um elenco de consultores de invejável envergadura<sup>1</sup>, a Dr<sup>a</sup> Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves. Tive a honra e, por que não dizer, a responsabilidade de redigir a apresentação do número especial da Revista da Procuradoria Geral do Estado, composto em sua homenagem.

Quiseram as forças do imponderável que novamente, ainda na condição de Procurador Geral do Estado, fosse chamado a elaborar a apresentação de outro número especial de nossa Revista, desta feita em homenagem à Dr<sup>a</sup> Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, que, no quadriênio 2007/2011, atuou como parecerista na Procuradoria Administrativa, sob o comando de sua diletta amiga Teresa Ghirardi. As

---

1 Basta lembrar os nomes de Tomás Pará Filho, Anacleto de Oliveira Faria, José Afonso da Silva, Fernanda Dias Menezes de Almeida, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, Nestor Duarte, Antônio Joaquim Ferreira Custódio, Mário Engler Pinto Júnior, para ficar apenas com alguns daqueles que já faleceram, se aposentaram ou se desligaram da PGE/SP.



coincidências são muitas: ambas foram colegas de turma no Largo de São Francisco; ingressaram na PGE no mesmo concurso público (1985); tornaram-se amigas ao trabalharem juntas na Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública; reencontraram-se, em período mais recente, na Procuradoria Geral do Estado; em pleno exercício de seus cargos públicos, padeceram de insidiosa moléstia, enfrentando todas as adversidades de modo corajoso e digno, reforçando a fé cristã de que também partilhavam. Não tenho dúvida em afirmar que eram “almas gêmeas”, a despeito de características pessoais bastante distintas, unidas por laços que não se pode explicar por meio da razão...

Para se ter a dimensão da proximidade entre ambas basta invocar o parágrafo final da tocante homenagem que Ana redigiu para Teresa e que consta do volume 75 (jan./jul. 2012) da Revista da PGE, págs. XI a XIII:

“Felizmente, tive tempo, oportunidade e coragem de dizer a importância dela, o amor verdadeiro que sentia por ela e reconhecer tudo que nos unia. Felizmente, ainda tenho a memória. Só lamento não ter condições de melhor apresentá-la aos que não a conheceram, nem conhecerão. Saudade imensa da querida amiga, mais que amiga, irmã!”

Nessa vida de encontros e reencontros, tenho certeza de que já se reencontraram e hoje convivem ainda mais próximas, enviando a todos nós que as conhecemos de perto mensagens de luz e amor.

No período em que Chefeei a Assessoria Jurídica do Governo (1995/2001), então órgão da extinta Secretaria do Governo, fiquei admirado com a firmeza e qualidade dos despachos proferidos pela Procuradora Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, nossa querida Ana Rinaldi. Já naquela época, tratava-se de uma de nossas Consultorias com maior volume de serviço. Portanto, a Chefe da unidade tinha que se desdobrar entre o atendimento ao Gabinete do Secretário<sup>2</sup>, a participação em reuniões no âmbito da Pasta e da própria PGE e o exame e aprovação dos pareceres emitidos por mais de uma de-

---

2 Remeto o leitor à nota de rodapé de n. 1 do artigo que o Professor José Afonso da Silva, então Secretário da Segurança Pública, preparou para esta edição da Revista da PGE, destacando o papel crucial então desempenhado pela Chefe da Consultoria da Pasta.

zena de Procuradores subordinados. E nem mesmo o desafiante volume de trabalho arrefeceu-lhe o amor pela atividade consultiva, que praticava de modo competente e destemido. Eram frequentes os aditamentos, que muitas vezes incomodam os que não cultivam a humildade e a dialética característica do Direito. Neles, em poucas palavras (a concisão era outra virtude de nossa homenageada), a ordem do raciocínio jurídico imperava em toda a sua plenitude, os conceitos, classificações e categorias jurídicas eram reverenciados, porém não admitidos sem o filtro da crítica pessoal, embasada em pertinentes considerações doutrinárias ou jurisprudenciais.

Essa admiração profissional fez-me portador de convite para que Ana passasse a ocupar um cargo de Procurador do Estado Assessor na AJG. Desse convite, declinou com a delicadeza que lhe era peculiar, apresentando razões inarredáveis: não dirigia; residia próximo ao local de trabalho; e se sentia no dever de acompanhar mais de perto as filhas então adolescentes. Contudo, vaticinei que algum dia ainda iríamos trabalhar juntos. Pelo menos era esse o meu desejo, pois não há preço que pague a convivência com pessoas do perfil de Ana Maria Rinaldi.

Esse vaticínio veio a se materializar não muitos anos depois. Com a assunção de nossa amiga comum, Rosali de Paula Lima, ao cargo de Procuradora Geral do Estado, em setembro de 2000, Ana foi alçada à condição de Subprocuradora Geral da Área da Consultoria. Em dezembro de 2001, assumi pela primeira vez o cargo de Procurador Geral e, sem titubeio, convidei-a a permanecer na Subprocuradoria Geral da Consultoria. Para meu orgulho e satisfação, desta vez, Ana Maria aceitou o meu convite, tornando-se minha amiga e colaboradora imprescindível. Foram muitos os desafios que os cinco anos de gestão nos impuseram no setor consultivo<sup>3</sup>, todos superados com o apoio em suas abalizadas manifestações.

A partir daí, não mais nos separamos em nossas trajetórias na PGE, a não ser durante os poucos meses em que atuei na Assessoria Jurídica do Governo, no primeiro semestre de 2007. De volta ao órgão originá-

---

<sup>3</sup> Apenas a título de exemplo, menciono os pareceres que cuidaram da aplicação da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, que alterou profundamente a disciplina constitucional do teto remuneratório e da previdência dos servidores públicos.

rio de classificação (no que concerne ao cargo efetivo), a Procuradoria Administrativa, lá reencontrei Ana e passamos a partilhar a mesma sala. Por insistência dela, com o apoio da Chefia da PA, fui aquinhoado com uma sala exclusiva, pois entendia que a minha condição de ex-Procurador Geral assim o exigia (proteste de início, mas acabei cedendo por ter plena consciência de que a frequência de telefonemas e visitas perturbavam a minha amiga e colega de sala).

Em janeiro de 2011, reassumi o cargo de Procurador Geral do Estado. Ana, em tratamento da doença que veio a vitimá-la, pretendia permanecer na Procuradoria Administrativa e lá, em breve, se aposentar. Consegui convencê-la a dar mais uma demonstração de amor e dedicação à advocacia pública, aceitando integrar o Gabinete no cargo de Procuradora do Estado Assessora. E, durante três anos, os Procuradores do GPG puderam se beneficiar do convívio próximo a Ana Rinaldi, Procuradora estudiosa, competente, assídua, incansável e dotada de elevado espírito público. Mas, mais importante do que tudo isso, foi testemunharem a que ponto pode se elevar o caráter de pessoas desse naipe: mesmo consumida pela implacável doença, jamais solicitou privilégio algum; jamais deixou de dar conselhos, pessoais ou profissionais, a quem a procurava; jamais esboçou uma palavra de ressentimento; jamais deixou de transmitir alegria e paz; jamais, enfim, desistiu da vida!

Para esse número especial da Revista da PGE, referente ao segundo semestre de 2014, colaboraram apenas Procuradores do Estado, da ativa e aposentados. Alguns tiveram o privilégio de trabalharem com a homenageada. Outros apenas ouviram falar dela, mas, ainda assim, tornaram-se seus admiradores, em virtude do legado que deixou.

Os artigos que compõem a edição são de grande valia e interesse para a advocacia pública e o Direito em geral.

Fernanda Dias Menezes de Almeida, Procuradora aposentada e antecessora de Ana Rinaldi no cargo de Subprocuradora Geral da Área da Consultoria, nos brinda com um estudo atualizado sobre a doutrina do federalismo, na condição de uma das maiores especialistas brasileiras no assunto. José Afonso da Silva, outro eminente constitucionalista, fez questão de homenagear sua antiga colaboradora, oferecendo-nos uma reelaboração de suas reflexões sobre o conceito de Constituição. A Pro-

curadora do Estado Cynthia Pollyanna de Faria Franco, por seu turno, traz ao debate o instituto da suspensão condicional do processo disciplinar, novidade presente no Projeto de Lei Complementar nº 25/13, que trata da nova Lei Orgânica da PGE. Outro colega da ativa, com atuação na Coordenadoria de Empresas e Fundações do GPG, Vinicius Teles Sanches, apresenta interessante sistematização acerca do regime jurídico dos agentes públicos comissionados, contribuindo, sobretudo, para a melhor compreensão da matéria. Em tempos de atuação subsidiária do Estado nas atividades de natureza econômica, não poderia faltar um trabalho sobre a atividade regulatória do Poder Público, espaço esse preenchido com maestria pela Procuradora do Estado Alessandra Obara Soares da Silva, que, atualmente, integra a Assistência da Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria. A Chefe da Consultoria Jurídica da SPPREV, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, se dispôs a apresentar, de modo ordenado, as linhas da jurisprudência administrativa da PGE sobre os requisitos da aposentadoria voluntária no âmbito do RPPS<sup>4</sup>. Outro tema novidadeiro é o que decorre da entrada em vigor da Lei Federal nº 12.608/12, que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, objeto de acurada análise do Procurador Fagner Vilas Boas Souza. Os temas clássicos, de outra parte, sempre clamam por serem revisitados, o que foi feito pelo Procurador Paulo Roberto Fernandes de Andrade, em suas instigantes considerações sobre o poder de polícia ambiental, ao qual, acertadamente, empresta conotação positiva e predominantemente preventiva. Finalmente, a atestar a rapidez de resposta dos integrantes da PGE à evolução do direito pátrio, temos o artigo de Luiz Fernando Roberto, tendo por foco a recente Lei Federal nº 13.019/14, que estabeleceu o novo marco regulatório das parcerias com organizações da sociedade civil.

Em suma, com essa despretensiosa, porém comprometida apresentação, pretendi, acima de tudo, dizer o que me vinha n'alma em relação à amiga e valorosa Procuradora do Estado Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, sem deixar de testemunhar o valor científico e pragmático desse número especial da Revista da Procuradoria Geral do Estado. Estou certo de que essa obra, que coroa o riquíssimo legado deixado pela home-

---

4 Regime Próprio de Previdência do Servidor Público.

nageada, na forma de palestras, artigos e pareceres, não permitirá que a sua passagem pelos quadros da PGE/SP se esmaça, servindo de exemplo às futuras gerações de Advogados do Estado.

**ELIVAL DA SILVA RAMOS**  
*Procurador Geral do Estado*

# Saudades

Falar de Ana Maria? Irmã que não tive em casa e ganhei nas Arcadas. Ela e Maria Teresa. Ambas Marias. Ambas insubstituíveis nos nossos corações. As duas da turma de 80. Primeiras cadeiras da classe, cadernos disputadíssimos na véspera de prova. Tinham vários diplomas, parte do meu com certeza. As duas do concurso de 85. Desfalque insuperável no time da PGE. Campeãs absolutas na defesa do interesse público. Tantas conversas, tanto apoio, família, trabalho, amigos. Penso muito. Sinto muita falta.

**JOÃO ALBERTO PEZARINI**



**A**s palavras, tinta sobre o papel que são, ou, menos ainda, sons que se esvaem em um átimo, por óbvio são insuficientes para expressar os sentimentos.

Mas, aqui, somente delas disponho para homenagear Ana Rinaldi.

Amiga querida, colega excepcional, conselheira de – e para – todas as horas.

Quis o destino que seu velório fosse em uma quarta-feira de cinzas, o que me fez lembrar, naquele dia chuvoso, dos versos do poeta Vinícius de Moraes:

*"E nos corações*

*Saudades e cinzas*

*Foi o que restou "*

Agora, por ocasião do lançamento da Revista da PGE homenageando-a, e com o bálsamo do tempo cicatrizando a ferida da perda, tenho certeza que ela gostaria de ser lembrada por outra passagem dessa obra, pois Ana era uma pessoa otimista, feliz, iluminada:

*"A tristeza que a gente tem*

*Qualquer dia vai se acabar*

*Todos vão sorrir*

*Voltou a esperança*

*É o povo que dança*

*Contente da vida*

*Feliz a cantar " .*

**ADALBERTO ROBERT ALVES**





Tive o enorme privilégio de atuar com a querida Ana Rinaldi no atual Gabinete da Procuradoria Geral do Estado. Além de deter uma memória incrível de casos já analisados, era uma fonte segura para testarmos nossas novas teses, em longas conversas que se transformavam em verdadeiras aulas.

Sua versatilidade sempre me impressionou. Foi minha (duríssima!) examinadora em Direito do Trabalho no concurso de ingresso na PGE e autora de pareceres das mais variadas áreas, inclusive relacionadas a empresas e fundações do Estado, sempre imprimindo a marca da excelência em suas análises e soluções.

Ana Rinaldi me ensinou que o princípio da legalidade não deve ser um obstáculo a ser invocado em projetos novos e desconhecidos, mas, sim, deve nortear nosso árduo trabalho de conciliar intenção com ação governamental.

Aos colegas mais novos na carreira que, infelizmente, não poderão usufruir da presença de Ana, fica a recomendação de terem sua atuação como exemplo a ser seguido.

**CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO**



*Leve, leve, muito leve,  
Um vento muito leve passa,  
E vai-se, sempre muito leve.*

*Fernando Pessoa*

**A**na Rinaldi não era uma pessoa comum. Tinha um olhar próprio para as coisas da vida. Despojada, idealista, batalhadora. À profissional dedicada e defensora intransigente da lei e do interesse público somava-se a mãe amorosa e preocupada.

Ao longo de vinte e nove anos de convivência, aprendi a conhecer e admirar Ana Rinaldi. Amiga acolhedora. Profissional competente, dona de uma inteligência viva. Minuciosa em suas anotações (onde andaré seu precioso caderninho?). Generosa em sua atenção a todos que lhe pediam ajuda. Paciente. Infinitamente paciente. Inspiradora.

Em seus momentos mais difíceis, Ana conseguiu não afligir aqueles que a rodeavam com lamentações. Mostrou-se positiva sempre. Procurou fruir a vida até quando isso lhe foi permitido. O destino privou a Procuradoria Geral do Estado de alguém que muito ainda tinha para compartilhar. Ana levou consigo uma parte importante da história de nossa Instituição e deixou um vazio, um silêncio seco e profundo.

Nós que tivemos a oportunidade de seguir sua trajetória, de partilhar suas impressões, de vê-la transformar-se de jovem idealista em madura agente de transformações, temos a obrigação de transmitir seu legado e seu exemplo. Saibam todos que não a conheceram que Ana Rinaldi fez por merecer cada linha que a homenageia. Ela é credora de nossa profunda gratidão. E mais não posso dizer porque, como escreve o poeta, *“Eu não sei falar porque estou a sentir”* (Fernando Pessoa).

**DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS**



**E**u a conheci num final de tarde frio, 8 de julho de 2002, naquelas instalações kafkianas da Avenida São Luiz. Na sala do José Renato, discutíamos questões de direito eleitoral, e ela assomou à porta com seus óculos de aros dourados, cabelo claro e curto, bastante agasalhada, semblante cansado, mas, como quase sempre, sorridente.

Tínhamos alguns amigos – a Teresa, o Jorge – em comum na Procuradoria. Eu trabalharia também com ela a partir do mês seguinte, combinamos alguns detalhes. Depois, em agosto, já ao segundo ou terceiro dia de trabalho, tínhamos virado amigos desde a vida inteira, embora ela continuasse minha chefe por mais quatro anos e meio. Não havia praticamente assunto interdito entre nós; ela ria de esquisitices minhas, trocávamos livros de presente e, com alguma melancolia (ou às vezes com autoironia), víamos se desfigurando as ilusões de uma parte da geração que chegou à idade adulta entre o final dos anos de 1970 e início dos de 1980.

Os dois éramos migrantes em São Paulo, os dois víamos no serviço público um lugar de trabalho ascético, até que bem pago. Certa vez, por conta de “notes”, algo duro que ela soltava, a chamei, meio de brincadeira, de “control freak”, e ela aparentando contrariedade talvez assentisse por dentro. Quando nos separamos profissionalmente, no final de dezembro de 2006, me deu conselhos bem precisos, com dedo quase em riste me lembrou dos ouvidos que as paredes às vezes têm. Prometi obedecer, e durante alguns dias assim foi. Vieram depois sete anos de notícias inverossímeis, porque Ana estava como sempre, ou melhor que sempre, minha amiga que era uma mulher inteligente, disciplinada, corajosa e discreta, sempre capaz de encontrar um ângulo otimista, porém não ingênuo, para as coisas, de quem eu gostava ainda mais do que em algum momento intuí.

Ela passou a morar no meu coração, na minha desmedida memória, e me deixou pasmo e torporoso, condenado a ouvir “Tears in Heaven”, uma e outra vez, obsessivamente, durante este último outono. E, às vezes, perambulando por minha casa ou no trabalho, ainda me pego a discutir, a remexer nossos assuntos para sempre inconclusos.

**JUAN FRANCISCO CARPENTER**



A minha grande amiga Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi foi uma das mais notáveis Procuradoras do Estado que a PGE já ostentou em seus quadros.

Externava verdadeira devoção às questões jurídicas que destrinchava com maestria em seus pareceres, denotando erudição, competência e sólidos conhecimentos jurídicos.

Costumava atender a todos que a procuravam para a solução de alguma dúvida jurídica com a mesma doçura, humildade e cortesia. Dotada de uma memória invejável, lembrava-se dos pareceres aprovados no passado, das orientações, da legislação, de tudo!

Na convivência do dia a dia, conversávamos sobre todos os assuntos. Ela costumava falar com carinho das filhas Marina e Luísa, e do marido, a quem se referia, afetuosamente, como “PH”. Preocupava-se especialmente com o futuro das “meninas”, e com a mãe. A cachorrinha Nala adoçava seus momentos mais amargos.

Apaixonada pela sétima arte, tinha imenso prazer em assistir a um filme na “telona”. Tive a oportunidade de com ela partilhar alguns desses momentos nas nossas inesquecíveis noites de quinta-feira.

Quis o destino que ela nos deixasse muito cedo. Desde o feriado de Carnaval de 2014, abriu-se um vazio que jamais será preenchido nas vidas de quem a conheceu de perto, e na Procuradora Geral do Estado, que perdeu um de seus expoentes.

**SILVIA HELENA FURTADO MARTINS**





**E**ra o ano de 1992. Tirei a sorte grande de ser chefiada pela Ana Maria na Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública. Excelente profissional que congregava inteligência aguçada, grande conhecimento técnico, seriedade, fibra, constante bom humor e uma doçura sem tamanho. Personalidade agregadora que sempre soube com maestria formar e dirigir uma equipe, respeitando as características individuais e extraindo o melhor de cada um de nós.

Da convivência diária no trabalho nasceu não apenas a admiração por uma pessoa tão especial, mas uma amizade sólida e um querer bem sem limites. Tamanha a sua generosidade, acolheu-me, muito mais que como uma grande amiga, como irmã, e assim me tratou por todos esses anos de uma convivência em que sempre se mostrou disponível.

Partilhou os bons momentos, com aquele sorriso tão cativante que os tornavam ainda melhores, como também sempre ajudou a enfrentar outros tantos, muitas vezes difíceis, mas que a sua tranquilidade, sabedoria e compreensão sempre puderam transformar em menos espinhosos. Pelos vários lugares da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo por onde passou, agregou admiradores e amigos e deixou a todos aqueles que com ela conviveram uma lição de otimismo: “A vida é dura, mas é bela”. Querida, uma saudade eterna.

**SILVIA HELENA NOGUEIRA NASCIMENTO**



# Constituição<sup>1</sup>

José Afonso da Silva<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1. Constituição normativa – 2. Concepção culturalista de constituição – 3. Conclusão.

---

## 1. Constituição normativa

1. A constituição há de ser considerada no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a considerarmos desgarrada da totali-

---

1 Este texto é uma versão bastante reduzida de capítulo de livro que está no prelo. Destaquei-o e reelaborei no essencial especialmente para ser publicado em homenagem à Dra. Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, falecida em março deste ano com apenas cinquenta e cinco anos de idade. Ana Maria tinha boa formação jurídica, sobretudo em direito administrativo e direito constitucional. Ela era Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública no período em que exerci ali o cargo de Secretário. Raramente vi uma procuradora com tanto descortino, com tanta competência e, sobretudo, com tanta coragem. Não raro, ela enfrentava posições contrárias com a maior tranquilidade. Os processos disciplinares contra delegados vinham do conselho da polícia civil sempre no sentido da absolvição do imputado, qualquer que fosse a falta que tivesse cometido. Ana Maria examinava esses processos com muito rigor. Se o imputado merecia a absolvição, ela concordava fundamentadamente, mas se entendesse que o imputado, de acordo com a prova dos autos, tinha cometido falta grave sujeita à demissão a bem do serviço público, ela não tinha dúvida em propor, também fundamentadamente, a aplicação da penalidade merecida. Sempre me apoiiei em seus pareceres, porque sempre eram corretos, sempre eram bem fundamentados. Tinha por ela, por tudo isso, o maior respeito e carinho. Lamentei profundamente sua morte, tão precoce. Sinto-me muito honrado em participar, ainda que muito modestamente, da homenagem que a Procuradoria Geral do Estado está prestando a ela.

2 Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo e livre-docente em Direito Constitucional pela mesma universidade. Sua área de atuação principal é o direito constitucional. Tem diversos livros e artigos publicados sobre o tema.

dade da vida individual, sem conexão com o conjunto da comunidade como interferência das condutas entre sujeitos e instituições sociais<sup>3</sup> e políticas. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir da comunidade, formando os elementos constitucionais do grupo social que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais.<sup>4</sup>

Mas a constituição não se confunde com o regime político, como certa corrente doutrinária pretende. Ela é sempre normativa. Compreende os elementos jurídicos estruturais da sociedade estatal. Pode ocorrer desajuste entre as regras escritas de um documento constitucional e uma projeção ideal de constituição. Mas naquele instante regem as regras escritas como forma de interpretação dos elementos estruturais, quando nada, impondo e assegurando determinado valor que o poder entende como mais adequado, embora não o mais justo.

A constituição seria, pois, algo que tem, como *forma*, um complexo de regras (escritas ou costumeiras); como *conteúdo*, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como *fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como *causa* criadora e recriadora, o poder. Não pode ser compreendida e interpretada se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.<sup>5</sup> Isso não impede que o estudioso dê preferência a dada perspectiva. Pode estudá-la sob ângulo predominantemente formal, ou do lado do conteúdo, ou dos valores assegurados ou da interferência do poder.

## 2. Concepção culturalista de constituição

2. Carnap declara que constituição é sempre constituição de um objeto. Ou seja, todo objeto, assim, tem sua constituição que é seu modo

---

3 Sobre essas ideias, cf. Aftalión, Enrique R.; Olano, Fernando García; Vilanova, José. *Introducción al Derecho*, cit., pp.27s. (“Sentido y estructura”).

4 Nosso *Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, pp. 12 e 13.

5 Cf. Aftalión et al, ob. cit., p. 30.

de ser. A constituição dos *objetos do mundo físico*, como seu modo de ser, é de sua essência, envolvendo sua estrutura interna e sua forma externa. Os *objetos do mundo cultural*, igualmente, têm sua constituição como seu modo de ser, mas sua estrutura é diferente, porque, para a sua constituição contribui o espírito humano, mediante a projeção de um valor sobre um suporte, não importando aqui a distinção entre objetos culturais mundanais e objetos culturais egológicos da teoria de Carlos Cossio. O tipo de valor projetado (estético, sagrado, jurídico etc.) dará a natureza do objeto e do seu modo de ser, ou seja, de sua constituição; especialmente acrescenta a esta a finalidade, a função e o sentido, que não existem na constituição dos objetos físicos.

3. Os *objetos culturais* são coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores, criados não apenas no sentido de produzidos, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente produzida, se integra com a presença e participação do espírito humano.<sup>6</sup>

A essência do bem cultural consiste na sua peculiar estrutura em que se fundem, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido. Por isso se diz que o ser do bem cultural é *ser um sentido*. “Todo objeto cultural consiste em um substrato e em um sentido em relação de compenetração”, diz Carlos Cossio.<sup>7</sup> Ou, no dizer de Miguel Reale: “O bem cultural apresenta sempre dois elementos: o primeiro chamaremos de ‘suporte’ e o segundo, de ‘significado’, sendo esta expressão particular de um ou mais valores”.<sup>8</sup>

4. Ora, a Constituição é produto do espírito humano. Tal como a entendemos hoje proveio do *constitucionalismo* entendido como o movimento político, filosófico, cultural voltado para a conquista de documentos constitucionais em que se fixam princípios liberais-democráticos.<sup>9</sup> Nasceu ela da necessidade histórica de limitar a ação do poder e

6 Cf. Carlos Cossio. *Teoría Ecológica del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 76.

7 Idem, *Ibidem*, p. 64.

8 Cf. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 200.

9 Cf. Augusto Barbera (ord.). *Le Basi Filosofiche del Costituzionalismo*. Roma: Laterza, 1997. p. 3.

garantir a vigência dos direitos da pessoa humana, por meio de uma constituição escrita, criada, assim, como um instrumento eficaz dessas lutas. Gerada no bojo do absolutismo do século XVIII, como forma de positivizar as liberdades fundamentais, fecundou-se de novos direitos ao longo desses dois últimos séculos.

5. Assim, criada no correr da história, a constituição se revela como um típico objeto cultural. Se assim é, temos de procurar, nesse objeto, a peculiar estrutura que caracteriza os objetos culturais, ou seja, um *substrato* ou *suporte* e um *sentido* ou *significado*, sendo este a expressão de um ou mais valores. Busquemos, primeiro, definir os valores de que se impregna a constituição.

6. O culturalismo jurídico, em geral, estabelece um plexo de valores jurídicos, que, com pequenas variações, podem ser assim enumerados: a *justiça*, a *segurança*, a *certeza*, a *ordem*, a *paz social*, a *solidariedade*.<sup>10</sup>

Racbruch, não sem razão, reduz os valores jurídicos à *justiça* e à *segurança*. No dizer dele, são esses os elementos universalmente válidos da ideia de Direito.<sup>11</sup> Há uma nítida tensão entre esses dois valores, porque a segurança exige a positividade, e o direito positivo aspira impor-se com uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente da sua justiça.<sup>12</sup> É isso que permite falar-se em ordem jurídica injusta, a ponto de, não raro, se chegar a tal extremo de injustiça que a solução desse conflito entre segurança jurídica e justiça só se realiza por meio de uma revolução.

7. A Constituição acolhe todos esses valores. Como direito positivo, ela garante os valores da ordem, da segurança e da certeza, que são valores próprios da positividade do direito. Acolhe o valor da *justiça* que é o valor próprio do direito, como coexistência harmônica e livre das pessoas segundo proporção e igualdade.<sup>13</sup> Mas os valores constitucionais vão muito além desses valores comuns da ordem jurídica. Veja-se, por

10 Cf. Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedade y Derecho*. México: Porrúa, 1952. p. 490; Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, cit, pp. 419 e 604s; Carlos Cossio. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954. p. 84

11 Cf. *Filosofia do Direito*. v. I. Coimbra: Arménio Amado, 1953. p. 199, trad. de Cabral de Moncada.

12 Idem *ibidem*, p. 201.

13 Cf. Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 245.

exemplo, o preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, que considera *valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social: os *direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça*.<sup>14</sup> Mas esses são apenas os valores supremos. O seu art. 3º reforça dizendo que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: constituir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades, promover o bem de todos. Por tudo isso se vê que os direitos fundamentais em todas as dimensões são tidos como valores supremos.

O art. 1º da Constituição espanhola consigna que Espanha se constitui em um Estado social e democrático de direito, que propugna como *valores superiores* de seu ordenamento jurídico a *liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político*. A Constituição portuguesa também se refere à sociedade livre, justa e solidária, que são valores constitucionais, ainda que ali não o diga. A *dignidade humana* é um valor constitucional que permeia todos os ordenamentos constitucionais contemporâneos, expressamente<sup>15</sup> ou implicitamente. No entanto, não foi ela indicada no preâmbulo da Constituição brasileira como um dos valores supremos, como também não o fora no art. 1º, 1, da Constituição espanhola, o que foi motivo de reclamação de Lucas Verdu, ao que Gregório Peces-Barba ponderou, ao meu sentir com razão, que “a dignidade humana é o fundamento e a razão da necessidade desses valores superiores, é a raiz última de tudo, e creio que sua inclusão entre os valores superiores não é metodologicamente correta, posto que esses são os caminhos para fazer efetiva a dignidade humana”.<sup>16</sup>

8. Não cabe, nesta exposição, uma discussão sobre os conteúdos desses valores. Importa agora desvendar qual é o suporte ou substrato desses valores constitucionais. Vimos que todo objeto de cultura, e a constituição o é, compõe-se de dois elementos: um *substrato* (ou suporte)

---

14 O preâmbulo da Constituição da Colômbia, sem falar em valores, consigna valores semelhantes: a vida, a convivência, o trabalho, a justiça, a igualdade, o conhecimento, a liberdade e a paz.

15 Cf. Constituição brasileira de 1988, art. 1º, III; Constituição portuguesa, art. 1º; Constituição espanhola, art. 10, 1; Constituição colombiana, art. 1º; Constituição peruana, art. 1º; Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, art. 1º.

16 Cf. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986. pp. 85 e 86.



e um *sentido*, este é a expressão dos valores; sentido é o vetor para onde aponta o valor ou apontam os valores impregnados no substrato; por isso, à vista dos valores supremos indicados no seu preâmbulo, podemos afirmar que a Constituição brasileira aponta para a plena realização dos direitos humanos. Qual o substrato desses valores constitucionais?

9. Sobre esse assunto, permitimo-nos recorrer a um texto de nossa autoria relativamente à teoria de Miguel Reale e de Carlos Cossio.<sup>17</sup> Miguel Reale concebeu uma *tridimensionalidade específica*, dinâmica que, segundo ele, se concretiza numa unidade orgânica em que as três dimensões do Direito (fato, valor e norma) constituem momentos de processo de concreção unitária. Não se sabe exatamente o que é *fato* nessa concepção, como, nela, não está claro qual o suporte do valor ou valores jurídicos. E esse é um problema que complica a unidade da teoria. Em qualquer outro campo da cultura, seus objetos se apresentam com uma estrutura precisa: um *valor* adere a um *suporte* e o bem se revela por sua *forma*. Estrutura tríplice. Assim, numa estátua, o suporte é o material de que ela é feita: bronze, mármore etc., o valor é o belo, a forma é o seu modo de ser. Mas Miguel Reale só encontra dois elementos no bem cultural: *suporte* e *significado*.<sup>18</sup> Isso quebra a tridimensionalidade. Os bens culturais, por regra, têm seu significado unificado num único valor: na moral, a *virtude*, que, impregnando um especial modo de agir humano, gera uma conduta moral; na estética, o *belo*, que, segundo a natureza do suporte em que é projetado, se revela por uma *forma* especial como estátua, uma canção, um quadro etc. “O que interessa [*diz o próprio Miguel Reale*], o que vale em uma estátua é sua forma, que traduz uma expressão de beleza, assim como em um quadro o que vale não é a tela, mas aquilo que o toque criador do artista soube projetar no mundo objetivo, tornando universal a singularidade de uma vivência e perene o fluxo de sua experiência axiológica.”<sup>19</sup>

No campo jurídico, contudo, não há essa unidade de valor, não há um valor apenas, mas um *plexo de valores*, de sorte que, se a tridi-

17 Para o texto que segue, cf. José Afonso da Silva, *A Faculdade e meu Itinerário Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 411-416.

18 Cf. *Filosofia do Direito*, cit., p. 200, n. 94.

19 Idem, *ibidem*.

mensionalidade específica resolveu a tensão fato-norma, não solucionou, nem sequer problematizou, o conflito entre valores jurídicos. Não basta admitir que o valor fundante do Direito seja a *justiça*, porque, não raro, esse valor está em conflito com o da *segurança* e o da *certeza*, por exemplo. Outra questão que não me parece bem resolvida na teoria da tridimensionalidade é a do suporte dos valores jurídicos. Miguel Reale buscou solução. Dá um exemplo: “Vejam um cheque ou uma letra de câmbio. Eis um bem cultural que tem suporte material, um pedaço de papel apresentando palavras e números que nossos olhos veem, de cuja efetividade nos certificamos. Esse pedaço de papel, com o que nele está impresso, alberga um significado jurídico”.<sup>20</sup> Sim, esse bem jurídico é um bem cultural, mas onde estão nele o fato, o valor e a norma? Trata-se de um documento que materializa uma relação jurídica de débito e crédito. Mas esse documento não é a norma que consubstancia o Direito materializado e impõe a obrigação. O documento não cria o Direito, apenas o reconhece e materializa. E o fato, onde está? Se o devedor não pagar, surge um fato, mas esse fato se relaciona com outra norma, a que garante a sanção. Miguel Reale oferece outros exemplos: no depoimento de uma testemunha, na confissão de um réu, na declaração de vontade, o suporte é um *ato psíquico*. E o valor e a norma? Diz que há bens jurídicos que têm como suporte *objetos ideais*, de que “mais cuida o jurista, ao buscar na lei, não apenas os seus enlances lógico-formais, mas o seu ‘espírito’ e a sua projeção axiológica”.<sup>21</sup> Há uma passagem importante que merecia desdobramento porque insinua a distinção entre texto e norma:

“É certo que todas as normas jurídicas, como as reunidas em um Código, são material ou fisicamente representadas, mediante signos ou símbolos verbais, mas o ‘juízo lógico’ que as estrutura é, por sua vez, suporte de significados que transcendem evidentemente o plano lógico-formal, referindo-se à existência humana e à salvaguarda de seus valores.”<sup>22</sup>

Onde se tem uma afirmativa mais precisa do suporte dos valores jurídicos é neste texto em que mostra que a norma jurídica não é simples

20 Idem, *ibidem*, p. 223.

21 Idem, *ibidem*, p. 224.

22 Idem, *ibidem*.

entidade lógico-formal, suscetível de ser concebida com total abstração de seu conteúdo de natureza axiológica. “Ao contrário, além do valor lógico que lhe deve ser inerente (...), o *juízo de dever ser* aponta para um valor, destina-se a promover a tutela de algo valioso, de ordem moral, econômica, estética etc.”<sup>23</sup> Parece ser lícito concluir daí que, na doutrina realeana, o suporte dos valores jurídicos são as normas, como juízos de dever ser, o que fica explicitamente estabelecido, quando, em seguida, afirma que no juízo lógico-normativo, suporte e significado estão muito unidos,<sup>24</sup> e melhor ainda quando, em outra obra, contestando Cassirer, entende “que um objeto *cultural* pode ter como suporte um *objeto ideal*, como as *normas jurídicas*”.<sup>25</sup> O que é grave aqui é considerar *norma jurídica* como *objeto ideal* na linha do normativismo logicista de Kelsen. A questão fica confusa quando, na mesma obra, afirma que “*fato e valor* atuam um sobre o outro, dessa tensão resultando a *norma jurídica*”.<sup>26</sup> Ora, se é a norma jurídica que é o suporte do valor, esse texto fica incompreensível, porque, por ele, suporte é o fato...

O problema é que, formulada a doutrina de que a norma é o suporte do valor, fica ela reduzida a apenas dois elementos: a norma e seu significado (valor), o que suscita a questão de saber o que é fato na teoria da tridimensionalidade. *Fato suposto* ou *fato concretizador*? Se for o primeiro, não temos fato, mas apenas hipótese de fato (fatispécie). Se for o segundo, teremos que concluir que a tridimensionalidade só se fecha com a subsunção, ou norma de decisão.<sup>27</sup> Foi em *O Direito como Ex-*

23 Idem, ibidem, p. 225.

24 Idem, ibidem.

25 Cf. *Experiência e Cultura*, Campinas, Bookseller, 1999, p. 84, nota 65.

26 Idem, ibidem, p. 181, também p. 200.

27 Além do que se dirá sobre a concepção do autor sobre fato, constante de *O Direito como Experiência*, quero fazer, a propósito do tema suscitado neste lugar, referência à concepção que deixou estampada em *Lições Preliminares de Direito (infra)*: “Entendemos por fato jurídico todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa. Por dois modos essa correlação se opera. Em verdade, o elemento *fático* existe tanto quando se formula a hipótese normativa (“Se F é”, isto é, se um fato ocorrer que corresponda à hipótese “F”) como quando, na mesma norma, se prevê a consequência que deverá ou poderá sobrevir por ter ou não ocorrido F: “deverá ser C ou D” (p. 228). E em seguida: “O *fato*, em suma, figura, primeiro, como espécie de *fato prevista na norma (fatispecie, Tatbestand)* e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o *fato* está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra e

*perícia* que o autor dedicou espaço mais amplo ao fato que interessa ao Direito. Aqui, se bem interpretamos, o *fato* tanto é considerado como pressuposto da normatividade *in fieri*, ou seja, no momento da criação do Direito positivo, como no momento da aplicação normativa, ou seja, no processo de subsunção. Em qualquer caso, o fato não é tomado em sentido naturalístico: “Sob o prisma da norma em elaboração, *fato* significa tanto o dado de natureza ou um acontecimento independente da vontade humana, como os eventos e realizações resultantes dela (os *objetos histórico-culturais*), inclusive os modelos jurídicos enquanto já positivados, isto é, enquanto já *feitos* pelo homem”.<sup>28</sup> Ainda nesse momento, observa que “a tensão fático-axiológica, que se percebe na raiz do processo nomogenético, reflete-se, como não podia deixar de ser, no plano da aferição normativa dos fatos, isto é, de todo evento suscetível de qualificação jurídica e, por conseguinte, de gerar efeitos de Direito, tenha ou não havido intenção de produzi-los como tais”. No outro momento, o *fato* é encarado no processo de subsunção, quando trazido ao conhecimento do juiz, em que o *fato* é *significativo de algo*, sob a *nota de tipicidade*. “Há, pois, no conceito de fato, capaz de interessar ao Direito sempre uma *nota de tipicidade*, pelo menos embrionária, nota essa que é de natureza axiológica. Aliás, o citando Engisch, reconhece que ‘a subsunção de uma situação de fato concreta e real a um conceito *pode* ser entendida como enquadramento desta situação de fato, do *caso*, na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstrata da regra jurídica’.”<sup>29</sup> Tem-se assim o *fato-tipo*, que “envolve certo grau de ‘tipicidade fática’ para que se torne possível o ato de ‘subsunção normativa’”.<sup>30</sup> O fato é concebido “não como algo posto *ab extra*, como uma coisa que ‘entre’, em dado momento, a fazer parte do mundo do Direito, mas já é *fato dotado de sentido*, desse mesmo sentido que se objetivou, abstratamente, na estrutura do modelo jurídico”.<sup>31</sup> Oferece, finalmente, a seguinte passagem que me parece poder ser tida como uma

---

como *fato concreto*, no momento de sua aplicação” (p. 229). Lá está o *fato suposto* (ou pressuposto de fato), aqui está o *fato concretizador* (subsunção).

28 Cf. Miguel Reale. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 203.

29 Idem, *ibidem*, p. 205.

30 Idem, *ibidem*, p. 208.

31 Idem, *ibidem*, p. 207.

síntese do assunto: “A rigor, é a já apontada *qualificação do fato ao nível imediato da causalidade motivacional* que torna possível a síntese ou integração normativa: *a tipicidade opera, por conseguinte, como elemento de mediação entre o nexó fato-valor e a solução representada pela norma de direito*”.<sup>32</sup>

Aqui, como se vê, entra um quarto elemento na estrutura da teoria: a *tipicidade*. Em certo momento, vimos que o *valor* era o elemento que atuava no conflito fato-norma. Depois, da tensão fato-valor é que resulta a norma jurídica. Agora temos a tipicidade mediando o nexó fato-valor e daí a norma. Com a devida vênia, a questão do substrato do valor jurídico, a meu ver, não está devidamente definido.

10. Carlos Cossio concebe também os três elementos da experiência jurídica, sem falar em tridimensionalidade. Ele diferencia objetos culturais, segundo a natureza dos respectivos suportes, em *mundanais* e *egológicos*. Os primeiros têm como substrato um objeto material, independente do homem; os segundos têm como substrato a própria conduta humana, em sua interferência intersubjetiva, que é inseparável do *ego* (daí: *egológico*).<sup>33</sup> Assim, os objetos mundanais são *vida humana objetivada*, enquanto os egológicos são *vida humana vivente*, porque, nestes, a vida humana não sai de si mesma.<sup>34</sup> Mostra, em seguida, que a experiência jurídica se integra com três elementos: “a estrutura lógica da norma, os conteúdos dogmáticos por ela mentados que se dão à intuição e a valoração jurídica existente que se dá à intuição emocional”.<sup>35</sup> Aí estão claramente definidos: fato, valor e norma. Na teoria egológica, a *conduta humana*, como liberdade fenomenalizada e interferência intersubjetiva, é que constitui o *suporte dos valores jurídicos*, integrados, esses dois elementos, numa unidade de sentido, com os quais a *norma* relaciona numa relação gnoseológica de conceito a objeto.<sup>36</sup> A norma assim é pensamento que se expressa com palavras que o intelecto capta em sua significação.<sup>37</sup> As

32 Idem, ibidem, p. 206.

33 Cf. *Teoría de la Verdad Jurídica*, p. 70.

34 Idem, ibidem, p. 74.

35 Idem, ibidem, p. 131.

36 Idem, ibidem, p. 133.

37 Idem, ibidem, p. 96.

normas não são coisas sensíveis que se podem ver com os olhos. A norma é dever ser lógico da imputação,<sup>38</sup> é um juízo.<sup>39</sup>

A dificuldade de aplicar essa doutrina à constituição está em que existem regras constitucionais que não regulam diretamente conduta humana, como são exemplos o art. 1º da Constituição brasileira: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...” e mesmo o art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essas regras não exprimem dever ser. Não é o caso aqui de entrar a fundo nessa questão. Mas é do consenso geral que somente as regras que exprimem dever ser se caracterizam com norma, só elas são dotadas de valor jurídico.

11. Como nem a doutrina de Miguel Reale nem a de Carlos Cossio sobre o substrato dos valores constitucionais satisfazem ao nosso espírito, temos de tentar encontrá-lo de outro modo, aqui só vamos adiantar a conclusão, qual seja a de que o substrato ou suporte dos valores constitucionais se encontra nos textos constitucionais, mais especificamente nos enunciados de que se compõem os textos das Constituições, conforme teoria dos textos e dos enunciados constitucionais, que apresento em um volume sobre a teoria do conhecimento constitucional que se encontra no prelo.

### 3. Conclusão

12. A conclusão é simples: constituição, qualquer constituição, é sempre um repositório de valores; expressão de cultura; se não for assim, não passará de um simples nome, ou de uma simples folha de papel (Lassale). Ao mesmo tempo em que é um objeto de cultura é também protetora de direitos e bens culturais. É, pois, mais do que um simples texto jurídico, porque esse texto está impregnado de valores, como o da convivência democrática, da segurança e da justiça, como pauta de comportamento de todos e especialmente do poder.

---

38 Idem, *ibidem*, p. 97.

39 Idem, *ibidem*, pp. 100 e 103.



# Doutrina contemporânea do federalismo

Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>1</sup>

*Dedico este texto à inesquecível Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, sempre presente em minha afeição, a quem presto homenagem por suas qualidades que sempre admirei, lembrando, entre outras muitas, a competência e a seriedade na sustentação de seus pareceres; a delicadeza no trato dos colegas e um temperamento alegre que desanuviava quaisquer tensões no ambiente de trabalho.*

---

**Sumário:** 1. Antecedentes históricos do federalismo – 2. A implantação do federalismo no mundo contemporâneo – 3. Linhas gerais do federalismo contemporâneo – 4. Fases do federalismo contemporâneo: o federalismo dual – 5. Fases do federalismo contemporâneo: o federalismo cooperativo – 6. Fases do federalismo contemporâneo: o federalismo de equilíbrio – 7. A Federação no Brasil: implantação do federalismo dual – 8. A Federação no Brasil: implantação do federalismo cooperativo – 9. A Federação no Brasil: “federalismo de integração” – 10. A Federação no Brasil: a busca por um federalismo de equilíbrio – 11. Competências materiais e legislativas privativas dos Estados – 12. Competências materiais e legislativas concorrentes dos Estados – 13. Normas constitucionais responsáveis pela centralização federativa – 13.1. O artigo 37 da Constituição Federal – 13.2. O artigo 75 da Constituição Federal – 14. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 15. Conclusão.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Doutora Sênior da mesma instituição de ensino superior. Membro fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto “Pimenta Bueno”.



## 1. Antecedentes históricos do federalismo

Quando se menciona a contemporaneidade em tema de federalismo, como no caso destas considerações, fica implícito que o federalismo não nasceu hoje e que conheceu, ao longo do tempo, diferentes contornos.

De fato, já na antiguidade greco-romana vamos encontrar raízes do modelo federal de Estado, que mais o aproximam do modelo confederativo, é verdade, mas salientam, de toda forma, os fundamentos associativos sobre os quais se construíram as federações.

Como lembra JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO<sup>2</sup>, a Grécia antiga demonstrou “o desejo de uma unidade mais estreita, em razão da intensa solidariedade espiritual, mas, ainda, por condições políticas e econômicas”.

E cita exemplos como o de PÉRICLES, ensaiando criar uma união integrada de todas as cidades gregas, a liga lacedemônica, que teve caráter estritamente militar, com uma única política exterior voltada à defesa comum. Também é lembrada por BARACHO a liga acaiana, por intermediação do regime de Alexandre, o Grande, fundada para conduzir a luta suprema contra os romanos e que criou um sentimento durável de unidade entre todos os gregos. Nessa aliança acaiana o poder central tinha competência para as relações exteriores e a defesa; havia um sistema único de pesos e medidas e uma só moeda federal. POLÍBIO dizia dessa organização que “seria como uma só cidade, se fosse cercada por uma muralha”<sup>3</sup>

Como explica mais o saudoso constitucionalista mineiro<sup>4</sup>, essas confederações eram diversificadas, às vezes temporárias, às vezes permanentes, criadas por tratados civis ou políticos, para serem alianças defensivas ou ofensivas, mantendo cada integrante independência completa. Diferentes, pois, da ideia posterior de confederação.

2 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Belo Horizonte: Fumarc/UCMG, 1982. p.11.

3 Cf. citação de STEFAN SCHEPERS, feita por BARACHO, José Alfredo de Oliveira, op. cit., p.11/12.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira, op.cit., p.12.

Mas não só na Grécia antiga encontram-se exemplos de confederações e federações embrionárias. KARL LOEWENSTEIN<sup>5</sup> menciona, em séculos posteriores, entre outras, a “aliança eterna” (ewige Bund) dos cantões suíços, nos séculos XIV e XV, como também a União de Utrecht (1569), entre sete províncias dos Países Baixos.

De tudo isto, resulta correta a afirmação de SCHEPERS<sup>6</sup> de que as bases dos Estados federais e os princípios essenciais do federalismo se desenvolveram *pari passu* com a história europeia: “une Europe fédérale serait la continuation d’une longue histoire”.

## 2. A implantação do federalismo no mundo contemporâneo

Mas, passando desde logo para o século XVIII, quando se chega à formatação do Estado Federal no mundo contemporâneo, que cabe analisar, vê-se que a federação então idealizada e implantada inicialmente nos Estados Unidos tem uma feição mais bem acabada, nascendo com o propósito de corrigir problemas que dificultavam a convivência nos moldes confederativos adotados após a Independência, em 1776.

Como é sabido, foi ratificado em 1781 o tratado denominado “Artigos de Confederação”, celebrado em 1776 pelos Estados independentes em que haviam se transformado treze das antigas colônias britânicas da América. Tinham eles se unido em uma estrutura confederativa, conforme resulta do art. 2º do aludido tratado, em que se lê: “Cada Estado reterá sua soberania e cada poder, jurisdição e direitos, que não sejam delegados expressamente por esta confederação para os Estados Unidos em Congresso”.

Pois bem, deflui da lógica do acordo então concluído a delegação de certos poderes, expressamente enumerados, ao Congresso, na consideração de que, em algumas oportunidades, seria necessária a tomada de decisões comuns a todos.

Mas também deflui do tratado a manutenção da soberania plena de cada integrante da confederação, daí resultando, seja a possibilida-

---

5 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabinarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 2. ed. 1970. p.354.

6 SCHEPERS, Stefan. *Le Fédéralisme de la Grèce Antique aux Provinces Unies des Pays-Bas*, nº 2, 1976, p.176.

de de rompimento dos laços, por unidades confederadas, se assim lhes parecesse conveniente (o que, na verdade, não chegou a acontecer), seja o desatendimento das determinações dos “Estados Unidos em Congresso”, principalmente as relativas ao fornecimento de recursos financeiros e humanos necessários ao funcionamento da confederação. Fato este tanto mais grave se considerarmos a ausência de previsão de sanções pela inobservância das leis da União, que, na prática, assumiam o caráter de meras recomendações.

A par desse inconveniente, dificultava o funcionamento da confederação, o fato de se ter adotado o princípio de as leis da União se destinarem aos Estados e não diretamente aos seus cidadãos, impedindo-se, assim, que a União pudesse aprovisionar recursos diretamente da população, ficando na dependência da intermediação dos Estados, muitas vezes renitentes.

Ainda outros fatores tornavam crítica a convivência na confederação, assim, exemplificativamente, a inexistência de um Tribunal Supremo do Poder Judiciário, capaz de interpretar e aplicar as leis em última instância para superar decisões conflitantes das judicaturas estaduais; a previsão da aquiescência necessária dos treze Estados para a execução de qualquer medida importante da União, e também a inexistência de poder atribuído ao Congresso para regular o comércio exterior.<sup>7</sup>

Enfim, percebendo o rumo preocupante que se delineava, acabaram os líderes políticos reunidos na famosa Convenção de Filadélfia, de 1787, por construir um modelo de organização estatal verdadeiramente novo, dando origem à federação contemporânea, desenhada na Constituição do mesmo ano, que confirma, já na sua abertura, o propósito de aperfeiçoar as instituições norte-americanas ao dizer:

“Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover à defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.”

<sup>7</sup> Esses e outros problemas foram objeto de análise crítica por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, em *O federalista*, trad. Heitor de Almeida Herrera, Brasília: Universidade de Brasília, 1984. Recomenda-se, na citada obra, a leitura mais de perto dos Artigos 15, 16 e 22, de autoria de Alexander Hamilton.

### 3. Linhas gerais do federalismo contemporâneo

Quais as linhas gerais desse novo modelo de Estado? Como bem sintetiza WHEARE <sup>8</sup>,

“a resposta parece ser a de que a Constituição dos Estados Unidos estabelece uma associação de Estados de tal modo organizada, que os poderes são divididos entre um governo geral que em certas matérias [...] é independente dos governos dos Estados associados, e por outro lado, governos estaduais que em certas matérias são, por sua vez, independentes do governo geral.”

Ou, se quisermos a síntese de BERNARD SCHWARTZ <sup>9</sup>,

“O conceito de federalismo de acordo com o qual os fundadores da União Americana agiram se baseava na posição coordenada e independente dos diferentes centros de governo. O que era necessário, em sua opinião, era que cada governo se limitasse a sua própria esfera e, dentro desta esfera, fosse independente do outro.”

E para continuar com a análise precisa de BERNARD SCHWARTZ <sup>10</sup>,

“O federalismo nos Estados Unidos abarca os seguintes elementos: (i) como em todas as federações, a união de um número de entidades políticas autônomas (os Estados) para fins comuns; (ii) a divisão dos poderes legislativos entre Governo nacional e os Estados constituintes, divisão esta governada pela regra de que o primeiro é um ‘governo de poderes enumerados’, enquanto os últimos são governos de ‘poderes residuais’; (iii) a atuação direta, na maior parte, de cada um desses centros de governo, dentro de sua esfera designada, sobre todas as pessoas e todas as propriedades existentes dentro de seus limites territoriais; (iv) o aparelhamento de cada centro com o completo mecanismo de imposição da lei, tanto executivo quanto judiciário; e (v) a supremacia do Governo nacional, dentro de sua esfera designada, sobre qualquer afirmação conflitante de poder estadual.”

---

8 Cf. citação de KENNETH WHEARE. *Federal Government*. 3. ed. 1953, p. 2, feita por SCHWARTZ Bernard. *O federalismo norte-americano atual – uma visão contemporânea*. trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 9.

9 SCHWARTZ, Bernard, op.cit., p.9.

10 SCHWARTZ, Bernard, op.cit., p.10.

Do federalismo norte-americano, acertadamente se pode dizer que configura o padrão de que se extraem os elementos característicos das federações surgidas em tempos modernos. Isto, é claro, com o reparo que sempre costumou fazer, ou seja, o de que as Federações não são todas iguais e talvez na flexibilidade de sua estruturação, guardado o respeito a certos pontos inafastáveis, esteja a receita do sucesso que conhece o modelo federativo em países muito diversificados entre si, permitindo acomodar a diversidade na unidade, ambas vocacionadas a conviver bem na federação <sup>11</sup>.

Não se há de imaginar, portanto, que o modelo inicial implantado nos Estados Unidos tenha se mantido intacto ao longo do tempo. Isto não aconteceu, nem no país de origem, nem nos outros países que decidiram acolhê-lo.

#### **4. Fases do federalismo contemporâneo: o federalismo dual**

Assim é que a doutrina costuma destacar diferentes fases do federalismo contemporâneo.

Acompanhando BERNARD SCHWARTZ, a partir da análise que faz da federação estadunidense, convencionou-se chamar de federalismo dual a montagem que vigorou desde sua implantação em 1787 até os anos de 1930 do século XX.

Como explica o mencionado autor, louvando-se em CORWIN <sup>12</sup>,

“A doutrina baseou-se na noção de dois campos de poder mutuamente exclusivos, reciprocamente limitadores, cujos ocupantes governamentais se defrontavam como iguais absolutos. De acordo com ela, tanto o Governo Federal quanto os governos estaduais tinham destinada a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento de um sistema federal é assegurado e mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual. Os Estados e a Nação são concebidos como rivais iguais e, a menos

11 Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de Almeida. *Competências na Constituição de 1988*, 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.16.

12 Conferir citação de EDWARD CORWIN. *The Commerce Power versus State's Rights*, 1936, p.135., feita por SCHWARTZ Bernard, op. cit., p.26.

que haja uma delimitação rígida de suas competências, teme-se que a própria União sofra uma ruptura em decorrência de sua rivalidade. Isto é verdadeiro especialmente no que se refere à expansão da autoridade federal. Os poderes reservados aos Estados precisam ser preservados zelosamente para não serem tragados pelo Governo de Washington.”

De quanto foi dito, fica clara a essência do federalismo dual, que está no surgimento de um Estado soberano, composto de entidades autônomas, limitada sua autonomia ao âmbito das competências a cada uma assinaladas pela Constituição Federal.

Vale a pena acentuar esses dois pontos. Em primeiro lugar, a originalidade da federação está na construção de um Estado soberano, em que todos – insisto – todos os integrantes são autônomos. Por outras palavras, são autônomos tanto a União como os Estados-membros (no mais das vezes), ou a União, os Estados e os Municípios (em federações como a brasileira atual, na doutrina conhecida como federações de duplo grau<sup>13</sup>). E disso decorre a inexistência de subordinação hierárquica dos Estados à União, que é como eles apenas autônoma, não se equiparando ao Estado Federal, este, sim, soberano, e, portanto, habilitado para estabelecer na Constituição do todo, o campo próprio da competência dos poderes estaduais e do poder central.

Em segundo lugar, o âmbito das competências deste e daqueles, estabelecido, como se acaba de afirmar, na Lei Maior, é de ser rigorosamente respeitado, caracterizando invasão inconstitucional de competência a incursão de qualquer um no domínio que não lhe for próprio. De fato, a autonomia na federação tem na repartição de competências a chave de seu funcionamento, ao demarcar os limites intransponíveis da ação de cada integrante, o que é imprescindível para a convivência harmoniosa do conjunto.

No caso do federalismo dual – voltando aos Estados Unidos –, a demarcação do âmbito de atuação da União, importava muito que fosse claramente definida na Constituição Federal, para que a centralização do poder, necessária, como já foi explicado, para a tomada de decisões

---

13 Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, cit., p.11.

pertinentes ao interesse geral, não diminuísse o papel dos Estados-membros, que somente admitiriam abrir mão de sua antiga soberania, para ingressar na federação como entes autônomos, se não perdessem suas atribuições anteriores além do estritamente necessário. Ou seja, o que se procurava era a adoção de medidas que compatibilizassem adequadamente os fenômenos de centralização e descentralização.

E foi este o caminho adotado inicialmente, como ficou claro no posicionamento sufragado a respeito pela jurisprudência da Suprema Corte, ao interpretar a Décima Emenda à Constituição Federal que estabelece: “Os poderes que não tenham sido delegados aos Estados Unidos pela Constituição e não tenham sido proibidos por ela aos Estados serão reservados, respectivamente, aos Estados ou ao povo”.

Uma das manifestações clássicas, ilustrativas da atitude da Suprema Corte nesse período de assentamento e solidificação do federalismo dual americano, é a que foi feita no caso “*Hammer versus Dagenhart*”, de 1918, conhecido como “caso do trabalho infantil”. Nesse julgamento a Suprema Corte considerou inconstitucional uma lei do Congresso, que proibia, no comércio interestadual, o transporte de produtos fabricados em indústrias que empregassem crianças até determinada idade. Percebe-se que o intuito de tal lei era proteger a infância, com evidente preocupação de índole social. Mas, como afirmou a mais alta Corte, a vedação imposta pela lei interferia indevidamente com a regulamentação do funcionamento dos estabelecimentos manufatureiros, matéria reservada aos Estados, porque não delegada expressamente à União, nem dedutível implicitamente de sua competência expressa de regular o comércio interestadual.

Como afirma BERNARD SCHWARTZ, a propósito dessa decisão, seu resultado virtual “foi tornar ineficientes as tentativas governamentais de regulamentação do trabalho infantil nos Estados Unidos”<sup>14</sup>. E, de outra parte, acrescenta ainda que decisões como esta se ajustavam “perfeitamente à teoria do *laissez-faire* da função governamental que dominou o pensamento político e econômico dos Estados Unidos antes da grande depressão do início dos anos de 1930.”<sup>15</sup>.

14 Cf. SCHWARTZ, Bernard. op.cit., p.29.

15 Cf. SCHWARTZ, Bernard. op.cit., p.29

## 5. Fases do federalismo contemporâneo: o federalismo cooperativo

Mas, a partir exatamente desse período, acompanhando a paulatina transformação do Estado que, de liberal, passa a ser intervencionista, como consequência da mudança de seu papel de mero observador das relações privadas, para o de promotor do bem-estar social, operou-se uma modificação do federalismo dual que vai se transformando no que se convencionou chamar de federalismo cooperativo.

Impunha-se a adoção de medidas enérgicas no campo econômico-social, como as que foram adotadas pela política do *New Deal*, implantada pelo Presidente Roosevelt, com forte tendência centrípeta, a concentrar na União poderes para cooperar no enfrentamento da crise.

A princípio resistente, a Suprema Corte passa, por fim, a partir de 1937, a convalidar a competência da União para legislar sobre matérias antes por ela consideradas como reservadas aos Estados. E a própria decisão paradigmática do caso “*Hammer versus Dagenhart*” foi expressamente revogada em 1941, por ser considerada como fruto de uma concepção do poder federal e do poder estadual que se tornara desatualizada.

Para ilustrar o novo posicionamento do topo do Poder Judiciário americano, vale lembrar a reinterpretação da cláusula do comércio na Constituição, feita no caso “*Estados Unidos versus Wrightwood Dairy Corp.*”, de 1942. Foi a seguinte a decisão naquele caso:

“A comercialização de um produto local, em competição com aquela de um produto semelhante que se movimenta de um Estado para outro, pode interferir de tal modo no comércio interestadual ou em sua regulamentação que permita uma base para a regulamentação congressional da atividade dentro do Estado. É o efeito sobre o comércio interestadual ou sua regulamentação, independentemente da forma particular que a competição possa assumir, que é o teste do poder federal”.

Registre-se que, com o passar do tempo, cada vez mais foi aumentando a ingerência do governo federal na atuação dos governos estaduais, inclusive com a concessão de subvenções condicionadas à aceitação de padrões e controle, com o aval da Suprema Corte, que admite esse tipo



de subvenções, por considerá-las como decorrência do poder que tem o Congresso para fixar as condições de uso do dinheiro desembolsado pela União.

Mas o avanço da centralização que tudo isto representa, não tem sido visto, pelos estudiosos da matéria nos Estados Unidos, como um encaminhamento para um Estado unitário, arraigada como ainda está na sociedade norte-americana a tradição federalista de preservação da autonomia estadual <sup>16</sup>.

Como recorda também ELLIS KATZ<sup>17</sup>, sobre o aumento da autoridade nacional que estaria a reduzir o poder dos Estados, continuam eles a ter um amplo poder de decisão nas matérias de sua competência. Daí o registro significativo que faz, no sentido de que, nos Estados Unidos, “o poder não é um jogo em que ao ganho de um corresponde perda para outro. Os aumentos de poder conseguidos pelo governo nacional não resultam necessariamente em perda equivalente de poder para os governos estaduais”. E aduz mais que “as autoridades federais precisam continuar a negociar com seus correspondentes estaduais como iguais”.

Ao que parece, assim, a colaboração intergovernamental em grande escala, voltada a atingir objetivos comuns, é buscada em base consensual, importando uma autocontenção consciente do poder central que preserva os princípios e práticas da federação.

## **6. Fases do federalismo contemporâneo: o federalismo de equilíbrio**

E o fato é que a Suprema Corte, que, como visto, soube modificar, no tempo certo, seu posicionamento, para adequar-se às exigências de um novo modelo de Estado, tem permanecido atenta à nocividade que uma centralização exagerada possa produzir, dando mostras de seu poder de contenção de excessos do poder central, em detrimento dos poderes estaduais.

16 Cf. SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual – uma visão contemporânea*. Trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 75.

17 KATZ, Ellis. *Aspectos do federalismo norte-americano*. Publicação do Serviço de Informações e Relações Culturais dos Estados Unidos da América – USIS, 1985, pp. 7 e 8.

Apenas para dar um exemplo nesse sentido, que mostra a Suprema Corte como árbitro do federalismo, vale mencionar a sua decisão no caso “Liga Nacional das Cidades *versus* Usery”, de 1976, em que considerou inconstitucionais emendas à legislação trabalhista, aprovadas pelo Congresso, estendendo expressamente aos funcionários públicos estaduais exigências legais federais de salário mínimo e número máximo de horas de trabalho, anteriormente impostas aos empregadores privados. Como ficou decidido, informa SCHWARTZ<sup>18</sup>, “os Estados são imunes à regulamentação federal no desempenho de suas atividades governamentais e a disposição impugnada violava esta imunidade ao suprimir as escolhas dos Estados quanto a políticas de emprego”.

Não se pode categoricamente afirmar que essa, ou outras decisões do gênero, signifiquem um retorno ao federalismo dual, porque é inegável haver nos Estados Unidos, como em muitas outras federações na atualidade, um acentuado pendor a um centralismo maior nas relações federativas, com interferências da União nos governos estaduais. Mas o que se evidencia, isto sim, é a busca de um federalismo de equilíbrio, com um balanceamento melhor das relações federativas.

Não se pretende examinar mais detalhadamente outras federações, até porque isto não seria possível em trabalho elaborado para figurar em obra coletiva, com limitação de espaço. Mas alguma referência será feita, pontualmente, ao que acontece alhures, ao se proceder à análise do federalismo brasileiro, a que se passa agora.

## **7. A Federação no Brasil: implantação do federalismo dual**

A Federação no Brasil chegou com a República, previstas ambas no Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, que as entronizou ao declarar no art. 1º que “A Nação Brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

---

18 SCHWARTZ, Bernard, op.cit., p.49.

Nem é preciso dizer que aí se vislumbra a influência direta do modelo federativo procedente dos Estados Unidos, que era conhecido e admirado pelos estudiosos do Direito no Brasil da época, RUI BARBOSA à frente.

Mas, desde logo, vale registrar que o processo de criação de nossa Federação difere, é o oposto, do processo de criação da federação americana: aquela surge pela agregação de Estados independentes, que abdicam da soberania e passam a integrar, como entes autônomos um único Estado soberano. Esta, a brasileira, resulta da desagregação de um Estado unitário, adquirindo as antigas províncias autonomia que anteriormente não possuíam. E esse fato se registra porque dele advém, histórica e culturalmente, como consequência, uma postura de maior conformismo dos Estados-membros com a projeção mais acentuada da União, o que não deixa de ser uma herança do Estado unitário, com o qual as províncias já estavam mais acostumadas. Assim, a maior centralização e menor descentralização que, como se verá, marca a trajetória do federalismo pátrio, é, de certo modo, explicável.

Pela lógica do federalismo dual, ou se quiserem, do federalismo clássico, a proeminência dos Estados deveria ser a regra, cabendo-lhes todos os poderes não delegados à União e não proibidos a eles pela Constituição. E, como já foi dito também, as competências enumeradas, delegadas à União, restringiam-se às que fossem estritamente necessárias para o atendimento de interesses comuns do todo.

Mas foi igualmente lembrado que o papel da União agigantou-se paulatinamente, com a passagem do Estado de liberal para providencialista, impondo-se a presença do poder central para o atendimento de necessidades crescentes, de cunho social e econômico, que os poderes estaduais não estavam capacitados para atender.

Não fugindo à regra, como aconteceu nas federações em geral, no Brasil também se modificou o arranjo federativo.

De fato, o modelo do federalismo dual foi o que se implantou primeiramente entre nós, com esferas de competências estanques, enumeradas as da União, remanescentes as dos Estados, o poder central abstenendo-se de interferir nos assuntos estaduais.

E vale destacar em especial que se deu então uma repartição horizontal do poder tributário, precisando-se quais seriam as fontes de recursos federais e estaduais, devendo cada esfera se manter com seus próprios recursos. Isto talvez tenha sido a causa primeira a evidenciar a inadequação do arranjo federativo adotado, em face da disparidade de níveis de desenvolvimento entre os diversos Estados.

Como explica MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>19</sup>, deu-se o que os economistas chamam de fenômeno de “causação circular cumulativa”, o que significa que

“os Estados já mais ricos, como São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, prosperaram sob as novas instituições. Sua arrecadação tributária permitia atender convenientemente às necessidades públicas e esse atendimento favorecia maior prosperidade ainda. Os Estados mais pobres, abandonados a si mesmos, não conseguiam atender às necessidades elementares”.

Diga-se de passagem que já aí se insinua o problema do federalismo simétrico, que hoje passou a ser contestado, advogando-se as vantagens de um federalismo assimétrico, mais apropriado para países, como o Brasil, onde são enormes as disparidades de toda ordem entre os entes federados. A isso voltaremos mais adiante.

## **8. A Federação no Brasil: implantação do federalismo cooperativo**

Mas o certo é que, em ordem cronológica praticamente coincidente com a norte-americana, transformou-se em cooperativo o nosso federalismo, basicamente a partir da Constituição de 1934. E isto, de um lado, devido à iniciativa dos próprios Estados mais pobres que, como visto, não conseguiam manter-se sem o auxílio da União e pediam socorro. De outro lado, em razão do intervencionismo estatal que estava na moda, resultando em sensível aumento das competências da União, principalmente no domínio econômico, com paralela restrição das competências estaduais, comprimidas ainda pelo reconhecimento constitucional de um campo de autonomia própria para os Municípios.

---

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado federal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, jan./dez. 1982, v.77. p.134.

A escalada dos poderes federais antecede mesmo a Constituição de 1934. Já por ocasião da reforma constitucional de 1926, à Constituição de 1891, foram estabelecidos os princípios constitucionais da União que deveriam ser obrigatoriamente observados pelos Estados, para não se exporem a uma intervenção federal. E desde então passa a existir uma padronização das Constituições estaduais, com regras de preordenação institucional, apequenando-se a autonomia estadual no plano da auto-organização.

A expansão da autoridade federal não mais cessou, acentuando-se sob a Constituição de 1946, quando do governo de Juscelino Kubitschek, em atenção a seus propósitos desenvolvimentistas e de combate às disparidades regionais.

## **9. A Federação no Brasil: “federalismo de integração”**

Chegamos ao auge da centralização na vigência da Constituição de 1967, mormente após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, de que se diz ter estrangulado a Federação. De fato, chegou-se a rebatizar o federalismo brasileiro, criando o então Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID <sup>20</sup>, a expressão “federalismo de integração”, que mal disfarçava o reconhecimento de um Estado unitário redivivo, com a União aquinhoada com as competências mais importantes, que lhe permitiam condicionar, planejar, dirigir e controlar a atuação dos Estados.

Foram eles obrigados a observar um grande rol de princípios expressos no art.13 da Constituição Federal, sendo certo ainda que, no seu art. 200, se declarava a incorporação automática de tais princípios, no que coubesse, ao Direito Constitucional legislado dos Estados.

Além disso, a partilha de rendas tributárias continuou a menosprezar as necessidades estaduais, ficando aquém do desejável e impondo ainda aos Estados a obrigação de partilhar com os Municípios um percentual da arrecadação do imposto que maior receita lhes propiciava.

Sem contar que, até mesmo em tema importante, como é a criação de novos Estados, por divisão ou fusão dos Estados existentes, estes não

---

<sup>20</sup> BUZAID, Alfredo. *O Estado Federal Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1971. p.10.

eram chamados a se manifestar, embora atingidos num de seus elementos básicos, que é o seu território. Todo o processo de criação de Estados se desenrolava sem consulta aos interessados, por simples aprovação em lei complementar federal.

Deixando de parte o aprofundamento da situação dos Municípios, igualmente inferiorizados então, pela previsão de recursos financeiros insuficientes e pelo não reconhecimento expresso de sua capacidade de auto-organização (a elaboração da Lei Orgânica municipal incluía-se na competência residual dos Estados), o que até aqui foi exposto já autoriza concluir que, efetivamente, tornara-se discutível a caracterização do Brasil como Estado Federal.

## **10. A Federação no Brasil: a busca por um federalismo de equilíbrio**

O grande desafio da Assembleia Constituinte de 1987, tendo decidido manter, como era esperado, a Federação, foi o de afastar os percalços à sua descaracterização, tentando construir um federalismo de equilíbrio.

Pelo menos se orientou nesse sentido o discurso constituinte. Se algum avanço houve é o que se pretende verificar.

Para reabilitar a Federação, teriam os constituintes de ter presente o que dela se espera. E o que de pronto vem à mente é sua missão de promover, exatamente, um relacionamento harmonioso entre seus integrantes, permitindo ações conjugadas, nas respectivas áreas de atuação, que permitam atingir os fins para os quais o sistema foi idealizado. Tais fins foram inicialmente a garantia da liberdade e da eficiência das ações estatais.

Como lembra bem ELLIS KATZ <sup>21</sup>, essas metas tornaram necessário um balanceamento entre o governo federal e os governos estaduais, esclarecendo que,

“Por um lado, se o governo federal, em nome da eficiência, fosse excessivamente poderoso, o autogoverno estaria ameaçado. Por outro lado,

---

21 KATZ, Ellis, *op. cit.*, p.97.

se os Estados permanecessem muito poderosos e autônomos, agora em nome da liberdade, os diversos objetivos que iluminaram a criação do governo federal estariam ameaçados.”

Mais adiante, acresceu-se ao federalismo a função de garantia da democracia participativa, com sua multiplicação de círculos de decisões políticas em que o cidadão fica mais próximo do poder.

Dele também se diz ser vocacionado a fazer dos Estados laboratórios para o desenvolvimento de novas ideias sociais, econômicas e políticas. Mais uma vez retornando à federação norte-americana, foram, por exemplo, adotados primeiramente nos Estados, para depois vigorarem também na esfera da União, o sufrágio universal, a legislação sobre os *pressure groups*, a eleição direta dos senadores, a passagem do *spoil system* para o *merit system* na seleção de funcionários públicos <sup>22</sup>.

Ora, para atender a esses objetivos, o dilema é o mesmo que se teve de enfrentar com relação à liberdade e à eficiência, ou seja, chegar-se a uma composição de forças equilibrada, respeitando o papel que a cada parceiro incumbe: à União o exercício de poderes gerais, voltados aos aspectos unitários da Federação; aos Estados a implementação das políticas gerais, adaptando-as a suas particularidades, sem prejuízo de poderes próprios que vivifiquem sua autonomia.

A doutrina, é certo, não é unânime nas propostas de soluções para o aprimoramento da Federação brasileira. Alguns doutrinadores, como PAULO BONAVIDES e PAULO LOPO SARAIVA, chegam mesmo a admitir que só o remanejamento de poderes não bastaria, porque o binômio clássico União/Estados estaria condenado. E propõem um federalismo de regiões como alternativa, sugerindo um novo pluralismo de bases com a entronização da autonomia política das regiões como um quarto nível de poder.<sup>23</sup>

22 Cf. MATHIOT, André. El Federalismo en “Estados Unidos”. In: BERGER e outros *El Federalismo*. Madri: Tecnos, 1965. p. 264.

23 Cf. BONAVIDES, Paulo. O planejamento e os Organismos Regionais como preparação a um Federalismo das Regiões. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 31, jul./ser/ 1971, p.73, e O caminho para um Federalismo das Regiões. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.65, jan./mar. 1980, p.115. Cf. também SARAIVA, Paulo Lopo. *Federalismo Regional*. São Paulo: Saraiva, 1982.

Outros creem que uma repartição de competências mais adequada poderia criar o desejado equilíbrio nas relações federativas. É o caso de RAUL MACHADO HORTA<sup>24</sup>, cuja assessoria nos trabalhos constituintes foi, sem dúvida, muito importante na definição do modelo de repartição de competências adotado na Constituição, inovando na adoção de competências legislativas concorrentes, em que a União edita normas gerais e os demais entes federados editam as normas suplementares das disposições gerais.

Baseou-se, neste ponto, o constituinte de 1987, no modelo da Constituição da Alemanha, de 1949, que, de modo inovador, como reporta MACHADO HORTA<sup>25</sup>, confere

“nova substância à atividade legislativa do Estado-membro, permitindo-lhe o ingresso no amplo setor da legislação federal, sem prejuízo das regras de coexistência, que demarcam, com maior amplitude do que na técnica dual do federalismo norte-americano, as fronteiras normativas do Estado Federal.”

Mas o fato é que ainda remanescem problemas relativos ao esquema de partilha de competências, a desmerecer o federalismo brasileiro. É tempo, pois, de abordá-los, para, na sequência, tratar ainda de problemática de outra ordem, que também carece de enfrentamento.

## 11. Competências materiais e legislativas privativas dos Estados

O art. 25, §1º, da Constituição Federal estabelece a norma básica sobre as competências estaduais, ao determinar que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Daí se extrai serem remanescentes tais competências, tanto as materiais quanto as legislativas, cabendo aos Estados o que não tiver sido atribuído à União e aos Municípios.

24 Cf. HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: ano 22, n.87, jul./set. 1985, e Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, out./dez. 1982, v.64, p.18.

25 Cf. HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, out./dez. 1982, v.64, p.18



Mas, na verdade, diante do extensíssimo rol de competências da União, mantido e até ampliado, e do elenco também aumentado das competências dos Municípios, quase nada sobrou para os Estados, em termo de competências privativas, tanto materiais quanto legislativas.

De fato, com toda a compressão sofrida, o que efetivamente hoje remanesce no plano dos Estados são competências administrativas e financeiras, voltadas basicamente à estruturação e ao funcionamento das respectivas Administrações. Competências, aliás, cujo exercício fica, em larga medida, condicionado à observância obrigatória de princípios e regras que a Constituição estabelece para a Administração Pública Federal.

## **12. Competências materiais e legislativas concorrentes dos Estados**

Assim, é no campo das competências concorrentes, materiais (art. 23) e legislativas (art. 24), que se deu o maior avanço em favor dos Estados, no que concerne à repartição de competências.

Mas esse avanço não foi suficiente para reverter a posição de inferioridade dos Estados em relação à União. Senão vejamos.

No caso das competências materiais comuns do art. 23, é bem nítida a preocupação do constituinte com o atendimento de objetivos de interesse público, que justificam o empenho de todos os entes federados na preservação de certos bens e no cumprimento de certas metas de alcance social, a demandar uma soma de esforços.

Muitas dessas competências, em verdade, os diversos integrantes da Federação já exerciam em decorrência de sua autonomia política e administrativa, sendo certo que nos programas de governo, em todos os níveis, v.g., a educação, a saúde, a cultura, o saneamento básico, sempre foram temas familiares, de consideração natural.

Então, o que se deve agora indagar é se sua previsão expressa no art. 23 gerou maior presença dos Estados na atuação concorrente.

E não foi isto o que aconteceu, em função do disposto no parágrafo único do aludido dispositivo, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 2006, assim dispõe: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

Pois bem, as aludidas leis complementares, que serão federais, considerada a meta de se promover o desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional, não poderão desatender às regras constitucionais de repartição de competências. E se cotejados o art. 23 (que estabelece as competências materiais comuns) e o art. 24 (que prevê as competências legislativas concorrentes), fica claro que a disciplina legislativa das matérias do art. 23 dependerá de leis complementares fruto de competência legislativa concorrente, em que à União caberá estabelecer normas gerais, restando aos Estados apenas o desdobramento delas. É o caso, entre outros, de temas como saúde, proteção de deficientes, proteção do meio ambiente, preservação de florestas, que se inscrevem entre as matérias previstas no art. 23 e também figuram no art. 24, dependendo assim sua disciplina normativa de leis insertas na competência legislativa concorrente.

Ou seja, em relação às competências materiais comuns, a voz forte continua a ser da União, que continuará a fixar as bases políticas e as normas operacionais para o seu exercício.

Já quanto às competências legislativas concorrentes, não se pode negar, como foi dito, que houve, sim, a ampliação da participação dos Estados na produção normativa, cabendo a eles, mesmo observadas as normas gerais da União, desenvolver toda uma legislação específica sobre temas relevantes, que antes refugiam do seu campo de atuação, podendo talvez melhor equacionar certos problemas sociais graves, mas que não se projetam com a mesma intensidade em todos os lugares e que, por isso mesmo, comportam tratamento diferenciado, em atenção às peculiaridades com que se apresentam em cada Estado.

Mas não se imagine que a posição da União tenha se enfraquecido no reduto das competências legislativas concorrentes. Isto porque permaneceu responsável pela edição das normas gerais, mantendo, assim, um grande poder de uniformização no tratamento das matérias do art. 24, como consequência da centralização do comando geral em suas mãos.

Além disso, a dificuldade na formulação de um conceito de normas gerais, que permita localizá-las na prática, com razoável segurança,

constitui outro problema. Sim, porque a falta de consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito acaba por abrir as portas para que a União confira a qualidade de normas gerais a muitas normas que não têm essa qualidade, e sim a de normas específicas, daí resultando a invasão frequente da União no terreno da suplementação legislativa dos Estados.

### **13. Normas constitucionais responsáveis pela centralização federativa**

Até aqui se procurou mostrar problemas decorrentes da repartição de competências como responsável pela centralização marcante que se vem operando na Federação brasileira, em detrimento da descentralização e, pois, da autonomia estadual.

Mas é preciso também indicar outras disposições constitucionais que, nitidamente influenciadas pelo princípio da simetria, impõem ao Estado a observância do modelo federal na estruturação de suas instituições.

#### **13.1. O artigo 37 da Constituição Federal**

Como exemplos de dispositivos problemáticos, podem ser lembrados, dentre muitos outros, o art. 37, referente à Administração Pública, e o art. 75, relativo aos Tribunais de Contas estaduais.

Começando pelas previsões referentes à Administração Pública, já foi dito antes, a propósito das competências remanescentes dos Estados, que seu domínio hoje se restringe basicamente a temas de natureza administrativa e financeira. Mas mesmo aí os condicionamentos postos ao exercício da competência estadual, mormente no campo normativo, são enormes.

O art. 37, que ora se toma para exemplificar, não bastasse afirmar que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” – o que já não é pouco – determina ainda que em todos os níveis sejam obedecidas as disposições de seus vinte e um incisos e dez parágrafos. Ora, tem-se nesse ponto a Constituição, ocupando o espaço de um legislador ordinário detalhista, a impor regras para o serviço público de todos os entes federados, sem levar em conta as peculiaridades

próprias de cada um deles e, com isso, limitando de modo desaconselhável a respectiva autonomia.

### **13.2 O artigo 75 da Constituição Federal**

O mesmo que se afirmou na crítica ao art. 37, vale para o art. 75 da Constituição, que impõe a aplicação das normas constitucionais pertinentes à organização, composição e fiscalização do Tribunal de Contas da União, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e também aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, onde houver. E ainda acrescenta o parágrafo único do mesmo art. 75 que as Constituições Estaduais deverão estabelecer que serão sete os Conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado.

Ora, de novo aqui se impõe uma simetria que não se compadece com a Federação brasileira, tão diferenciada na sua composição, com particularidades e necessidades muito variáveis.

É certo que não se está diminuindo a indispensável presença da fiscalização financeira e orçamentária operada pelas Cortes de Contas, que devem mesmo existir em todos os níveis da Federação para garantia do emprego correto dos recursos públicos.

O que se condena é o fato de a Constituição não se limitar a estabelecer a respeito normas principiológicas – afinal, o que o art. 25 estabelece é que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal – e sim o fato de ir além, impondo aos Estados o modelo federal como se fosse o ideal para qualquer situação.

Melhor seria, também neste caso, prestigiando-se a autonomia dos Estados, deixar para o legislador constituinte estadual a avaliação da conveniência de ajustamentos dos mecanismos de controle financeiro e orçamentário da esfera federal, consideradas as circunstâncias distintas de cada Estado da Federação.

## **14. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

É preciso, por fim, enfatizar os reflexos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre o centralismo que vem ajudando a descaracterização da autonomia estadual.

Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, cabe interpretá-la em última instância, sendo certo que, na atualidade, tem esse guardião em muito apoiado a tendência centralizadora acima referida.

De fato, talvez um dos desafios mais difíceis para a recuperação da autonomia dos Estados se encontre na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Várias de suas decisões demonstram com clareza sua inclinação para impor a reprodução de padrões federais nos Estados, constrangendo-os na sua capacidade de auto-organização.

Escolhemos, para exemplificar esta tendência jurisprudencial, acórdãos do Supremo proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais referentes ao processo legislativo.

Como se sabe, na Constituição de 1967, principalmente, após a Emenda Constitucional n. 1/69, o processo legislativo adotado para o plano da União, foi automaticamente incorporado ao Direito Constitucional positivo estadual, por força do art. 13, combinado com o art. 200 daquela Constituição.

Já a Constituição de 1988 não disciplinou a matéria, nada dizendo sobre a reprodução necessária do processo legislativo federal no plano dos Estados.

Ora, uma das boas regras de interpretação é a que estabelece que não se deve adotar, em princípio, como regra, a interpretação admitida diante do texto anterior, para matéria que dele não foi transportada para o novo texto constitucional. Mormente quando se trata de não repetição de norma restritiva da autonomia federativa, como era, justamente, a que antes obrigava a adoção, pelas Constituições Estaduais, do processo federal de elaboração das leis, e restringia, deste modo, a autonomia legislativa dos Estados.

Mas não foi essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em numerosas decisões referentes a tratamento que se distancia do modelo federal, conferido por Constituições Estaduais ao processo legislativo.

Sirvam de exemplos a ADI 2867/ES – Espírito Santo – Rel. Celso de Mello; ADI 637/MA – Maranhão – Rel. Sepúlveda Pertence; ADI 2391/SC – Santa Catarina – Rel. Ellen Gracie.

Em todas essas ações, o princípio da simetria foi o fundamento invocado para a declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais estaduais divergentes. E isso se repetiu tanto para normas principiológicas, que são mesmo de observância pelos Estados, por força do art. 25 da Lei Maior, como para as regras que estabelecem minúcias do processo legislativo, como as relativas a prazos, formas de discussão de projetos, turnos de votação, e outras mais.

Em síntese, no entendimento do Supremo, tudo o que consta na Constituição Federal, em matéria de processo legislativo, deve ser transposto para as Constituições Estaduais.

E a mesma postura se repete a propósito de outros assuntos, como, v.g., a disciplina do princípio da separação dos poderes ou do *impeachment* nas Constituições Estaduais.

## 15. Conclusão

Reverter este estado de coisas, admita-se, não é tarefa fácil, não só em decorrência de fatores históricos e políticos, presentes na formação da Federação brasileira e na evolução das diferentes fases do federalismo, mas igualmente por razões de natureza sociológica, decorrentes do que parece ser uma inclinação cultural conformista dos brasileiros, também identificável nos Estados-membros da Federação, que os leva a esperar sempre que a solução dos seus problemas venha de cima.

Assim, realisticamente falando, a preponderância da União no federalismo contemporâneo é um dado com que se tem de aprender a conviver. O que é preciso impedir é uma hegemonia do poder federal que desnature o sistema federativo, pois este ainda é o melhor para o Brasil, considerada sua vocação nata para equilibrar a diversidade na unidade, o que – como já se afirmou – é particularmente adequado a um país como o nosso, com grandes disparidades de toda ordem.

Assim, se a Federação brasileira ainda não foi suficientemente redimida pela Constituição de 1988, o consolo é que uma federação nunca está pronta e acabada: sempre haverá tempo de aprimorá-la, seja mediante a revisão de pontos que a possam desfigurar, seja mediante uma interpretação renovada de seu texto que recupere os valores federativos.



# Administração Pública x Enchentes: os novos instrumentos urbanísticos introduzidos pela Lei Federal nº. 12.608/12<sup>1</sup>

Fagner Vilas Boas Souza<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O desafio – 3. A definição e as causas – 4. A solução – 5. A lei e as enchentes – 5.1. Modelo organizacional de combate às enchentes – 5.2. Os novos instrumentos urbanísticos – 5.2.1. Desenvolvimento de cultura nacional e comportamentos de prevenção de desastres – 5.2.2. Intervenção preventiva em edificações e áreas de risco – 5.2.3. Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e Plano de Implantação de Obras e Serviços para a redução de riscos de desastres. – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

---

1 BRASÍLIA. Legislação. *Lei Federal nº. 12.608*, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm). Acesso em: 01 de junho de 2014.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público e Direito Municipal.



## 1. Introdução

Considerando a disponibilidade de águas, alguém que não conhece a realidade brasileira poderia pensar que a abundância e a diversidade hídrica teriam conduzido o País naturalmente ao desenvolvimento de um sistema consolidado e bem organizado para a gestão das águas.<sup>3</sup>

No entanto, apenas nos últimos 70 anos, o País começou a se preocupar com a regulação das águas. “O uso e importância das águas nunca foram preocupação para o povo brasileiro. As águas sempre foram tratadas como um presente dos deuses”.<sup>4</sup>

Especialmente em relação às enchentes, assunto que está cada dia mais presente na vida do advogado público, quer para dar pareceres dentro da administração pública, quer para defender o ente na esfera jurídico-contenciosa, os principais diplomas legais demonstram que até então o tema vinha sendo negligenciado pelo ordenamento pátrio, sendo que, nas poucas oportunidades em que se aproximou da discussão, foi examinado de maneira genérica e descuidado dentro do capítulo das águas de forma geral.

Ao lado disso, nas últimas décadas, o desenvolvimento urbano brasileiro tem produzido um aumento significativo das enchentes. Com a urbanização das cidades, o problema se agrava especialmente em função da impermeabilização e canalização de importantes áreas urbanas, gerando um ambiente degradado, que, nas condições atuais da realidade brasileira, somente tende a piorar. Infelizmente este processo não é combatido; pelo contrário, intensifica-se à medida que os limites urbanos avançam ou a densidade populacional aumenta.

Nesse sentido, como o advogado público pode orientar o administrador na utilização do direito e seu instrumental como ferramentas de preservação do espaço e da sociedade? Como orientar a Administração

3 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; TINKER, Catherine. O gigante da água desperta: uma visão geral do direito das águas no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (coords.). *O Novo Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 211.

4 FREITAS, Vladimir Passos. *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 100.

Pública no combate aos desastres, em especial às enchentes? Em que medida o Poder Público poderá interferir na organização de um espaço urbano, protegendo a população das enchentes?

Conforme será exposto, a Lei Federal nº. 12.608/12 demonstra ser uma resposta apropriada aos referidos questionamentos, na medida em que estabelece uma nova plataforma de combate aos desastres naturais que atingem incontáveis espaços urbanos brasileiros e vitimam milhares de pessoas anualmente.

## 2. O desafio

Com mais de 8,5 milhões de quilômetros quadrados, o Brasil ocupa a quinta colocação em extensão no mundo. Seu território ainda inclui mais de 55 mil quilômetros quadrados de água e sua topografia é diversificada, com sistema hídrico contando com oito grandes bacias hidrográficas que drenam para o Atlântico.<sup>5</sup>

A partir desse cenário continental, nas últimas décadas acompanhou-se uma intensa densificação e verticalização do assentamento urbano, com aumento da impermeabilização dos solos. Esse processo causou a impermeabilidade da terra dentro das bacias hidrográficas, de sorte que as áreas urbanas tornaram-se tanto as causas do aumento das enchentes quanto suas vítimas. E, não por outra razão, nos últimos anos, o sistema de gestão das águas passou a tomar a atenção das autoridades públicas.

Para compreender a discussão, cumpre observar que apesar da ocupação do território e da construção dos espaços urbanos terem sido marcadas por inúmeras barreiras ambientais e acidentes geográficos, a memória nacional relacionada à ocorrência e ao combate a desastres é pouco expressiva.

Historicamente os desastres têm sido tratados como assuntos midiáticos que surpreendem o grande público, repetem causalidades e buscam responsáveis a cada ocorrência, sendo que no caso das enchentes coincidem

---

5 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE. Sítio eletrônico: acessado em 02 de maio de 2014.

com os meses do verão brasileiro. Concomitantemente, a produção de fartas estimativas das perdas e danos gerados por estes grandes eventos desastrosos não significou necessariamente ações diretas e eficientes para lidar com o tema.

É imprescindível compreender que as enchentes representam um ônus coletivo, gerando graves problemas e conflitos no ambiente urbano. Diante disso, é essencial deixar de enxergar as cidades apenas como união de equipamentos públicos e privados e lugar de implementação de políticas públicas, para compreendê-las dentro de um conjunto de normas que as protejam também dos grandes desastres.

É fundamental convergir regras e diretrizes que atenuem a questão da territorialização e permitam patrocinar uma articulação das medidas e decisões a serem tomadas para o enfrentamento das enchentes, que além de se traduzir em ações, situação que se acresce à comum ausência de planejamento e desenvolvimento urbano e de capacidade de gestão por parte dos órgãos responsáveis, demanda um olhar próprio.

### 3. A definição e as causas

Primeiro é preciso compreender que “as enchentes ou inundações são processos de natureza fluvial associados à dinâmica de escoamento das águas superficiais”.<sup>6</sup> As águas da chuva, ao alcançarem um curso d’água, “causam o aumento na vazão por certo período de tempo, temporariamente; esse acréscimo na descarga d’água tem o nome de cheia ou enchente”.<sup>7</sup>

Vale observar que embora exista controvérsia e, até mesmo, confusão no emprego dos termos enchente e inundação, traduzidos dos termos *flood* e *flooding* e, mais raramente, de *inundation*,<sup>8</sup> ante a legislação

6 ALBUQUERQUE FILHO, José Luiz et al. Levantamento e cadastro de áreas de risco de inundação, erosão e escorregamento na unidade hidrográfica de gerenciamento de recursos hídricos do Piracicaba/Capivari/Jundiá e parte do Pardo/Mogi-Guaçu e Tietê/Jacaré. In: Relatório Convênio DAEE - IPT N° 20. Relatório Técnico n° 77446-205. Divisão de Geologia Aplicada ao Meio Ambiente de São Paulo: 2005. p. 25.

7 Ibidem.

8 SOUZA, Célia Regina de Gouveia. Risco a inundações, enchentes e alagamentos em regiões costeiras. In: Simpósio Brasileiro de Desastres Naturais, Anais Florianópolis: GEDN/UFSC, 2004. p. 231-247.

pátria, ambos os termos podem ser tidos como sinônimos para um fenômeno físico associado à dinâmica de escoamento das águas superficiais causador de consideráveis impactos no ambiente urbano exigindo ações e medidas específicas do Poder Público.

Ao discorrer sobre a gestão de riscos, Fernando Nogueira foi quem melhor apresentou o tema, assinalando que os desastres ambientais urbanos brasileiros, em especial as enchentes, podem ser atribuídos às seguintes causas:

- i) à grande concentração populacional nos aglomerados urbanos do leste brasileiro (...);
- ii) ao crescimento desorganizado das cidades resultante do intenso processo de urbanização das últimas décadas (...);
- iii) à inadequação (ou não aptidão) geotécnica das áreas ocupadas para o uso urbano ou da sua posição em relação às linhas de drenagem ou às planícies de inundação;
- iv) à ocupação de áreas de menor valor imobiliário por estarem situadas próximas a aterros sanitários, depósitos de lixo e outros materiais contaminantes ou em áreas degradadas ou movimentação de terra;
- v) à precariedade ou inadequação técnico-constructiva e de implantação das edificações;
- vi) à ausência ou insuficiência de infraestrutura e serviços públicos, como calçamento de acessos, drenagens, coleta de águas servidas, esgotos e coleta de lixo;
- vii) ao déficit habitacional e ao descontrole da ocupação do solo (...);
- viii) à deficiência de cultura preventiva (...);
- ix) às fragilidades institucionais (...).<sup>9</sup>

Grande parcela das cidades brasileiras abriga algum tipo de assentamento precário, normalmente distante, sem acesso, desprovido de infraestruturas e equipamentos mínimos. Essa “é a realidade de milhares

---

<sup>9</sup> NOGUEIRA, Fernando Rocha. Gestão de riscos em conjuntura de desenvolvimento no Brasil. Disponível em: <http://www.phdu.comuv.com>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

de brasileiros, entre eles os excluídos dos sistemas financeiros formais da habitação e do acesso à terra regularizada e urbanizada, brasileiros que acabam ocupando as chamadas áreas de risco, como encostas e locais inundáveis”.<sup>10</sup> Enquanto isso, em muitas cidades, principalmente em suas áreas centrais, uma massa enorme de imóveis se encontra ociosa ou subutilizada.

Na verdade, a maior parte das ações públicas atuais está indevidamente voltada para medidas estruturais, como a canalização de córregos, obra que apenas transfere as enchentes para outro local, trazendo um prejuízo duplo, já que o problema não é resolvido, mas os recursos são dispendidos. Nem de longe, por exemplo, têm sido considerados os aspectos hidrológicos previstos nos planos diretores de desenvolvimento urbano que, em algumas situações, estabelecem índices de ocupação do solo incompatíveis com a capacidade da macrodrenagem urbana.

Ou seja, apesar do cenário facilmente apreendido, ao invés de uma estratégia proativa de enfrentamento adequado e eficiente em resposta a um fenômeno que repetidamente assola boa parte das cidades brasileiras, o que se verifica é uma incapacidade do Poder Público de lidar adequadamente com esse tipo de desastre que, irremediavelmente, transforma-se em tragédias.

#### **4. A solução**

Ações que minimizem esses impactos são cada dia mais fundamentais à realidade de uma cidade, ainda que poucas cidades brasileiras, para não dizer quase nenhuma, contem com um adequado sistema de gestão de riscos.

O gerenciamento de riscos é um processo que “se inicia quando a sociedade, ou parcela desta, adquire a percepção de que as manifestações aparentes ou efetivas de um certo perigo ou ameaça, existente em dado local num determinado momento, podem provocar consequências danosas”.<sup>11</sup>

---

10 BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

11 NOGUEIRA, Fernando Rocha. Gerenciamento de riscos ambientais associados a

Cuidam-se de processos físicos naturais ou socialmente produzidos, passíveis de serem identificados, analisados e, “em sua maior parte, previsíveis, que só resultam em acidentes de dimensão não aceitável (ou desastres) quando as comunidades (população, infraestrutura, sistemas produtivos) estão vulneráveis a sofrerem seus impactos”.<sup>12</sup>

Trata-se de uma função do Poder Público, o que importa nova configuração das normas, que não podem mais ser concebidas como simples regras de atuação do poder de polícia, nem como mero capítulo do direito administrativo.

Nesse prisma, embora desde a década de 1990 ocorram importantes processos de discussões pretendendo melhorar a forma de diagnosticar problemas existentes e previstos, bem como para criar soluções de um ponto de vista técnico, econômico e ambiental,<sup>13-14</sup> foi somente com o grande desastre na região serrana do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2011, que se deu início a uma série de medidas para buscar superar a fragilidade e o atraso institucional na constituição de uma Plataforma Nacional de Redução de Riscos.

Iniciou-se um período de grandes mudanças legais e institucionais para a gestão de riscos, marcadamente com a edição da Lei Federal nº. 12.593/12 e pouco depois com a Lei Federal nº. 12.608/12, inaugurando um novo período da história da gestão de riscos ambientais no Brasil.<sup>15</sup>

---

escorregamentos: contribuição às políticas municipais para áreas de ocupação subnormal. Tese de Doutorado apresentada junto ao curso de Pós-Graduação em Geociências. Rio Claro: 2002. p.266.

12 Ibidem.

13 JOHNSSON, Rosa Maria Formiga; KEMPE, Karin Erika. Institucional and policy analysis of river basin management – The Alto-Tietê river Basin, São Paulo, Brasil. Disponível em: <http://econ.worldbank.org>. Acesso em: 01 de maio de 2014.

14 Essa leitura humana faz parte de um contexto muito maior, com grande expressão nos idos de 2010, no episódio conhecido por Guerra da Água, caso paradigmático de tentativa de privatização do sistema de abastecimento ocorrido em Cochabamba na Bolívia, em que a água foi considerada – de forma expressa – um direito humano, através da Resolução nº 64/292, de 28 de julho de 2010, editada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e, mais recentemente, ratificada com a declaração do Ano Internacional pela Cooperação da Água pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 2013.

15 Não se ignora que a partir da Constituição Federal de 1988 houve uma grande mudança na questão do domínio das águas, pois sob influência da Convenção das Nações Unidas

Nessa mesma época (biênio 2011/2012) foram implantados, pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, o CEMADEN – Centro de Monitoramento e Alerta de Desastres Naturais, em Cachoeira Paulista-SP, e o CENAD – Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres, pelo Ministério da Integração, bem como metodologias de cartografia geotécnica foram objetos de discussão e detalhamento para orientar as necessidades de mapeamento de riscos, suscetibilidade e aptidão à urbanização.<sup>16</sup>

Um novo marco de gestão das enchentes restou estabelecido.

## 5. A lei e as enchentes

A Lei Federal nº. 12.608/12 cria a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC e disciplina as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil contra desastres no que toca aos seus aspectos relativos: i) à abrangência ii) às diretrizes, iii) aos fundamentos e iv) às competências de cada ente. Compreendendo, nestas últimas, a competência exclusiva de cada um dos entes federais e suas respectivas competências comuns.

De logo, vale registrar que o conceito de desastre da referida lei aproxima-se daquele adotado pela UM – ISDR, sigla do inglês para Estratégia Internacional para a Redução de Desastres – EIRD de 2009, caracterizando-o como uma grave perturbação do funcionamento de

---

sobre o Direito do Mar de 1982 (Convenção assinada em 10 de dezembro de 1982, em Montego Bay – Jamaica, que entrou em vigor em âmbito internacional em 16 de novembro de 1994, e no Brasil em 1995, com o Decreto n. 1.530, datado de 22 de junho de 1995), o constituinte internalizou importantes institutos, transferindo o domínio dos recursos hídricos à União ou às Unidades Federativas, além de que a Lei de Recursos Hídricos incorporou uma concepção da água como direito humano, especialmente em função da leitura do arts. 225 da Constituição Federal e 2º, da Lei 6.938/81– Política Nacional do Meio Ambiente, que, juntos, justificam a qualificação da água como um direito fundamental no ordenamento pátrio, tendo em vista sua correlação com o direito à vida digna. Ocorre que diferentemente do que se esperava, principalmente em relação à Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, o legislador não logrou êxito em resolver todas as incertezas legais relativas ao assunto, pois a política de recursos hídricos deixa claro a que veio, senão a reforçar e estabelecer as águas como verdadeiro bem econômico, um recurso hídrico; o que claramente não resguarda a população sujeita às enchentes.

16 BRASIL. Ministério da Integração. Disponível em: <http://www.phdu.comuv.com>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

uma comunidade ou de uma sociedade envolvendo perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais de grande extensão, cujos impactos excedem a capacidade da comunidade ou da sociedade afetada de arcar com seus próprios recursos.<sup>17</sup>

De fato, a PNPDEC tem por objetivo promover uma série de ações que previnam a ocorrência de desastres e mitiguem seus efeitos, se ocorridos. Compõem-se, no caso, de objetivos traçados ao longo dos quinze incisos do art. 5º, da referida lei, que compreendem desde a prestação de socorro e assistência às populações atingidas por desastres até o monitoramento de eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres.

Marcadamente, registre-se, a lei estabelece a forma de atuação de cada um dos entes da federação para a redução de desastres e apoio às comunidades atingidas, bem como fixa taxativamente cada conjunto de competências atribuído a eles.

Em seu art. 2º, por exemplo, a lei aponta que é “dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre”. E, no art. 3º, por sua vez, indica que a PNPDEC deve “integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais”.

Assim, a lei impõe a todos os entes a responsabilidade pela prevenção de desastres. Veja, não se trata de mera obrigação distribuída ou parcelada entre os entes, mas de verdadeira imputação de um único modus operandi, senão de forma integrada e com o dever de compreender todos os setores do meio urbano em busca de um desenvolvimento longe de riscos.

E não é só. A lei, entre outras providências, altera também a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação

---

17 TOMINAGA L. K. et al. Avaliação de perigo a escorregamentos por meio da análise de múltiplos fatores geoambientais. Congresso Brasileiro de Geologia de Engenharia e Ambiental, Ipojuca/PE, 23 a 27 de novembro de 2008. Anais, p. 13.



Federal, introduzindo aos textos dos referidos diplomas componentes da gestão das enchentes.

Em especial, vale destacar a alteração promovida no Estatuto da Cidade ao acrescentar os arts. 42-A e 42-B, estabelecendo uma série de requisitos a serem atendidos pelo plano diretor dos Municípios incluídos no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

### **5.1. Modelo organizacional de combate às enchentes**

A política de proteção e defesa civil trazida pela Lei Federal nº. 12.608/12 orienta que o gerenciamento de riscos e desastres deve ser focado nas ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação e demais políticas setoriais, como propósito de garantir a promoção do desenvolvimento sustentável.

Além dos objetivos e diretrizes, a lei fixa a competência dos entes da Federação e cria o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC, constituído pelos órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e pelas entidades públicas e privadas de atuação significativa na área de proteção e defesa civil.

No âmbito do Ministério da Integração, a Secretaria Nacional de Defesa Civil – SEDEC foi eleita o órgão central desse sistema, responsável por coordenar as ações de proteção e defesa civil em todo o território nacional, bem como pelas ações preventivas e pelas ações de atendimento aos afetados por desastres (resposta e recuperação), viabilizadas por meio de transferência de recursos a Municípios e Estados em situação de emergência ou estado de calamidade pública reconhecido.

Além do seu órgão central, o SINPDEC é gerido por um órgão consultivo, no caso, o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC, além de órgãos regionais, estaduais, municipais e setoriais, responsáveis pela articulação, coordenação e execução do SINPDEC dentro dos seus respectivos espaços de atuação.

No âmbito estadual, fixou-se a obrigação dos Estados de instituírem o Plano Estadual de Proteção e Defesa Civil e identificarem e mapearem

as áreas de risco, realizando estudos de identificação de ameaças, susceptibilidades e vulnerabilidades, em articulação com a União e os Municípios. E, a estes últimos, coube ao chefe do executivo criar na estrutura da prefeitura um órgão para realizar as ações de defesa civil, implementando legislação que, além de criar o órgão, estabeleça os recursos orçamentários e a equipe que irá trabalhar na defesa civil, de acordo com suas particularidades.

Vale, ainda, registrar que andou bem a lei ao adotar a bacia hidrográfica<sup>18</sup> como unidade de análise das ações de prevenção de desastres relacionados a corpos d'água. Isso porque, como unidade básica para gestão dos recursos hídricos e até para gestão ambiental como um todo, uma vez que os elementos físicos naturais estão interligados pelo ciclo da água, a opção pela bacia hidrográfica facilita a integração com a política de gestão de recursos hídricos.

A tempo, cumpre ressaltar que diferentemente da Lei de Recursos Hídricos, a Lei Federal nº. 12.608/12 não prevê comitês de bacias hidrográficas (órgãos normativos e deliberativos, cuja finalidade é promover o gerenciamento de recursos hídricos nas suas respectivas áreas de atuação através de Planos Diretores), os quais incluem representantes do Governo Federal, Estados ou do Distrito Federal onde se situam (mesmo que parcialmente), Municípios, usuários da água e organizações civis de recursos hídricos com registro comprovado de ação na bacia. Igualmente, não há previsão de agências dentro da bacia hidrográfica, estrutura que aparece na gestão de recursos hídricos, atuando como secretarias executivas dos Comitês de Bacias Hidrográficas.

## 5.2. Os novos instrumentos urbanísticos

O combate às enchentes não comporta outra visão senão a útil e concreta em vista dos desafios que devem ser enfrentados.

---

18 Segundo Granell-Pérez, a bacia hidrográfica ou bacia de drenagem é constituída pelo conjunto de superfícies que, através de canais e tributários, drenam água da chuva, sedimentos e substâncias dissolvidas para um canal principal. In: GRANELL-PÉREZ, M. D. *C. Trabalhando Geografia Com As Cartas Topográficas*. Ijuí-RS: UNIJUÍ, 2004. p.3.

Na verdade, a gestão das enchentes eleva um princípio que pode também ser considerado um método a serviço do útil: o princípio da prevenção, pois diante da possibilidade de ocorrência de desastres, não pode haver inação. O risco obriga a adotar medidas efetivas e concretas para afastar os possíveis danos graves e irreversíveis. A incerteza quanto ao risco de desastre não pode constituir óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.

Impõe-se, portanto, um dever de evitar a consumação de desastres e é exatamente sobre tal dogma que se consagra o princípio da prevenção. Prevenir é a palavra de ordem, ou seja, devem ser priorizadas as medidas que evitem os riscos a desastres para que ao invés de “contabilizar e tentar reparar os danos, sejam tomadas medidas para evitar sua ocorrência”.<sup>19</sup>

Esses cuidados devem ser ações planejadas, normalmente representadas por medidas estruturais, que podem ser conceituadas como qualquer construção física para evitar ou pelo menos reduzir (mitigar) os possíveis impactos das ameaças ou, ainda, com a aplicação de instrumentos urbanísticos para se alcançar a resistência e a resiliência das cidades frente às enchentes.

### **5.2.1. Desenvolvimento de cultura nacional e comportamentos de prevenção de desastres**

A Lei Federal n°. 12.608/12 atribui aos entes federais o dever de desenvolver cultura nacional de prevenção de desastres, destinada ao desenvolvimento da consciência acerca dos riscos de desastre no País, bem como estimular comportamentos de prevenção capazes de evitar ou minimizar a ocorrência de desastres (art. 9º, I e II, da Lei).

O que a lei quis dizer com isso?

Significa o oferecimento de informações a respeito de técnicas, comportamentos e atitudes que possam influenciar na qualidade de vida das populações vulneráveis a desastres. Esse estímulo deve in-

<sup>19</sup> NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 199.

cluir noções básicas de construção civil, segurança, saúde, higiene, saneamento, disposição de resíduos, organização social, preservação de espaços públicos e áreas verdes, e tudo mais quanto possa aproximar a realidade dessa população dos ideais de uma vida segura de desastres.

Nesse passo, o desenvolvimento de cultura e estímulo de comportamentos contra desastres, especialmente no caso das enchentes, ganha contorno de efetivo instrumento urbanístico, como parte de um processo mais amplo que tende a atingir os objetivos da lei e da Constituição Federal: proteção de vidas e de bens.

É bem verdade que o instrumento em apreço não será capaz de suprimir por completo a ocorrência de desastres, mas ao certo minimizará os riscos de ocorrência, de sorte que não basta colocar lições teóricas ou simulações práticas relativas à importância da recuperação e preservação do meio ambiente urbano à disposição de pequena parcela da população ou mesmo apenas das crianças que frequentam por algum tempo os bancos escolares. É preciso sensibilizar, educar e engajar não só as crianças ou a população das áreas de risco, como também os adolescentes, adultos e toda a população do espaço urbano.

Por isso, o ideal é a existência de grupos de trabalho em prol da população, formados por membros da população envolvida diretamente e por técnicos e profissionais, em espaços públicos ou privados, a fim de promover, em caráter permanente, cursos de formação e palestras, com o objetivo de não apenas informar diretamente a população, mas também criar uma verdadeira cultura de prevenção de enchentes.

Aliás, trata-se de medida essencial para as cidades que querem ser tidas como resilientes, isto é, com capacidade de resistir, absorver e se recuperar de forma eficiente dos efeitos de um desastre e de maneira organizada prevenir que vidas e bens sejam perdidos (direito fundamental). Ser uma cidade resiliente requer uma união de esforços entre governos locais e a sociedade civil, objetivando aumentar o grau de consciência e compromisso em torno das práticas de desenvolvimento sustentável, como forma de diminuir as vulnerabilidades e propiciar o bem-estar e segurança dos cidadãos.

Não por outra razão, a lei promove importante alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional,<sup>20</sup> incluindo os princípios da proteção e defesa civil e a educação ambiental nos currículos do ensino fundamental e médio de forma integrada e obrigatória.

Previsão, aliás, ratificada durante a IX Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente,<sup>21</sup> no Protocolo Nacional para a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes em Situação de Riscos e Desastres, com o objetivo de orientar os agentes públicos, a sociedade civil, o setor privado e as agências de cooperação internacional que atuam em situação de risco e desastres no desenvolvimento de ações de preparação, prevenção, resposta e recuperação para esse grupo etário.

Não distante, programas como o agente de defesa civil mirim, grupos de teatro e outras atividades lúdicas também têm demonstrado grande alcance para a mudança cultural de comunidades inteiras, onde a aproximação pela educação tem proporcionado avanços no comportamento preventivo e reativo dos moradores de áreas de risco.<sup>22</sup>

Cuida-se, enfim, de instrumento urbanístico extremamente salutar ao desenvolvimento de uma política urbana organizada e projetada para longo prazo, inaugurando uma verdadeira mudança de comportamento desde os bancos escolares que, bem aplicada, possivelmente propiciará em alguns anos uma geração consciente e com maior capacidade de lidar com as enchentes.

### **5.2.2. Intervenção preventiva em edificações e áreas de risco**

A Lei Federal nº. 12.608/08 também traz a previsão de promover, se for o caso, a intervenção preventiva em edificações e áreas de risco após vistoria (art. 8º, VII, da lei).

20 BRASÍLIA. Legislação. Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em: 13 de junho de 2014.

21 BRASÍLIA. IX Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_9conferencia.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_9conferencia.pdf). Acesso em: 11 de janeiro de 2014.

22 FURTADO, Janaína. et al. Capacitação básica em defesa civil. Florianópolis: CAD UFSC, 2012. p. 92.

Aqui, o dispositivo deve ser examinado com cuidado, pois, não raras vezes, a teoria geral do direito administrativo tem consagrado parte dos instrumentos urbanísticos como uma restrição do Estado ao direito de propriedade ou uma intervenção sobre parte do domínio econômico. Não é o caso, pois, na seara urbanística, o enfoque é mais complexo tendo em vista o contexto do espaço urbano.

Assim, a previsão de intervenção preventiva não pode ser tomada como uma modalidade de desapropriação, antigo instrumento específico de ordenação urbana cogente sobre a propriedade privada, motivado na utilidade pública, necessidade pública ou no interesse social, pois o Município não terá, no caso de identificar edificações ou áreas de riscos, a intenção de se tornar titular do domínio do imóvel.

Não parece, igualmente, que a intervenção preventiva possa ser tida como uma espécie de servidão administrativa (art. 4º, V, “b”, do Estatuto da Cidade), quer porque nesta o objetivo é atender ao interesse público, enquanto naquela se está diante de particulares que possuem edificação ou estão em área de risco, quer porque historicamente a servidão sempre teve um caráter de perpetuidade (prazo indeterminado) que, neste cenário, destoa da situação trazida pela lei de desastres.

Difícil, ainda, aproximar a intervenção preventiva do instrumento da limitação administrativa, já previsto no Estatuto da Cidade (art. 4º, V, “c”, do Estatuto), pois se trata de imposição ao proprietário de um não-fazer, restringindo o uso da propriedade. Nesse caso, a intervenção preventiva suprime muito mais do que uma ou outra faculdade do exercício de propriedade sobre o bem; pouco ou quase nada resta à edificação ou à área preventivamente intervinda, sujeita, por isso, à indenização se comprovado o prejuízo.

Nesses termos, tem-se uma figura que representa uma intervenção sobre a propriedade: i) sem intenção de transferência do título de domínio ao Poder Público, ii) por prazo indeterminado, mas sem pretensão de perpetuidade e iii) supressora dos exercícios do direito de propriedade sobre o bem. Trata-se de um novo instrumento urbanístico à disposição do Poder Público para combater as enchentes.

Aliás, se no futuro será compreendido como uma forma de desapropriação indireta ou mesmo se será facultado ao particular o direito

de retrocessão, são questões difíceis de responder, considerando que, na prática, ainda não ocorreram situações que permitam refletir melhor, ficando o desafio permanente de aperfeiçoar o instrumento que foi criado pela Lei Federal nº. 12.608/12.

Não obstante, duas ponderações são importantes a respeito da medida em tela.

A primeira de que embora o tema venha sendo bastante pesquisado em âmbito internacional, relativamente à avaliação do efeito da inundação sobre as construções e da extensão dos danos provocados pela ação das águas, de forma geral, no Brasil, os estudos ainda encontram-se muito incipientes.<sup>23</sup>

A segunda, não menos relevante, de que tanto as ações das águas das enchentes sobre as edificações quanto os possíveis efeitos de uma enchente sobre os materiais e estrutura de uma edificação são temas sobre os quais irremediavelmente os profissionais responsáveis pelas vistorias deverão debruçar-se e especializar-se já que exararão manifestações técnicas capazes de causar sérios gravames nas edificações ou áreas, o que exigirá maior atenção dos órgãos de controle.

Por sua vez, quanto à vistoria, não há dificuldade em compreendê-la como atribuição legal de engenheiros civis ou arquitetos, servidores públicos ou a serviço do Poder Público, bem como empresa legalmente habilitada, de fazer uma inspeção pormenorizada para descrição minuciosa dos elementos que constituem a edificação ou área com o objetivo de avaliá-los, elaborando parecer sobre os mesmos, suas condições estruturais, seus defeitos, seus danos ou seus riscos.

A propósito do tema, parece que o dispositivo deixa espaço inclusive para o estabelecimento de autovistoria, na qual os próprios responsáveis pelas edificações são obrigados a realizar vistorias técnicas periódicas, com intervalo máximo previamente fixado, para verificar as condições de conservação, estabilidade e segurança e solicitar, quando necessária, a intervenção preventiva.

---

23 JONOV, Cristiane Machado Parisi; NASCIMENTO, Nilo de Oliveira; SILVA, Adriano de Paula. Avaliação de danos às edificações causados por inundações e obtenção dos custos de recuperação. Revista Ambiente Construído. nº 1, vol. 13. Porto Alegre, jan./mar 2013.

Referida forma de atuação, registre-se, embora não usual, parece bem adequada às áreas urbanas em que o número de edificações supera de longe a capacidade dos agentes públicos de fiscalização, indo ao encontro do princípio da prevenção, como ação que antecede a ocorrência do desastre. Ademais, vale consignar que não se tem notícia de qualquer óbice legal à instituição da autovistoria pelos entes federais, havendo, inclusive, modelos semelhantes já aplicados para edificações tombadas, preservadas ou tuteladas.<sup>24</sup>

Logo, é inquestionável que a lei também aqui inaugurou um novo instrumento urbanístico altamente aplicável ao desenvolvimento de uma política urbana organizada e projetada para a segurança dos cidadãos.

### **5.2.3. Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e Plano de Implantação de Obras e Serviços para a redução de riscos e desastres**

Para compreender esses dois novos instrumentos urbanísticos deve-se ter em mente que os Municípios sempre tiveram competência para elaborar planos urbanísticos e implantá-los, mas em matéria de enchentes, no entanto, poucos estabeleceram um processo de planejamento permanente, na maioria das vezes por carência de meios técnicos, recursos financeiros e recursos humanos.

Ao lado disso, até então, a União não dispunha de competência impositiva para obrigá-los a criar e implantar planos urbanísticos, conseguindo a implementação de medidas de gestão de enchentes apenas por via indireta, nem sempre eficazes, porque nem sempre politicamente atraente às administrações municipais. Na verdade, sempre faltou uma política urbana sistemática na gestão das enchentes.

Somada às diferenças territoriais e geográficas que caracterizam a coletividade dos Municípios, para a conciliação e integração das medidas contra desastres em busca de um planejamento urbano nacional,

---

24 RIO DE JANEIRO. Legislação. Decreto nº 37.426, de 11/07/2013. Regulamenta a aplicação da Lei Complementar nº 126 de 26 de março de 2013 e da Lei nº 6.400 de 05 de março de 2013, que instituem a obrigatoriedade de realização de vistorias técnicas nas edificações existentes no Município do Rio de Janeiro. Prefeitura do Rio de Janeiro. Disponível em: [http://autovistoria.rio.rj.gov.br/decreto\\_regulamentador.php](http://autovistoria.rio.rj.gov.br/decreto_regulamentador.php). Acesso em: 10 de junho de 2014.



era imprescindível uma vinculação dos centros autônomos de poder em uma composição harmônica de valores locais e nacionais.

Dentro desse propósito, a lei estabelece uma política nacional de gestão de enchentes calcada na integração das políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência, tecnologia e demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável (parágrafo único, do art. 3º, da lei).

Na sequência, fixa como diretriz, entre outras, a atuação articulada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas (inciso I, do art. 4, da lei).

E, por último, altera a Lei Federal nº. 12.340/10 para criar um mecanismo em que condiciona a transferência de recursos oriundos de recursos da União aos Municípios incluídos no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos.

Ante esse contexto, cria dois importantes instrumentos: i) o Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e ii) o Plano de Implantação de Obras e Serviços para a redução de riscos de desastre (art. 3-A, II e III, §2º, da Lei nº. 12.340/10 – incluídos pelo art. 22 da Lei nº. 12.608/12), para Municípios incluídos no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos.

Embora, é verdade, tratem de imposições especificamente dirigidas aos entes incluídos no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência dos desastres lá elencados, nem por isso perdem sua natureza de instrumentos urbanísticos, como veículos aptos a traçar os objetivos que devem ser atingidos para assegurar a melhor qualidade de vida da população e a integridade de suas propriedades.

O Plano de Contingência e o Plano de Implantação de Obras e Serviços constituem um conjunto de procedimentos e ações que nortearão os órgãos de defesa civil dos Municípios no atendimento a situações de risco e emergências ocasionadas por fenômenos de natureza geológica, geotécnica e hidráulica, que impliquem possibilidade de perda de vidas, como as

enchentes, possibilitando, outrossim, a melhoria da capacidade de prevenção, impedindo que aconteçam ou reduzindo as suas conseqüências. Os planos devem traçar as ações de resposta à ocorrência de desastres.

O Plano de Contingência é a formalização de uma estratégia de enfrentamento dos desastres onde estão descritas as características dos eventos a serem enfrentados, os locais possíveis de acontecimento, o número provável de afetados e as ações de prevenção e resposta que o Poder Público estabeleceu para enfrentá-los. Dentro dessa estratégia, todos os recursos disponíveis devem estar catalogados e cada setor, com sua vocação, deve ser listado e ter missões específicas de atuação. Todas as disponibilidades logísticas e de recursos humanos devem estar catalogadas, com os líderes estabelecidos e os contatos registrados.<sup>25</sup>

Por sua vez, o Plano de Implantação de Obras e Serviços pode ser considerado uma eficiente medida não estrutural de gerenciamento de risco, estando consonante com o método e as técnicas adotados pelos mais adiantados sistemas de defesa civil internacionais e recomendados pela Organização das Nações Unidas.<sup>26</sup> Segue, aliás, o modelo de abordagem para o enfrentamento de acidentes naturais preconizado pela Agência de Coordenação das Nações Unidas para o Socorro em Desastres (UNDRO), datado de 1991, baseado em duas atividades: prevenção e preparação.<sup>27</sup>

Segundo esse modelo, as atividades de prevenção estão relacionadas a estudos de natureza técnico-científica, na definição da magnitude de um desastre e no estabelecimento das medidas que possibilitem a proteção da população e de seus bens materiais. Tais atividades compreendem os estudos da fenomenologia dos processos, da análise de risco e a formulação de métodos, técnicas e ações de prevenção de desastres.

---

25 FURTADO, Janaína et al. Op. cit., p. 91.

26 MACEDO, Eduardo; OGURA, Agostinho Tadashi; SANTORO, Jair. O que é um Plano Preventivo de Defesa Civil. In: CARVALHO, Celso Santos; GALVÃO, T. (orgs). Prevenção de riscos de deslizamentos em encostas: guias para elaboração de políticas municipais. Disponível em: <http://www.defesacivil.gov.br/publicacoes/outrosautores/prevencao.asp>. Acesso em: 07 de junho de 2014.

27 BRASIL. Ministério das Cidades. São Paulo. Estudo de mapeamento de riscos em encostas e margens de rios. Brasília, 2007. p. 18. Biblioteca Virtual da Sedec-Geotecnologias. Disponível em: [www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PrevencaoErradicacao/Livro\\_Mapeamento\\_Encostas\\_Margens.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PrevencaoErradicacao/Livro_Mapeamento_Encostas_Margens.pdf). Acesso em: 01 de maio de 2014.

As atividades de preparação têm caráter logístico, auxiliando no enfrentamento de situações de emergência ligadas principalmente aos trabalhos de defesa civil, havendo a indicação de quais populações devem ser evacuadas e/ou protegidas quando localizadas em áreas de muito alto risco ou logo após a ocorrência do processo.<sup>28</sup>

Sendo assim, os planos trazidos pela lei têm como objetivo preparar as diversas instâncias dos Municípios para atender imediatamente a população atingida por qualquer tipo de desastre, reduzindo perdas materiais e humanas.

Destarte, a Lei Federal nº. 12.608/12 inaugurou mais dois novos instrumentos urbanísticos aptos a desenvolverem uma política urbana responsável, articulada e integrada com as demais políticas setoriais.

## **6. Conclusões**

I. O desenvolvimento urbano brasileiro tem produzido aumento significativo das enchentes. À medida que as cidades se urbanizam, o problema se agrava especialmente em função da impermeabilização e canalização, da concentração populacional nos aglomerados, do crescimento desorganizado das cidades, da inadequação das áreas ocupadas, do déficit habitacional, do descontrole da ocupação do solo e da deficiência de cultura preventiva.

II. As enchentes interferem significativamente na vida de uma cidade e por isso exigem ser sistematicamente geridas, especialmente porque os administradores públicos e demais responsáveis pelo bem-estar da população e integridade dos equipamentos públicos urbanos não podem apostar no caos, mas na utilização de instrumentos e mecanismos que lhes permitam prevenir e mitigar as consequências adversas delas decorrentes.

III. A Lei Federal nº. 12.608/12 é uma resposta aos desastres naturais que nos últimos anos atingiram diversas cidades brasileiras e causaram incontáveis prejuízos materiais e milhares de vítimas, buscando superar o atraso institucional na constituição de uma plataforma nacional de

---

28 Ibidem, p. 19.

redução de riscos ao incorporar componentes de planejamento e gestão voltados para a prevenção e mitigação de impacto.

IV. A Lei Federal n.º. 12.608/12 tem uma vocação muito clara em buscar a assunção de responsabilidade por todos os entes públicos, de forma transparente e com mecanismos bem específicos dirigidos aos desastres que operam no espaço urbano.

V. O Estatuto da Cidade dispõe sobre uma série de instrumentos urbanísticos, mas não os esgota. A Lei Federal n.º. 12.608/12 inaugura importantes instrumentos: i) desenvolvimento de cultura nacional e comportamentos de prevenção de desastres; ii) intervenção preventiva em edificações e áreas de risco após vistoria e iii) Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e Plano de Implantação de Obras e Serviços para a redução de riscos de desastre.

VI. Desenvolvimento de cultura nacional e comportamentos de prevenção de desastres (art. 9º, I e II, da lei) significa oferecer informações a respeito de técnicas, comportamentos e atitudes que possam influenciar na qualidade de vida das populações vulneráveis a desastres. Deve incluir, entre outras lições, noções básicas de construção civil, segurança, saúde, higiene, saneamento, disposição de resíduos, organização social, preservação de espaços públicos e áreas verdes.

VII. Intervenção preventiva em edificações e áreas de risco após vistoria (art. 8º, VII, da lei) representa uma intervenção sobre a propriedade urbana: i) sem intenção de transferência do título de domínio ao Poder Público, ii) por prazo indeterminado, mas sem pretensão de perpetuidade e iii) supressora dos exercícios do direito de propriedade sobre o bem.

VIII. Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil e Plano de Implantação de Obras e Serviços para a redução de riscos de desastre (art. 22, da lei) são conjuntos de procedimentos e ações que nortearão os órgãos de defesa civil dos Municípios, no atendimento a situações de risco e emergências ocasionadas por fenômenos de natureza geológica, geotécnica e hidráulica que impliquem possibilidade de perda de vidas, como as enchentes.

IX. Finalmente, é possível afirmar que a Lei Federal n.º. 12.608/12 inaugura um novo período na história da gestão das enchentes que assolam as

idades brasileiras, cumprindo aos administradores e aos advogados públicos que os assessoram conhecer e dominar esse novo diploma.

## 7. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE FILHO, José Luiz *et al.* Levantamento e cadastro de áreas de risco de inundação, erosão e escorregamento na unidade hidrográfica de gerenciamento de recursos hídricos do Piracicaba/Capivari/Jundiaí e parte do Pardo/Mogi-Guaçu e Tietê/Jacaré. In: *Relatório Convênio DAEE - IPT N° 20. Relatório Técnico n° 77446-205*. Divisão de Geologia Aplicada ao Meio Ambiente de São Paulo: 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; TINKER, Catherine. O gigante da água desperta: uma visão geral do direito das águas no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (coords.). *O Novo Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE. Sítio eletrônico: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acesso em: 02 de maio de 2014.

BRASIL. Ministério da Integração. Disponível em: <http://www.phdu.comuv.com>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

BRASIL. Ministério das Cidades. São Paulo. Estudo de mapeamento de riscos em encostas e margens de rios. Brasília, 2007. p. 18. *Biblioteca Virtual da Sedec-Geotecnologias*. Disponível em: [www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PrevencaoErradicacao/Livro\\_Mapeamento\\_Encostas\\_Margens.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PrevencaoErradicacao/Livro_Mapeamento_Encostas_Margens.pdf). Acesso em: 01 de maio de 2014.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

BRASÍLIA. *IX Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_9conferencia.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_9conferencia.pdf).

BRASÍLIA. Legislação. Lei Federal n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 13 de junho de 2014.

BRASÍLIA. Legislação. Lei Federal nº. 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm). Acesso em: 01 de junho de 2014.

FREITAS, Vladimir Passos. *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

FURTADO, Janaína. *et al. Capacitação básica em defesa civil*. Florianópolis: CAD UFSC, 2012.

GRANELL-PÉREZ, M. D. C. *Trabalhando geografia com as cartas topográficas*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004.

JOHNSSON, Rosa Maria Formiga; KEMPE, Karin Erika. *Institucional and policy analysis of river basin management – The Alto-Tietê river Basin, São Paulo, Brasil*. Disponível em: <http://econ.worldbank.org>. Acesso em: 01 de maio de 2014.

JONOV, Cristiane Machado Parisi; NASCIMENTO, Nilo de Oliveira; SILVA, Adriano de Paula. Avaliação de danos às edificações causados por inundações e obtenção dos custos de recuperação. *Revista Ambiente Construído*. nº 1, vol. 13. Porto Alegre, jan./mar 2013.

MACEDO, Eduardo; OGURA, Agostinho Tadashi; SANTORO, Jair. O que é um Plano Preventivo de Defesa Civil. In: CARVALHO, Celso Santos; GALVÃO, T. (orgs). *Prevenção de riscos de deslizamentos em encostas: guias para elaboração de políticas municipais*. Disponível em: <http://www.defesacivil.gov.br/publicacoes/outrosautores/prevencao.asp>. Acesso em: 07 de junho de 2014.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. *Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NOGUEIRA, Fernando Rocha. *Gerenciamento de riscos ambientais associados a escorregamentos: contribuição às políticas municipais para áreas de ocupação subnormal*. Tese de Doutorado apresentada no curso de Pós-Graduação em Geociências. Rio Claro: 2002.

\_\_\_\_\_. *Gestão de riscos em conjuntura de desenvolvimento no Brasil*. Disponível em: <http://www.phdu.comuv.com>. Acesso em: 22 de maio de 2014.

RIO DE JANEIRO. Legislação. Decreto n° 37.426, de 11/07/2013. Regulamenta a aplicação da Lei Complementar n° 126, de 26 de março de 2013, e da Lei n° 6.400, de 05 de março de 2013, que instituem a obrigatoriedade de realização de vistorias técnicas nas edificações existentes no Município do Rio de Janeiro. Prefeitura do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://autovistoria.rio.rj.gov.br/decreto regulamentador.php>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

TOMINAGA L. K. *et al.* *Avaliação de perigo a escorregamentos por meio da análise de múltiplos fatores geoambientais*. Congresso Brasileiro de Geologia de Engenharia e Ambiental, Ipojuca/PE, 23 a 27 de novembro de 2008. Anais.

SOUZA, Célia Regina de Gouveia. *Risco a inundações, enchentes e alagamentos em regiões costeiras*. In: Simpósio Brasileiro de Desastres Naturais, Anais. Florianópolis: GEDN/UFSC, 2004.

# A suspensão condicional do processo disciplinar

Cynthia Pollyanna de Faria Franco<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Regime jurídico disciplinar – 3. A suspensão condicional no processo disciplinar – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

---

## 1. Introdução

A opção pela abordagem dessa temática no corpo deste trabalho foi decorrência da nossa reflexão acerca da necessidade de adoção de alternativa despenalizadora, no âmbito do processo disciplinar, diante das hipóteses envolvendo a prática de ilícito administrativo<sup>2</sup> de menor potencial lesivo.

O que se pretende difundir ao final é o aspecto prático inovador da inserção de dispositivo legal tendente ao controle consensual estatal, contrapondo-se ao caráter punitivo do poder sancionatório estatal<sup>3</sup> a partir de uma nova sistemática processual que tenha por objeto trans-

---

1 Procuradora do Estado de São Paulo graduada pela Pontifícia Universidade Católica.

2 O ilícito administrativo, pois, nada mais é que um comportamento reprovado pelo código de conduta funcional, estabelecido em lei para os servidores públicos, passível de atrair reprimenda disciplinar contra o agente faltoso, depois da apuração da irregularidade pela autoridade administrativa competente e da concessão de franquias constitucionais e legais indispensáveis à plenitude do direito de defesa e da garantia do contraditório em todas as fases do processo administrativo sancionador (Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública, Antonio Carlos Alencar Carvalho, editora Fórum, 2011, p. 77).

3 O caráter sancionatório do poder disciplinar funciona como meio de conduzir a atuação funcional dos servidores públicos de acordo com os parâmetros consagrados no ordenamento jurídico e considerados necessários para a efetiva proteção do interesse público e da boa gestão da máquina administrativa (Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública, Antonio Carlos Alencar Carvalho, editora Fórum, 2011, p. 65).



gressões funcionais de pequena gravidade praticadas por servidores<sup>4</sup> vinculados à Administração Pública<sup>5</sup>.

Seguindo essa nova concepção, nitidamente inspirada no Direito Penal, surgiram várias legislações propondo, em certa medida, a mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público na esfera disciplinar, a partir da instituição de uma fórmula alternativa à instrução processual e à consequente decisão administrativa unilateral.

A título de exemplo, trazemos à colação o instituto da *suspensão condicional do processo disciplinar*, o qual difunde um novo paradigma na relação entre o servidor e o Poder Público, muito mais aberta ao consenso, com vistas a uma solução razoável e adequada às hipóteses de cometimento de infrações administrativas menos gravosas.

A abordagem desta vertente disciplinar representa uma nova perspectiva ao controle punitivo estatal<sup>6</sup>, calcada em escolha valorativa revolucionária, na qual se conjugam, harmonicamente, os princípios da eficiência, da economicidade, da legalidade, da impessoalidade, da celeridade, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da segurança jurídica e da isonomia, todos eles considerados sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

4 O gênero agente público abrange as várias espécies de pessoas que atuam em nome do Estado, sob diversos títulos jurídicos, dentre os quais: os agentes políticos que se ligam por vínculo de natureza política, empregados estatais que mantêm com a Administração Pública relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, servidores públicos detentores de cargos públicos de provimento efetivo e agentes públicos investidos em cargos em comissão.

5 A Administração Pública é, em sentido subjetivo ou orgânico, o conjunto dos órgãos e entidades estruturados para desempenhar a função administrativa do Estado, como a Presidência da República, os Ministérios, as Secretarias de Estado e Governo, Procuradorias, departamentos distritais, estaduais e municipais (Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública, Antonio Carlos Alencar Carvalho, editora Fórum, 2011, p. 51).

6 O poder disciplinar da Administração é representado pela faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores, controlando suas condutas internas (MS nº 7.983/DF, relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 3ª Seção, DJ, p. 131, 30/03,2005). No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região estatui que “poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento a que passam a integrar definitiva ou transitoriamente” (AC-Apelação Cível nº 9.084, relator o Desembargador federal David Diniz, 1ª Turma, DJU, p. 372, 05.09.2000).

Como adiante se verá, trata-se de uma nova roupagem jurídica conferida ao instituto da suspensão condicional do processo, tal como previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95<sup>7</sup>, assim considerado como parâmetro de construção para um novo modelo processual administrativo.

Melhor explicando, em conformidade com essa nova sistemática, o administrador público terá o dever jurídico de propor ao agente público processado (primário) a possibilidade de aceitar as condições previamente estabelecidas<sup>8</sup>, a serem cumpridas durante lapso de tempo fixado, sobrestando a tramitação processual até o término do período de prova sem revogação.

Por seu turno, será facultado ao acusado, acompanhado de defesa técnica, recusar a proposta formulada e dar continuidade ao processo, em seus ulteriores atos, de acordo com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Feitas essas considerações iniciais, trataremos a seguir dos reflexos da incorporação dessa sistemática no âmbito disciplinar e da sua relevância nos rumos do poder sancionador estatal.

## 2. Regime jurídico disciplinar

O regime jurídico disciplinar<sup>9</sup> tem por objeto assegurar a normalidade da atuação estatal, estabelecendo-se normas internas destinadas aos servidores públicos<sup>10</sup>, cuja violação ensejará a responsabilização do infrator por intermédio da imposição da correspondente reprimenda<sup>11</sup>.

---

7 Art. 89 – Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

8 A fixação das condições obrigatórias, tal como preconizado na legislação, bem como das facultativas, estarão adstritas ao princípio da adequação.

9 O regime jurídico disciplinar disciplina as regras éticas de obrigatoria observância pelos servidores públicos no exercício funcional (Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública, Antonio Carlos Alencar Carvalho, editora Fórum, 2011, p. 72).

10 A obrigação fundamental de todo funcionário é a de cumprir seu próprio ofício, ou seja, de fazer querer e agir o Estado (Princípios de Direito Constitucional Geral, Santi Romano, editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 204).

11 As penas disciplinares são espécies de sanções jurídicas, previstas em lei, de modo a compelir os servidores públicos a obedecerem às regras de conduta funcional, em vista de preservar a regularidade no serviço público e o império dos princípios constitucionais e legais nas

A dosimetria da sanção originalmente prevista como aplicável resultará de uma análise profunda e concreta acerca da gravidade do ilícito administrativo cometido e de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas presentes, observando-se, em conjunto, os princípios da proporcionalidade, da individualização da pena e do devido processo legal.

Considerado esse conceito tradicional como regra em nosso ordenamento jurídico, mister destacarmos a feição essencialmente apenadora do poder sancionador estatal, na medida em que se destina a reprimir os desvios de comportamento dos servidores públicos por meio de processo administrativo disciplinar que culmina com a imposição de penalidade ao infrator, à guisa de elemento desencorajador à violação de normas funcionais.

De tal sorte que a adoção dessa providência constitui-se em dever jurídico<sup>12</sup> decorrente do poder hierárquico<sup>13</sup>, de cuja omissão<sup>14</sup> afrontará o disposto nos arts. 319 e 320 do Código Penal (prevaricação ou condescendência criminosa)<sup>15</sup>.

---

atividades desenvolvidas pelos que atuam em nome da Administração Pública (Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública, Antonio Carlos Alencar Carvalho, editora Fórum, 2011, p. 810).

- 12 O Direito Público zela pelos interesses da sociedade como um todo, cujo atendimento não é um problema pessoal do administrador público, mas um dever jurídico inescusável, pelo que, no direito administrativo, a ideia de autonomia da vontade cede lugar à de função, de dever de atendimento do interesse público (Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, editora Malheiros, 2000, p. 25).
- 13 O mestre Hely Lopes Meirelles ensina que o poder hierárquico atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e como forma de responsabilização dos agentes administrativos, impondo a estes o dever de obediência, com vistas a ordenar as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes públicos para que cada um possa desenvolver seus encargos com eficiência, além de servir de meio para coordenar as funções administrativas, a fim de que tomem curso harmoniosamente, também para controlar e velar pelo cumprimento da lei, e das instruções, com o acompanhamento da conduta e do desempenho de cada servidor, e para corrigir os erros administrativos por meio da revisão dos atos dos subordinados pelos seus superiores (Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública, Antonio Carlos Alencar Carvalho, editora Fórum, 2011, p. 62).
- 14 Sob o ângulo da Administração, a ciência de atos, fatos, condutas, omissões, irregularidades, suscetíveis de configurar infração disciplinar, desencadeia o exercício do poder disciplinar (Direito Administrativo Moderno, Odete Medauar, editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 353).
- 15 Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena -

Por outro lado, temos que a infração disciplinar também poderá ocasionar uma qualificação penal adicional e até mesmo uma repercussão patrimonial na esfera civil, conforme a dimensão da falta praticada.

Seja como for, independentemente do desdobramento em cada instância, a autoridade competente, tão logo tenha conhecimento da ocorrência do fato descrito como ilícito administrativo, deverá exercer o poder sancionador de forma irrenunciável, intransigível e obrigatória, com vistas ao atendimento do princípio da legalidade.

### **3. A suspensão condicional do processo disciplinar**

A variedade e a complexidade das atribuições estatais repercutiram no amplo tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988, na qual foi revelada uma tendência à modernização da gestão pública<sup>16</sup> com vistas ao incremento da eficiência na Administração Pública e à redução dos gastos públicos.

Nesse espectro, notamos uma maior inclinação ao aperfeiçoamento de medidas voltadas à melhoria contínua do Poder Público como resultado das inúmeras propostas de reforma administrativa e da busca por uma Administração justa, desburocratizada e isonômica no atendimento aos interesses coletivos, na execução satisfatória de políticas públicas e na prestação de serviços de excelência.

Essa nova visão gerencial estatal alinha-se ao novo contexto social, sendo aplicável, inclusive, ao direito administrativo disciplinar.

Nesse cenário, inseriu-se a suspensão condicional do processo administrativo disciplinar, reconhecida como novo paradigma à abrevia-

---

detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

16 Desde a metade da década de 1990, várias inovações estruturais ou retóricas focalizadas em matéria de gestão pública vêm sendo feitas por normas legais (e mesmo constitucionais). O objetivo geral tem sido o de obter flexibilizações e adaptações em regimes que haviam se tornado excessivamente rígidos. (Direito e Administração Pública, organizadores Floriano de Azevedo Marques Neto, Fernando Dias Menezes de Almeida, Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, editora Atlas, 2013, p. 39).

ção do procedimento por meio da presteza, celeridade, produtividade, efetividade e economicidade, aplicável às hipóteses de infração de menor potencial ofensivo.

Trata-se, portanto, de mecanismo alternativo voltado à despenalização indireta do acusado, não havendo que se falar em reconhecimento da atipicidade de conduta ou confissão de falta funcional.

A conceituação da infração de menor potencial lesivo não é tarefa fácil, podendo ser deduzida a partir das referências normativas sobre o tema, agregando-se o pressuposto da primariedade e da inexistência de concessão anterior do benefício<sup>17</sup>.

Merece registro, outrossim, o fato de que nenhum dispositivo legislativo arriscou-se até hoje em defini-la, havendo, contudo, a Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009, a qual reproduz a ideia de obediência aos princípios da eficiência e do interesse público por meio da racionalização dos procedimentos administrativos e da eliminação de controles, cujo custo de implementação seja manifestamente desproporcional em relação ao benefício.

Segundo o art. 1º do sobredito texto normativo:

“Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se *prejuízo de pequeno valor* aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

De modo que os contornos desse conceito vêm ganhando reforços legislativos significativos, dentre eles podemos citar a Lei Municipal n.º 9.310, de 12.01.2007, de Belo Horizonte – MG (regulamentada pelo

---

17 De modo que não se aplicaria esse novo instituto diante de fatos concretos que configurem ilícito penal contra a Administração Pública, crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a um ano, atos de improbidade administrativa, hipóteses de abandono ou frequência irregular ao trabalho, só para citar alguns.

Decreto nº 12.636/07), a Lei nº 1.818, de 23.08.2007, do Estado do Tocantins, a Instrução Normativa nº 04, de 17.02.2009, da Controladoria Geral da União, a Lei nº 3.278, de 21.07.2008, do Estado do Amazonas, dentre outras.

Nesse ritmo, temos que o aspecto terminológico da suspensão condicional do processo poderá ser compreendido como a etapa preliminar à instauração do procedimento administrativo disciplinar na qual é oferecida a oportunidade ao funcionário de se manifestar acerca da proposta elaborada pela Administração Pública.

Os respectivos termos e condições previstos na proposta (reparação do dano ao erário<sup>18</sup>, impossibilidade da prática de nova infração, elaboração de relatórios, prestação de serviços à comunidade, realização de curso de capacitação etc.) estarão expressamente elencados pela lei, sendo obrigatório o seu cumprimento por um determinado período de tempo, sob pena de revogação da benesse e prosseguimento da instrução processual e do cômputo prescricional.

Ao final, expirado o período de prova com o cumprimento das condições estabelecidas, será declarada extinta a punibilidade do servidor com o arquivamento do feito, vedada a renovação desse benefício pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Desse modo, a lógica do processo disciplinar passa a ser a de cunho consensual<sup>19</sup> e não punitivo, em manifesto prestígio aos princípios constitucionais da eficiência, celeridade processual<sup>20</sup>, proporcionalidade

---

18 Nesse particular, devemos ter em conta que a necessidade de reparação do dano, à qual deverá ser atendida durante o período de prova, ainda que de forma parcelada, cabendo ao servidor demonstrar eventual hipossuficiência econômica em fazê-lo, pena de revogação do benefício.

19 Seja no plano doutrinário, seja na prática do Direito Administrativo, a atuação administrativa consensual passa a ser encarada como uma efetiva forma de satisfação das finalidades públicas, colocando em evidência o binômio imperatividade-consensualidade. A consensualidade coloca em xeque o paradigma da imperatividade, ditando uma dinâmica de atuação bastante diferenciada daquela tradicionalmente considerada nos atos administrativos unilaterais e imperativos. (Os Caminhos do Ato Administrativo, coordenação Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato, editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 49).

20 O processo disciplinar contém uma pena em si próprio, independentemente da sanção a ser aplicada ou não, sendo que a demora no seu desfecho ocasiona “um sobrecusto inflacionário proporcional à duração do processo. No que tange à duração razoável do processo, entendemos que a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista,

e razoabilidade. Isso sem falar na economia ao erário, na diminuição quantitativa de procedimentos disciplinares em andamento e no melhor direcionamento aos processos mais complexos envolvendo condutas de de maior gravidade.

Por esse motivo, ao nosso sentir, essa estrutura inovadora de atuação consensual tem se revelado potencialmente mais proveitosa em seus mecanismos de ação, representando novos horizontes na política de uma gestão pública participativa e estável nas relações com seus servidores.

Além de tudo isso, inolvidável que essa temática se afigura num modelo humanista no qual se reconhece a falibilidade do servidor e aposta na sua recuperação, em consagração a dois valores fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: o valor social do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup> (art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal).

Trata-se, portanto, de instrumento marcante que altera a lógica dos mecanismos de controle, com vistas à obtenção de maior resultado prático com o mínimo possível de atividade processual e, conseqüentemente, à redução de gastos.

Guiada por esse ideário, encontra-se em trâmite perante a Assembleia Legislativa Paulista projeto de lei complementar de iniciativa do Governador do Estado, que introduz uma nova Lei Orgânica para a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo<sup>22</sup> (PLC nº 25/2013<sup>23</sup>), o qual

---

da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação dos desejos de vingança. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois o grande prejudicado é o réu, aquele submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de pendência. O processo deve ser mais célere para evitar o sofrimento desnecessário de quem a ele está submetido. É uma inversão na ótica da aceleração: acelerar para abreviar o sofrimento do réu” (Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, Aury Lopes Jr., editora Lumen Juris, 2003, p.87).

- 21 O princípio da dignidade da pessoa humana consiste não apenas em fundamento de posições jurídico-subjetivas, ou seja, norma definidora de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais (Suspensão Condicional do Processo – Análise Garantista, Angélica Karina de Azevedo Caúla e Silva, editora Juruá, Curitiba, 2007, p. 103).
- 22 As normas sobre processo administrativo disciplinar e sindicância devem ser definidas por lei própria de cada ente federado.
- 23 Art. 145 - Nas hipóteses previstas no artigo 135, inciso I, e após a portaria de instauração da sindicância a que se refere o artigo 146, ambos desta lei complementar, o Corregedor Geral proporá ao Procurador do Estado acusado a suspensão do procedimento pelo prazo

prevê a implantação de mecanismo similar no âmbito da advocacia pública bandeirante.

Em linhas gerais, segundo esse novo modelo, temos que o Corregedor Geral da Procuradoria Geral do Estado, após a instauração da sindicância, poderá propor a suspensão condicional do procedimento pelo prazo de 1 (um) ano ao Procurador do Estado dotado de primariedade.

As condições da suspensão importarão na apresentação de relatório de atividades e frequência regular ao serviço.

A eventual prática de outra falta disciplinar ou o descumprimento dos critérios anteriormente fixados acarretarão a revogação do benefício com a adoção *incontinenti* dos procedimentos disciplinares cabíveis.

Expirado o prazo de suspensão e tendo sido cumpridas todas as condições impostas, o Corregedor Geral encaminhará os autos ao Procurador Geral para a declaração da extinção da punibilidade e o arquivamento do feito.

Durante esse intervalo de tempo ficará suspenso o lapso prescricional, vedado ao Procurador do Estado, durante o período de prova, ocupar cargo em comissão ou exercer função/cargo de confiança.

Assim é que ao Procurador do Estado que aderir às condições e exigências impostas pela Administração Pública será concedido um crédito de confiança e uma segunda chance de manter, incólume, a primariedade

---

de 1 (um) ano, desde que não tenha sido apenado por outra infração disciplinar nos últimos 5 (cinco) anos.

§ 1º - O Corregedor Geral especificará as condições da suspensão, em especial a apresentação de relatórios trimestrais de atividades e a frequência regular sem faltas injustificadas.

§ 2º - A suspensão será revogada se o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas no § 1º deste artigo, prosseguindo-se, nesses casos, os procedimentos disciplinares cabíveis.

§ 3º - Expirado o prazo da suspensão e tendo sido cumpridas suas condições, o Corregedor Geral encaminhará os autos ao Procurador Geral para a declaração da extinção da punibilidade.

§ 4º - Não será concedido novo benefício idêntico durante o dobro do prazo da anterior suspensão, contado da declaração de extinção da punibilidade, na forma do § 3º deste artigo.

§ 5º - Durante o período da suspensão não correrá prazo prescricional, ficando vedado ao Procurador do Estado acusado ocupar cargo em comissão ou exercer função de confiança.



em seus assentos funcionais, estimulando-o a cumprir com seus deveres da melhor forma possível.

Com isso, evita-se todo o trâmite processual, o qual, por si só, expõe o servidor a rituais burocráticos (citação, interrogatório, audiência de instrução) e de alto custo para o Poder Público (exame médico, grafo-técnico, contábil etc.).

#### 4. Conclusão

A existência de regras disciplinares colima prevenir o cometimento de irregularidades no serviço público, garantindo-se a preservação dos valores superiores da coletividade confiados à Administração Pública.

Dito de outro modo, praticada uma falta disciplinar será instaurado o respectivo procedimento administrativo disciplinar cujo desfecho importará em ato decisório adstrito à vontade da lei e à impessoalidade da autoridade julgadora.

Paralelo a essa visão tradicional de poder sancionador estatal, exsurge um novo mecanismo processual voltado à consensualidade<sup>24</sup>, qual seja, o da suspensão condicional do processo, o qual proporciona o adiamento da deflagração do procedimento disciplinar, logo após a sua instauração pela portaria inaugural, desde que o servidor acusado atenda a determinados pressupostos concebidos por lei, devendo ele obedecer às condições impostas durante certo período de tempo, findo o qual será extinta a punibilidade com o arquivamento do feito.

Assim é que essa nova dinâmica da atuação administrativa consensual<sup>25</sup> atende de forma primordial à característica do *nolo contendere*,

24 A consensualidade é caracterizada pela negociação da prerrogativa imperativa, seja para especificar a forma de exercício da imperatividade, seja para substituir um comando imperativo por outro inteiramente consensual. Antípoda à decisão unilateral e imposta verticalmente, a consensualidade demanda a aquiescência da decisão administrativa tanto pelo Poder Público quanto pelo servidor (Os Caminhos do Ato Administrativo, coordenação Odete Medauar e Vitor Rheini Schirato, editora Revista dos Tribunais, 2012, p.75).

25 A atuação consensual da Administração não significa ignorar as suas competências nem vilipendiar os interesses públicos indisponíveis. Trata-se, na realidade, de admitir soluções que componham da melhor forma possível todos os interesses públicos envolvidos (Direito e Administração Pública, organizadores Floriano de Azevedo Marques Neto, Fernando Dias Menezes de Almeida, Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, editora Atlas, 2013, p. 836).

cujos propósitos são o de assegurar a defesa do acusado sem adentrar o mérito da causa.

É preciso assentarmos a esta altura que os critérios fixados para a concessão da suspensão condicional do processo decorrem de ação legislativa genérica e abstrata que se amolda ao caso concreto, não havendo que se falar em subjetivismo.

Ainda segundo essa nova sistemática, uma vez aceito o compromisso firmado<sup>26</sup>, haverá um reajustamento natural de conduta do interessado, permitindo-lhe uma reavaliação dos fatos com vistas à melhoria do seu desempenho funcional e uma autocrítica eficaz no restabelecimento dos serviços prestados.

De modo que a celeridade no desfecho da questão posta, a economia de recursos públicos, a manutenção do servidor em serviço, a efetividade na realização da função pública garantem uma gestão pública de vanguarda que vem se revelando como um novo desafio no desempenho funcional do servidor e, por consequência, da atuação administrativa moderna.

Invocando os dizeres de um dos maiores expoentes dessa nova metodologia, Luciano Ferraz nos ensina que “a ideia fundamental subjacente ao modelo proposto foi a alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem de coerção –, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o preâmbulo da Constituição da República de 1988 (CR). Com efeito, a concepção da atividade de controle exclusivamente como ‘controle-sanção’ pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no positivismo: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o Administrador cumprisse à risca os artigos

---

26 Trata-se de ato bilateral e consensual, limitado pelo princípio da oportunidade regrada (ato vinculado) e pelo princípio da autonomia da vontade do acusado (ato facultativo) acerca de um determinado fato imputado a este último, observados os requisitos legalmente previstos.

de Lei (abstrata e genérica) predispostos pelo Legislador (princípio da legalidade estrita)<sup>27</sup>”.

Registre-se ademais que esse instituto não se contrapõe à obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo disciplinar, havendo apenas uma flexibilização do seu alcance em hipóteses excepcionais legalmente previstas.

Por outro lado, o único efeito secundário decorrente da medida em comento é o impedimento da concessão do mesmo benefício dentro de um determinado lapso temporal, não havendo julgamento do mérito (condenação/absolvição), discussão acerca da culpa/dolo ou, ainda, a perda da primariedade<sup>28</sup>.

De tal sorte que a proposta de suspensão condicional do processo conterà o tempo de sua duração, as condições impostas/aceitas, a concordância expressa do acusado, chancelada pela defesa técnica, ficando adiada ou mesmo suprimida a tramitação processual<sup>29</sup>.

Concluindo, a suspensão condicional do processo representa, portanto, verdadeira alteração de paradigma processual disciplinar, embasado na agilização e modernização do procedimento de controle estatal diante do cometimento de ilícito de menor potencial lesivo,

---

27 FERRAZ, Luciano. Controle consensual da Administração Pública e suspensão condicional do processo administrativo disciplinar (SUSPAD): A experiência do município de Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/eventos/SDD/Painel%20VI%20-%20Transa%C%A7%C3%A3o%20Administrativa%20-%20Luciano%20Ferraz.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012.

28 À luz desse raciocínio, em caso de descumprimento das exigências impostas, durante o período de prova, o benefício em questão será revogado com o reinício do cômputo do lapso prescricional e dos demais atos processuais que se seguirem, resguardadas todas as garantias constitucionais do processo.

29 O ato de aceitação do processado é primordial para a homologação da avença, tendo ele por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade, sendo, por essa razão, irretratável. O ato bilateral decorrente da aceitação dos termos e condições impostos não tem natureza jurídica de ato administrativo decisório na medida em que não condena e nem absolve o servidor, muito menos julga extinta a punibilidade. Cuida-se muito mais de ato administrativo homologatório, revogável a qualquer tempo, diante do descumprimento das cláusulas concebidas. A fim de se evitar essa revogação, tão logo homologado o acordo de suspensão condicional do processo, competirá ao administrador advertir o servidor das condições que deverá submeter-se, da duração da suspensão, das consequências advindas do seu descumprimento e do procedimento para a reparação do dano causado.

consagrando instrumento de cunho pedagógico, menos burocrático e oneroso e de indiscutível eficiência administrativa.

Em síntese, temos que a suspensão condicional do processo administrativo disciplinar reflete um instrumento de humanização das instituições públicas e de legitimação democrática no qual gravitam a dignidade e o valor da condição humana.

Trata-se de instrumento despenalizador, tão importante quanto inovador, para o nosso ordenamento jurídico.

## 5. Referências bibliográficas

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA COSTA, José Armando. *Prescrição Disciplinar*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

POTENZA Marcel. *Processo Administrativo. Disciplinar e suas espécies*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

CRETELLA JR., José. *Prática do Processo Administrativo*: São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DA COSTA, José Armando. *Incidência Aparente de Infrações Disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CARVALHO, Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LESSA, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar Carvalho. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Revista dos Tribunais: 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDAUAR, Ode; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lums Juris, 2003.

SILVA, Angélica Karina de Azevedo Caúla. *Suspensão Condicional do Processo – Análise Garantista*. Curitiba: Juruá, 2007.

# Comentários ao regime jurídico dos agentes públicos comissionados

Vinicius Teles Sanches<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Antecedentes conceituais – 2.1. Os agentes públicos e suas espécies – 2.2. Cargos públicos, empregos estatais e funções públicas – 2.3. Núcleos de encargos comissionados, efetivos e vitalícios – 3. A prévia aprovação em concurso público como requisito para o ingresso de pessoal – 4. Sentido da presença de pessoal não concursado na Administração Pública – 5. Atribuições próprias dos comissionados – 6. A precariedade da investidura como fator impeditivo de indenizar o comissionado por seu desligamento – 7. Espécies de agentes públicos comissionados – 7.1. Cargos em comissão, empregos em comissão e funções de confiança – 7.2. Os dirigentes de órgãos e entidades – 8. Esclarecimento sobre a necessidade de lei para a criação de núcleos de encargos em comissão – 9. Conclusão – 10. Referências bibliográficas.

---

## 1. Introdução

O presente estudo tem por finalidade analisar o regime jurídico dos agentes públicos que ingressam nos quadros de pessoal da Administração independentemente de prévia aprovação em concurso público.

Usualmente, os profissionais em questão são referidos como ocupantes de “cargos de livre provimento”, “cargos de confiança” ou “cargos em comissão”.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Atua na Coordenadoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador Geral. Bacharel em Direito formado pela Universidade de São Paulo, Turma 2000.

A prática administrativa tem demonstrado, entretanto, que tais termos ocasionalmente são manejados para tratar de agentes públicos sujeitos a regimes jurídicos distintos. Além de gerar inconsistências científicas, essas designações impróprias podem dar azo a equívocos concretos, especialmente pelo embaralhamento de normas destinadas a reger diferentes agentes públicos.

Nesse sentido, nossa intenção com o presente trabalho é assentar as premissas teóricas essenciais da matéria, de modo a colaborar com futuras reflexões doutrinárias e, além disso, oferecer um arcabouço elementar para a solução de eventuais questionamentos relacionados à disciplina já existente, em especial no Estado de São Paulo.

## 2. Antecedentes conceituais

Antes de adentrarmos o objeto desse estudo, consideramos necessário recordar algumas noções essenciais em matéria de pessoal na Administração Pública. Isso, como forma de proporcionar bases teóricas mais seguras e, também, para aclarar os conceitos que serão utilizados no decorrer do trabalho.

### 2.1. Os agentes públicos e suas espécies

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão *agentes públicos* é utilizada para “designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”<sup>2</sup>.

Partindo desse conceito basilar, a doutrina especializada esmiúça tal categoria de sujeitos em algumas espécies.

Tendo em vista os ensinamentos de Edmir Netto de Araújo<sup>3</sup> e de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup>, adotamos uma classificação triparti-

---

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 244.

3 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 247.

da, vislumbrando as seguintes modalidades de agentes públicos: os *agentes políticos*, os *servidores públicos em sentido amplo* (que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina de *servidores estatais*) e os *particulares em colaboração com a Administração*.

Os *agentes políticos* “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”<sup>5</sup>.

Por conseguinte,

“são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais, estaduais e vereadores”<sup>6</sup>.

Edmir Netto de Araújo, por sua vez, acrescenta que a relação dos agentes políticos para com o Estado “é política, de representação”<sup>7</sup>.

Finalmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que “a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando a ideia do órgão (aspecto subjetivo) e a segunda, de atividade (aspecto objetivo)”<sup>8</sup>.

Tais agentes públicos são titulares de *cargos políticos*, que não devem ser confundidos com os *cargos públicos* que são ocupados por servidores estatutários<sup>9</sup>.

5 *Ibid.*, p. 247.

6 *Ibid.*, pp. 247-248.

7 ARAÚJO, Edmir Netto de, *op. cit.*, p. 278.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 527.

Sobre a *função política*, Di Pietro, citando Renato Alessi, sustenta que ela “implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal” (*ibid.*, p.52).

9 A propósito da noção de *cargo político*, ver: FREITAS, Daniela Bandeira de. *Cargo político: perspectiva histórica e conceito jurídico*. Lisboa, 2006. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=26ed8def-9fcc-4d3f-a1fa-cdf3ec3ab8a7&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=26ed8def-9fcc-4d3f-a1fa-cdf3ec3ab8a7&groupId=10136). Acesso em: 20 de julho de 2014.



Quanto aos *servidores públicos em sentido amplo* (ou *servidores estatais*), concordamos que tal designação

“abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*”<sup>10</sup>.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, nessa categoria inserem-se os *servidores públicos* (acrescentamos: *em sentido estrito*) e os *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*.

Os primeiros são “todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público”<sup>11</sup>. Em outras palavras, são os servidores estatais (estatutários ou celetistas) da Administração Direta e das pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta.

Já os *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado* “são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público”<sup>12</sup>. Todos eles são, obrigatoriamente, sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, os *particulares em colaboração com o Poder Público* são sujeitos que, preservando sua qualidade de particulares, exercem função pública decorrente de requisição, gestão de negócios, contratação por locação civil de serviços, concessão, permissão ou delegação<sup>13</sup>.

## 2.2. Cargos públicos, empregos estatais e funções públicas

No que diz respeito aos servidores públicos em sentido amplo, são identificadas três possíveis espécies de vínculos com a Administração: os *cargos públicos*, os *empregos estatais* e as *funções públicas*.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 248 (destaques no original).

11 *Ibid.*, p. 249.

12 *Ibid.*, p. 250.

13 *Ibid.*, p. 251.

*Cargo público* – na dicção da legislação estadual – “é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário”<sup>14</sup>. Trata-se de posto de trabalho preenchido por servidor público estatutário, isto é, regido por normas de direito público previstas em lei editada pela pessoa política respectiva.

*Emprego estatal*, por sua vez, é o núcleo de encargos ocupado por agente público regido pelas normas trabalhistas, independentemente da natureza jurídica da entidade contratante. A nosso ver, a expressão *emprego público* é espécie do gênero *emprego estatal* e deve ser reservada à relação trabalhista mantida com entidade dotada de personalidade jurídica de direito público. Quanto aos contratos de trabalho firmados com entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, deve-se utilizar, simplesmente, a expressão *emprego*.

A respeito do regime trabalhista na Administração Pública, cabe recordar que a Consolidação das Leis do Trabalho deve ser aplicada em conjunto com as necessárias derrogações publicísticas. Desse modo, por exemplo, os empregados efetivos somente podem ser admitidos após prévia aprovação em concurso público. Ademais, os atos de dispensa de tais empregados (com justa causa ou sem justa causa) devem ser motivados, isto é, precisam informar os pressupostos de fato que embasaram a decisão da autoridade pública responsável pela dispensa<sup>15</sup>.

*Função pública*, finalmente, é instituto comumente associado aos postos de trabalho preenchidos “por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público” (artigo 37, inciso IX, da Constituição da República)<sup>16</sup>. Também recebe a denominação de *função* uma das espécies de unidades de atribuições preenchidas em confiança, nos termos do inciso V do artigo 37 da Lei Maior<sup>17</sup>.

---

14 Artigo 4º da Lei estadual n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo).

15 A propósito, verificar: STF, Tribunal Pleno – RE 589.998/PI – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20/03/2013, divulgado no DJ-e de 11/09/2013.

16 IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

17 As *funções de confiança* serão analisadas detidamente em item seguinte.

### 2.3. Núcleos de encargos comissionados, efetivos e vitalícios

À parte de tais classificações, existe outra – inicialmente voltada, somente, aos cargos públicos – que também importa à análise que estamos realizando.

Trata-se da caracterização dos cargos públicos – no dizer de Diogenes Gasparini – *segundo a segurança do servidor na titularização do cargo*<sup>18</sup> ou – na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello – conforme a *vocação para retenção dos ocupantes*<sup>19</sup>.

Segundo esse critério, existem três espécies de cargos públicos: os *cargos de provimento em comissão*, os *cargos de provimento efetivo* e os *cargos vitalícios*.

Segundo Diogenes Gasparini,

“*Cargo de provimento em comissão*, ou simplesmente *cargo em comissão*, é o que menos segurança dá, em termos de permanência no cargo, ao seu titular. É ocupado transitoriamente por alguém, sem direito de nele permanecer indefinidamente. A CF qualifica-o de cargo de livre nomeação e exoneração (art. 37, II)”<sup>20</sup>.

Nos termos do artigo 37, inciso V, da Constituição da República, tais cargos são destinados apenas ao desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Por sua vez, “*de provimento efetivo*, ou simplesmente *cargo efetivo*, é o que confere ao seu titular, em termos de permanência, segurança. É o cargo ocupado por alguém sem transitoriedade ou adequado a uma ocupação permanente”<sup>21</sup>. Quanto a tal espécie, Diogenes Gasparini acrescenta que

“São cargos cujas atribuições caracterizam-se como *serviços comuns* (não exigem habilitação especial, qualquer um pode executá-los), a exemplo dos serviços de limpeza, de datilografia, de pintura, ou como

18 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 271.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op.cit.*, p. 305.

20 GASPARINI, Diogenes, *op.cit.*, p.271 (destaques no original).

21 *Ibid.*, p. 273 (destaques no original).

*serviços técnico-profissionais* (exigem habilitação especial; só podem ser executados por profissionais legalmente habilitados), como são os de engenharia, os de medicina e os de advocacia.”<sup>22</sup>

Por fim, a classificação dos cargos públicos segundo a segurança do servidor na titularização da unidade de atribuições apresenta, como terceira espécie, os *vitalícios* que

“são os cargos destinados a receber um ocupante em caráter permanente, definitivo. Difere dos cargos efetivos na medida em que a segurança ou garantia de permanência é ainda maior. O titular desse cargo só pode ter extinto o vínculo que o liga à Administração Pública por processo judicial (CF, art. 95, I)”<sup>23</sup>.

Ao apresentar tal classificação, a doutrina usualmente faz referência apenas aos núcleos de encargos regidos pelo regime estatutário.

Não temos dúvida, entretanto, de que o critério da *vocação para retenção dos ocupantes* poderá ser utilizado, também, na análise dos empregos estatais.

Evidentemente, não se cogita a existência de eventuais *empregos vitalícios* na Administração Pública, eis que a garantia adicional representada pela vitaliciedade não se compatibiliza com o regime contratual da legislação trabalhista. Em outras palavras, a vitaliciedade é predicado exclusivo de determinados cargos públicos, assim previstos na Constituição da República.

Acreditamos ser incontestável, todavia, a existência de *empregos de provimento efetivo* e de *empregos em comissão* no âmbito dos órgãos ou entidades da Administração que admitem pessoal com base na Consolidação das Leis do Trabalho.

Os *empregados de provimento efetivo* são agentes públicos admitidos pela legislação trabalhista, após prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, para o desempenho de atividades técnicas, operacionais ou burocráticas no órgão ou entidade contratante.

22 *Ibid.*, p. 273 (destaques no original).

23 *Ibid.*, p. 274.

Por sua vez, os *empregados em comissão* desempenham atribuições de direção, chefia e assessoramento em órgãos ou entidades que submetem seu pessoal à legislação trabalhista. A contratação e a dispensa dos empregados em comissão são livres, a exemplo do que ocorre com a nomeação e a exoneração dos titulares de cargos de provimento em comissão.

Mesmo que exerçam a coordenação de equipes, a assessoria de superiores ou que realizem contatos com outras instituições, sua atuação é pautada, em última instância, pelos elementos que caracterizam a relação de emprego: o exercício de trabalho não eventual, prestado *intuitu personae* (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade<sup>24</sup>. São, enfim, empregados diferenciados, que atuam de modo mais próximo à administração superior do ente empregador.

Cabe noticiar, entretanto, que existem opiniões no sentido da inconstitucionalidade da criação de *empregos em comissão*. Isso, com base em interpretação literal do artigo 37, inciso II, da Lei Maior<sup>25</sup>, que somente excepciona expressamente, do princípio do concurso público, os *cargos em comissão*.

Como exemplo desse entendimento, podemos citar a posição de Lucas Rocha Furtado<sup>26</sup>.

Nossa opinião, entretanto, é pela constitucionalidade do regime de emprego em comissão.

É que careceria de sentido sustentar que o regime estatutário – informado por normas de direito público e de caráter estritamente legal – apresentaria uma flexibilidade não extensível às contratações realizadas sob o regime trabalhista, que possuem natureza contratual e atraem a incidência de normas comuns às da iniciativa privada, ressalvadas, apenas, as derivações publicísticas necessárias.

Em estudo realizado especificamente sobre as empresas estatais – mas que apresenta conclusões que, a nosso ver, podem ser estendidas aos

24 Nesse sentido: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 280.

25 Que analisaremos de modo mais detido no item subsequente.

26 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 172.

demais órgãos ou entidades da Administração Pública –, José Eduardo Martins Cardozo pondera o seguinte:

“Evidentemente, os textos normativos devem ser interpretados de forma sistemática e razoável. Seria absurdo que sendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista instrumentos da ação governamental e partes integrantes da Administração Pública tivessem barrada a possibilidade de ter algumas de suas atividades funcionais chaves qualificadas como *de confiança* para todos os fins de direito. Deveras, se a Administração Direta deve *controlar* o exercício das atividades destas pessoas para que não se distanciem ou divirjam das premissas de atuação e de orientação governamental, haverá de ser de todo óbvio que alguns de seus postos devam ser livremente escolhidos.

Assim, nada mais natural que além da escolha de seus dirigentes maiores a ser efetuada na forma estabelecida em lei (isto é, nas *normas legais que disciplinam a forma societária de que se revestiu a empresa e nas normas legais que instituíram a própria pessoa*), ainda existam *empregos de confiança* (*assessores, gerentes, etc., cuja atuação funcional deve estar submetida ao vínculo da CLT*) a serem exercidos por pessoas livremente escolhidas por estes mesmos dirigentes, ou seja, *sem a necessidade de concurso público*.

É esta, também, ao que nos parece, a opinião de ADILSON DE ABREU DALLARI.

Donde, pois, nos ser possível formular a conclusão de que *embora o artigo 37, II, da Constituição Federal não inclua expressamente na exceção que estabelece ao princípio do concurso público os empregos de confiança em empresas públicas e sociedades de economia mista, estas hipóteses devem ser por analogia consideradas incluídas neste campo de excepcionalidade. A mesma “ratio” que justifica a exceção constitucional para os cargos públicos da Administração Direta e autárquica aponta para a necessidade desta ser estendida também para as atividades funcionais de confiança nas entidades estatais de direito privado*<sup>27</sup>.

---

27 CARDOZO, José Eduardo Martins. “As empresas públicas e as sociedades de economia mista e o dever de realizar concursos públicos no Direito brasileiro”. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/386>>. Acesso em: 16 de julho de 2014 (destaques no original).

Nesses termos, apesar da ausência de previsão constitucional expressa, não hesitamos em afirmar a constitucionalidade, em tese, do regime de emprego em comissão.

### **3. A prévia aprovação em concurso público como requisito para o ingresso de pessoal**

Como se sabe, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, inciso II, estabeleceu que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Ao inserir tal comando normativo, o Poder Constituinte delimitou duas espécies essenciais de servidores públicos *lato sensu*, no que diz respeito à forma de investidura: de um lado, os titulares de cargos ou empregos do quadro permanente, que devem ser selecionados mediante concurso público e, de outro, aqueles nomeados para núcleos em comissão, livremente nomeáveis e exoneráveis.

Quanto ao pessoal do quadro permanente, a exigência de prévia aprovação em concurso público se harmoniza com os princípios da Administração enunciados no *caput* do artigo 37 da Lei Maior<sup>28</sup>, em especial, os da impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência. Tal determinação visa a resguardar, também, o princípio da igualdade.

Como corolário da importância dada à referida exigência, a Carta Magna, no §2º do artigo 37, determina que o não atendimento do inciso II de tal dispositivo acarretará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável<sup>29</sup>.

Dada a sua relevância, cabe, ainda que brevemente, esquadrihar o conteúdo e o alcance da determinação constitucional.

28 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: [...]

29 § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

O primeiro dos atributos do concurso público deverá ser a realização de provas ou – conforme a natureza e a complexidade do cargo que se pretende preencher – a aplicação de provas seguida da avaliação dos títulos do candidato. Esses elementos são relevantes para assegurar o julgamento objetivo dos postulantes e, também, para permitir o ingresso nos quadros da Administração Pública de profissionais comprovadamente aptos.

Além disso, o procedimento de seleção de pessoal que se pretender consentâneo com a Constituição da República deverá resguardar a igualdade, a moralidade administrativa e a competição<sup>30</sup>. Deverá conferir, ainda, tratamento impessoal aos candidatos<sup>31</sup>, assegurando a ampla divulgação do certame, de suas regras e dos atos da comissão de seleção.

Na falta de algum desses requisitos, em princípio, não será possível evitar a incidência da regra do § 2º do artigo 37 da Carta Magna.

No que diz respeito ao alcance do comando constitucional, atualmente, não pairam dúvidas acerca da necessidade de que todas as nomeações ou contratações de pessoal permanente, estatutário ou celetista, sejam precedidas da aprovação em concurso público. Isso, tanto na Administração Direta quanto na Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

A regra para o acesso a cargos públicos e empregos estatais, portanto, é a prévia aprovação em concurso público.

Como já se indicou, todavia, a própria Constituição Federal excepcionalmente tal princípio na parte final do artigo 37, inciso II, ao legitimar “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

#### **4. Sentido da presença de pessoal não concursado na Administração Pública**

Se, conforme já exposto, a regra para ingresso nos quadros de pessoal da Administração é a prévia aprovação em concurso público, cabe

---

30 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 574.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 282.



perquirir, ainda que brevemente, acerca da razão para que tal preceito seja excepcionado no que tange aos comissionados.

A democracia brasileira, como se sabe, possui forte traço representativo. Por isso, parece possível afirmar – sem deslustre aos instrumentos participativos<sup>32</sup> – que a principal manifestação da soberania popular no país continua sendo por meio dos “mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais”<sup>33</sup>.

Para o desempenho de suas funções, os agentes políticos assim escolhidos necessitam de auxiliares comprometidos com a realização das diretrizes político-administrativas tornadas vitoriosas pelo voto popular. Por conseguinte, a seleção de tais ajudantes se sujeita a uma avaliação eminentemente subjetiva, que deve levar em conta, por exemplo, o comprometimento programático do possível assessor, a crença depositada em sua probidade, o reconhecimento de sua excelência técnica e a sua boa reputação.

Os auxiliares em questão devem ter, enfim, a *confiança* da autoridade nomeante.

Considerando a indispensabilidade de assessores fiduciariamente ligados aos agentes políticos, a Lei Maior admite que a escolha desses colaboradores recaia sobre pessoas que não integram os quadros de pessoal permanente da Administração Pública.

Desse modo, “justifica-se a exceção [ao princípio do concurso público], porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas”<sup>34</sup>.

## 5. Atribuições próprias dos comissionados

É importante ressaltar, entretanto, que as atribuições de tais auxiliares devem ser consentâneas com a finalidade que justifica sua presença na Administração Pública.

32 Dentre os quais figuram o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, previstos no artigo 14 da Lei Maior.

33 No dizer do artigo 2º do Código Eleitoral.

34 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 680.

Nesse sentido, o artigo 37, inciso V, da Carta Magna, ao fazer referência às funções de confiança e aos cargos em comissão<sup>35</sup>, determina que tais núcleos de encargos “destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Esmiuçando essas três espécies de atribuições, acreditamos ser possível sustentar que o dispositivo constitucional em análise adstringiu os comissionamentos na Administração Pública (i) aos dirigentes de órgãos ou entidades, (ii) aos responsáveis por chefias setoriais no interior de determinada estrutura administrativa e (iii) aos agentes públicos que possuem formação especializada em determinada área e que utilizam tal conhecimento para auxiliar diretamente outro agente público que possui atribuições de direção na tomada de decisões.

Por conseguinte, serão írritos à Constituição Federal eventuais comissionamentos voltados ao preenchimento de atividades meramente técnicas, operacionais ou burocráticas. Isso porque essas atribuições não reclamam a confiança da autoridade nomeante e não se encontram abrangidas nas cláusulas permissivas de *direção, chefia e assessoramento*.

A propósito, cabe recordar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico”<sup>36</sup>.

Havendo a constatação de afronta ao permissivo constitucional, incidirá a regra do artigo 37, § 2º, da Lei Maior, que determina a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável.

A nulidade do ato, no caso, deverá conduzir ao desligamento, dos quadros da Administração Pública, do agente comissionado que foi investido em funções próprias de pessoal do quadro permanente.

Há casos, todavia, em que a imediata declaração de nulidade poderá gerar grave dano à continuidade das atividades prestadas pelo Poder Público. Em tais situações, o repertório de jurisprudência do Supremo

---

35 A distinção entre *cargos, funções* e outras espécies de núcleos comissionados será traçada em item posterior.

36 STF, Tribunal Pleno – ADI 3602/GO – Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado no DJe de 07/06/2011 (excerto da ementa).

Tribunal Federal registra precedente em que se concedeu prazo de doze meses para a substituição dos comissionados por pessoal concursado, de modo a evitar prejuízos aos cidadãos<sup>37</sup>.

No que diz respeito à punição da autoridade responsável, quer-nos parecer que o comissionamento de agente público em situação não permitida pela Constituição Federal poderá, em tese, constituir ato de improbidade administrativa.

## **6. A precariedade da investidura como fator impeditivo de indenizar o comissionado por seu desligamento**

Conforme já ressaltado, a confiança da autoridade nomeante é o fator que autoriza o ingresso de comissionados nos quadros da Administração Pública. De tal constatação, decorre uma característica fundamental dos vínculos funcionais considerados: a *precariedade*. Nesse sentido, tal precariedade é indicada pela própria Constituição Federal, que, na parte final de seu artigo 37, inciso II, determina a “livre nomeação e exoneração” dos profissionais considerados.

Por conseguinte, se tal confiança deixar de existir, o desligamento do comissionado deverá ser *livre*, isto é, sem as restrições normalmente aplicáveis aos demais servidores públicos *lato sensu*.

Essa característica foi bem apontada no voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 326/SP. Em tal oportunidade, ressaltou-se que

“os que ascendem a cargos não sujeitos à investidura por concurso, ficando à mercê da dispensa ou exoneração *ad nutum*, convivem a todo instante com o dever de fidelidade para com a execução da diretriz política que lhe foi confiada e com o caráter transitório da sua presença na administração pública; para estes não é desejável nenhuma garantia além daquela que advém do correto e eficiente desempenho das tarefas que lhe foram confiadas, e que aceitaram delas desincumbir-se”<sup>38</sup>.

37 STF, Tribunal Pleno – ADI 4125/TO – Rel. Min. Cármen Lúcia, publicado no DJe de 15/02/2011.

38 STF, Tribunal Pleno – ADI 326/SP – Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 19/09/1997, p. 45526.

Com base nesses argumentos, foi declarada a inconstitucionalidade, no julgamento em questão, do artigo 287 da Constituição do Estado de São Paulo, que determinava que lei local dispusesse sobre “a instituição de indenização compensatória a ser paga, em caso de exoneração ou dispensa aos servidores públicos ocupantes de cargos e funções de confiança ou cargo em comissão, bem como aos que a lei declarar de livre exoneração”<sup>39</sup>.

A transitoriedade do vínculo de tais agentes públicos ofereceu fundamento, também, para o Parecer n.º 4/2012, da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado, que cuidou de consulta relativa ao pagamento de indenizações rescisórias a empregados em comissão de fundação governamental. Eis o teor da ementa daquele pronunciamento:

“SERVIDOR PÚBLICO. Empregado público. Empregado em comissão de pessoa jurídica de direito público. Livre dispensa. Poder discricionário da Administração. Transitoriedade do vínculo. Inexistência de arbitrariedade. Consecução de uma finalidade pública. Descabimento do pagamento do acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da concessão de aviso prévio. Jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho.

*São indevidos o pagamento do acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a concessão do aviso prévio, trabalhado ou indenizado, ao empregado público em comissão livremente dispensado*<sup>40</sup>.

Em caso de inobservância de tais diretrizes, os dispêndios considerados, a nosso ver, poderão ser tidos como lesivos ao erário, dando ensejo à aplicação da Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.

Tal conclusão também é aplicável no que diz respeito ao pagamento de eventuais indenizações pelo desligamento de *dirigentes* da Administração Direta e Indireta<sup>41</sup>. Isso porque o vínculo desses agentes públicos apresenta os mesmos contornos de precariedade dos demais comissionados.

---

39 Nesse sentido, no voto condutor já transcrito parcialmente supra, ficou registrado que, “se a nomeação é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração, o dever de indenizar restringe esta liberdade”.

40 Boletim CEPGE, São Paulo, v. 36, n. 5, p. 3-4, setembro/outubro 2012, p. 39.

41 Os quais – esclareça-se desde já – não são titulares de *cargos* ou *empregos em comissão*.

## 7. Espécies de agentes públicos comissionados

Conforme restou apontado em item anterior, as atribuições próprias dos comissionados, por previsão constitucional, são aquelas destinadas à direção, à chefia e ao assessoramento.

Avançando, pois, na análise dos comissionamentos realizados pela Administração, passaremos a detalhar quais agentes públicos poderão receber, validamente, semelhantes atribuições.

Quanto ao ponto, cabe adiantar que vislumbramos três espécies de comissionados: a) os titulares de cargos ou empregos em comissão; b) os designados para funções de confiança; e c) os dirigentes de órgãos ou entidades.

### 7.1. Cargos em comissão, empregos em comissão e funções de confiança

Se o comissionamento disser respeito a atribuições de direção, chefia e assessoramento com forte nota fiduciária e tiver por finalidade (i) estabelecer governanças setoriais completas e independentes dos servidores públicos *lato sensu* efetivos ou (ii) fornecer assessoramento direto à direção do órgão ou entidade, é possível afirmar que se estará diante de *cargo em comissão* ou *emprego em comissão*, conforme o regime de pessoal adotado. Nessa hipótese, a Lei Maior faculta a seleção de agentes que sejam ou não integrantes do quadro permanente do órgão ou entidade.

Por sua vez, as *funções de confiança* estão presentes nas situações em que o comissionamento representar mera adição de atribuições de chefia ou assessoramento ao serviço já desempenhado por servidor público *lato sensu* do quadro permanente. Tais funções, por determinação constitucional, deverão ser exercidas, exclusivamente, por titulares de cargos ou empregos de provimento efetivo<sup>42</sup>.

42 A propósito dessa distinção, recomenda-se a leitura de: GRAEF, Aldino. “Cargos em comissão e funções de confiança: diferenças conceituais e práticas”. In: *Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental: Res Pública*, vol. 7, nº 2, jul/dez 2008, pp. 61-72. Disponível em: [http://anesp.org.br/userfiles/respvblica\\_7\\_2.pdf](http://anesp.org.br/userfiles/respvblica_7_2.pdf). Acesso em: 16 de julho de 2014.

A nosso ver, a disciplina dessa matéria foi consideravelmente aprimorada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998.

Isso porque a redação original do artigo 37, inciso V, da Constituição da República, cingia-se a prever que “os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”.

Com a promulgação da citada emenda, todavia, o dispositivo passou a determinar que “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Desse modo, a seleção de servidores entre pessoas estranhas aos quadros efetivos da Administração Pública passou a se restringir aos titulares de cargos em comissão e empregos em comissão. E, mesmo quanto a essas unidades de atribuições, a lei deverá determinar os casos, as condições e os percentuais mínimos de preenchimento por servidores estatais de carreira.

No que tange às funções de confiança, elas passaram a ser exclusivas do pessoal do quadro permanente. Desse modo, não se pode cogitar o exercício de função de confiança por agente público não efetivo. Tal conclusão é válida, inclusive, quanto aos titulares de cargos em comissão e de empregos em comissão, que, além de não serem efetivos, já recebem remuneração abrangente para as responsabilidades que desempenham<sup>43</sup>.

Apesar de suas diferenças, os ocupantes de cargos em comissão, de empregos em comissão e de funções de confiança têm, em comum, a condição de servidores públicos em sentido amplo. Por conseguinte – retomando conceito já exposto supra –, temos que todos esses sujeitos mantêm relação de trabalho de natureza profissional, em caráter não eventual e sob vínculo de dependência em relação ao Poder Público.

---

43 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 941.

Diversa, todavia, é a caracterização dos dirigentes dos órgãos ou entidades da Administração Pública.

## 7.2. Os dirigentes de órgãos e entidades

Sob a denominação genérica de *dirigentes*, inserimos todos aqueles agentes públicos que exercem atribuições superiores de comando em órgãos (Ministérios e Secretarias) ou em entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Quanto aos primeiros (Ministros de Estado e Secretários Estaduais, Distritais e Municipais), cremos não haver dúvida quanto ao seu enquadramento no conceito de *agentes políticos*, ocupantes, portanto, de *carregos políticos*. São – ao lado dos Chefes do Poder Executivo (e respectivos vices) e dos membros do Poder Legislativo – formuladores das decisões que norteiam a atividade do aparato administrativo estatal<sup>44</sup>.

No que tange aos dirigentes da Administração Indireta, entretanto, a conceituação não aparenta ser tão indubitosa.

A título de introdução, vale esclarecer que consideramos como *dirigentes da Administração Indireta* os chefes máximos de tais entidades (presidentes, superintendentes e diretores-executivos) e os componentes de estruturas de comando ou de colegiados com atribuições estatutárias não subordinadas (demais integrantes das diretorias, conselheiros de administração das estatais, conselheiros curadores de fundações governamentais, conselheiros fiscais etc.).

A respeito dos dirigentes, cabe recordar, a título de introdução, que as entidades integrantes da Administração Indireta decorrem de processo de *descentralização por serviços*. Tal processo

“envolve a criação de **entidade** distinta da Administração direta ou centralizada, por lei ou autorização legislativa (no caso das Fundações privadas instituídas pelo Estado e empresas estatais), dotada de personalidade jurídica e patrimônio próprios, sujeitas a controle e tutela finalísticos e não hierárquicos, legalmente fixados, do ente instituidor, e

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 890.

para desempenhar serviços específicos (princípio da especialidade) a si legalmente transferidos ou delegados”<sup>45</sup>.

Dessa noção de descentralização, interessam, ao presente estudo, dois aspectos. Em primeiro lugar, o fato de que as entidades assim criadas possuem *autonomia*, isto é, não se inserem na estrutura orgânica da Administração Centralizada e dispõem de personalidade, patrimônio e governança próprios. Em acréscimo, vale ressaltar a presença do *poder de tutela*, que se traduz na vinculação administrativa entre o ente instituidor e a entidade surgida a partir da descentralização.

A propósito desse segundo aspecto da descentralização, merece destaque a lição de Lucas Rocha Furtado:

“Verificada a descentralização, a relação entre a entidade primária ou política criadora e a entidade secundária ou administrativa resultante da criação é de vinculação administrativa. Isso importa em que o controle a ser exercido pela entidade primária em relação à entidade secundária não é de natureza hierarquizada. Não existe por parte da entidade primária poder de dar ordens, de rever atos, de avocar atribuições etc. da entidade secundária. Constituindo a relação entre a entidade primária e a secundária mera vinculação administrativa, o controle a ser exercido pela primeira em relação à segunda será de natureza política, mediante a possibilidade de indicação ou de afastamento a qualquer tempo dos dirigentes das entidades secundárias e, em alguns casos, de natureza orçamentária. Seria incorreto afirmar que não existe controle na vinculação administrativa. Esse controle, todavia, é de âmbito mais reduzido do que o verificado nas relações hierarquizadas. Assim, se a entidade secundária não seguir as orientações emanadas da entidade primária, o que resta a esta última é a possibilidade de designar novos dirigentes a fim de que estes cumpram referidas orientações”<sup>46</sup>.

À míngua, pois, da presença de hierarquia institucional entre a Administração Centralizada e a Descentralizada, parece-nos possível afirmar, como decorrência lógica, que não existe relação hierárquica, tam-

45 ARAÚJO, Edmir Netto de, *op. cit.*, p. 190 (destaque no original).

46 FURTADO, Lucas Rocha, *op. cit.*, p. 134.



bém, entre o Chefe do Poder Executivo e os dirigentes de autarquias, fundações governamentais e empresas estatais.

Evidentemente, as ações de tais dirigentes não são totalmente livres. Na verdade, a exemplo do que ocorre com as suas entidades, os dirigentes considerados estão sujeitos ao controle político e finalístico que é exercido pelo Chefe do Poder Executivo e, também, pelo Ministro ou Secretário que comanda a Pasta a qual a entidade está diretamente vinculada.

Tendo em vista, pois, essa verdadeira *autonomia tutelada*, como podem ser classificados os profissionais que atuam na direção de entidades da Administração Indireta?

Parece-nos certo que tais dirigentes são *agentes públicos*, uma vez que, por meio da atuação deles, a vontade estatal é manifestada<sup>47</sup>.

Não se consegue divisar em tal atuação, todavia, os contornos da *função política*. É que, por mais elevadas que sejam as atribuições dos dirigentes em questão, parece-nos que tais agentes públicos não chegam a estabelecer as diretrizes fundamentais da condução do Estado. Na verdade, entendemos que essas diretrizes são fixadas por aqueles que exercem o poder de tutela.

Por conseguinte, os dirigentes da Administração Indireta não parecem estar incluídos no conceito de *agentes políticos*, o que afasta, de suas respectivas unidades de atribuições, a designação de *cargos políticos*.

Em acréscimo, tampouco entendemos cabível sustentar que tais dirigentes possam ser tidos como *servidores públicos em sentido amplo*.

Com efeito, um dos traços distintivos dos servidores estatais é a *relação de dependência*, isto é, a inserção numa posição hierarquicamente subordinada a outro servidor estatal ou diretamente a um agente político.

Ocorre que, como já explicamos supra, os dirigentes da Administração Indireta não estão sujeitos à hierarquia, mesmo no que tange ao Chefe do Poder Executivo. Não constituem, portanto, servidores estatais ocupantes de *cargos públicos* ou *empregos estatais*.

---

47 Também não hesitamos ao sustentar a subsunção de tais profissionais no conceito de *funcionário público para fins penais* (artigo 327, *caput* e §1º, do Código Penal) e de *agente público* perante as normas que tutelam a probidade na Administração Pública (artigo 2º da Lei federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992).

Finalmente, tampouco consideramos razoável classificá-los como *particulares em colaboração com o Poder Público*, eis que tais dirigentes integram a estrutura orgânica da Administração Descentralizada, perdendo, portanto, a condição de particulares.

À vista desses apontamentos, entendemos que a posição jurídica dos dirigentes da Administração Indireta não possui uma definição clara.

Tal indeterminação conceitual pode ser verificada na legislação do Estado de São Paulo.

Compulsando, por exemplo, a Lei Complementar estadual n.º 1.058, de 16 de setembro de 2008, que instituiu Plano de Carreiras, de Empregos e Sistema Retributório para os empregados da São Paulo Previdência – SPPREV, verificamos que, em seu artigo 5º, inciso II, o diploma em questão insere os membros da Diretoria Executiva no Subquadro de Empregos Públicos em Confiança da autarquia<sup>48</sup>.

Além da SPPREV, outras autarquias (como é o caso do Centro Estadual de Educação Tecnológica “Paula Souza” – CEETEPS)<sup>49</sup> e fundações governamentais (por exemplo, a Fundação Memorial da América Latina<sup>50</sup>) trazem disposições semelhantes em normas que definiram sua configuração institucional.

Cabe enfatizar, entretanto, que a subordinação é característica das relações de emprego – nos termos do artigo 3º da Consolidação das Leis

---

48 Artigo 5º - Para fins de implantação do Plano de Carreiras, de Empregos Públicos e Sistema Retributório de que trata esta lei complementar ficam instituídas, no QP-SPPREV, as carreiras e classes a seguir mencionadas: [...] II - Subquadro de Empregos Públicos em Confiança (SQEP-C): a) Diretor-Presidente; b) Diretor de Administração e Finanças; c) Diretor de Benefícios - Servidores Públicos; d) Diretor de Benefícios - Militares; e) Diretor de Relacionamento com o Segurado; f) Secretário Executivo; [...]

49 O regimento do CEETEPS (aprovado pelo Decreto n.º 58.385, de 13 de setembro de 2012), em seu artigo 11, *caput*, determina que “os empregos públicos em confiança de Diretor-Superintendente e Vice-Diretor-Superintendente são privativos dos integrantes das carreiras docentes do CEETEPS e serão nomeados pelo Governador, com base em listas tríplices, uma para cada função, propostas pelo Reitor da UNESP, ouvido o Conselho Deliberativo do CEETEPS”.

50 O artigo 10, § 5º, da lei que autorizou a instituição da Fundação Memorial da América Latina (Lei n.º 6.472, de 28 de junho de 1989) prevê que “os membros da Diretoria Executiva poderão ser contratados pela Fundação, sob regime trabalhista, mediante remuneração proposta pelo Conselho Curador e aprovada pelo Governador do Estado”.

do Trabalho<sup>51</sup> –, mas não está presente no regime jurídico dos dirigentes das entidades da Administração Indireta. Neste ponto, reafirmamos que o poder de tutela não se confunde com hierarquia.

Desse modo, a nosso ver, é bastante questionável a juridicidade dessa figura do “dirigente empregado em comissão”, instituída, em certos casos, por diplomas estaduais.

Entretanto, apesar de vislumbrarmos uma possível inconsistência técnica em alguns dispositivos da legislação paulista, reconhecemos a complexidade desse regime jurídico e reafirmamos a necessidade de aprofundamento teórico sobre a matéria.

Nesse sentido, sem a pretensão de propormos uma solução definitiva para a controvérsia, vislumbramos, como possível alternativa para as incertezas suscitadas pelo tema, um maior desenvolvimento do conceito de *função pública*.

Para Odete Medauar, “*função pública* significa o exercício de atividades da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público”<sup>52</sup>.

Por conseguinte, “todo vínculo de trabalho com a Administração expressa o exercício de função pública, no sentido acima indicado”<sup>53</sup>.

De acordo com tal autora, os tipos de vínculos de trabalho podem variar, manifestando-se como *cargos* ou *empregos*. Odete Medauar ressalta, entretanto, que

“A *função pública* pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. Portanto, nem toda função pública implica exercício de cargo”<sup>54</sup>.

51 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

52 MEDAUAR, Odete. *Curso de direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 305 (destaque no original).

53 *Ibid.*, p. 305.

54 *Ibid.*, p. 306 (destaque no original).

O exemplo tradicional do exercício de função pública sem um cargo ou emprego correspondente são as contratações temporárias realizadas com base no artigo 37, inciso IX, da Lei Maior.

Entretanto, em primeira aproximação, cogitamos ser possível enquadrar, no conceito de *função pública* acima transcrito, os núcleos de encargos comissionados ocupados pelos dirigentes da Administração Indireta.

Isso porque os agentes públicos considerados atuam em nome da Administração para o atendimento de interesse público, sem que sejam, todavia, titulares de cargos públicos ou de empregos estatais.

Admitindo-se, pois, que exercem *função pública* sob tal acepção do termo, caberá recordar, na sequência, que, ao contrário das demais funções públicas, não existe, quanto aos dirigentes da Administração Indireta, relação de hierarquia.

Desse modo, adensando um pouco mais a cogitação presentemente formulada, aventamos a bipartição do conceito de *função pública* em *função pública diretiva* (que seria uma unidade de atribuições ocupada por dirigente da Administração Indireta, desprovida de relação hierárquica com os agentes políticos, mas submetida ao poder de tutela destes) e *função pública subordinada* (núcleo de encargos voltado ao desempenho de atividades administrativas com relação de subordinação, ao qual não corresponde um cargo público ou um emprego estatal).

Em acréscimo, essa sugerida *função pública diretiva* poderia situar seu ocupante como uma figura intermediária, um *tertium genus* entre os agentes políticos e os servidores públicos em sentido amplo.

Desse modo, seriam titulares de *funções públicas diretivas* os chefes máximos das entidades da Administração Indireta (presidentes, superintendentes e diretores-executivos) e os componentes de estruturas de comando ou de colegiados com atribuições estatutárias não subordinadas (demais integrantes das diretorias, conselheiros de administração das estatais, conselheiros curadores de fundações governamentais, conselheiros fiscais etc.).

Como já adiantamos, todavia, essa alternativa representa mera cogitação inicial, reclamando, por isso, reflexão mais detida.

## 8. Esclarecimento sobre a necessidade de lei para a criação de núcleos de encargos em comissão

Antes de encerrarmos o presente estudo, consideramos importante tratar de um derradeiro aspecto das unidades de atribuições comissionadas: a necessidade de lei para criação.

Com efeito, ao disciplinar o instituto do cargo em comissão em seu artigo 37, inciso II, a Constituição da República ressaltou que tal núcleo de encargos deveria ser “declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

A questão que se coloca, pois, é saber se todos os cargos e empregos em comissão precisam ser criados por lei.

No que diz respeito aos cargos em comissão e aos empregos em comissão existentes na Administração Direta e nas autarquias, não há dúvida quanto à necessidade de lei em sentido formal. Isso, em atenção ao artigo 61, §1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Maior, que estabelece a iniciativa privativa do Presidente da República para as leis que disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”<sup>55</sup>.

Ocorre que, no Estado de São Paulo, compete ao Governador, por meio de decreto, fixar os quadros de pessoal das fundações instituídas ou mantidas pelo Estado. Ademais, no que tange às empresas estatais, seus quadros de pessoal são instituídos por ato interno, após aprovação pelas instâncias governamentais competentes.

Assim, não existe, quanto a tais entidades, a exigência de lei em sentido formal para a criação de empregos. Cabe, então, determinar se tal conclusão também deve ser estendida à criação de núcleos de provimento em comissão.

A questão é polêmica, mas, a nosso ver, seria um disparate exigir lei em sentido formal para criar unidades de atribuições comissionadas em entidades que não são criadas por lei<sup>56</sup> e que têm seus quadros de pessoal permanente fixados por atos infralegais.

55 A Constituição do Estado de São Paulo traz previsão similar em seu artigo 24, § 2º, 1.

56 Recorde-se que, no que tange às empresas públicas e às fundações governamentais de direito privado, a lei somente *autoriza* o Poder Executivo a instituir tais entidades.

No sentido da desnecessidade de lei para a criação de núcleos comissionados de atribuições, podemos destacar decisões do Tribunal de Contas da União<sup>57</sup>, do Tribunal de Contas do Distrito Federal<sup>58</sup> e do Tribunal Regional do Trabalho da 10<sup>a</sup> Região<sup>59</sup>. Cabe noticiar, entretanto, a existência de julgado do Tribunal Superior do Trabalho que (a nosso ver, equivocadamente) concluiu de forma diversa, reformando o citado precedente da Corte Regional<sup>60</sup>.

## 9. Conclusão

Os comissionamentos realizados pela Administração são exceções ao princípio do concurso público, devendo ser realizados, apenas, para o desempenho de atribuições de direção, chefia ou assessoramento.

Conforme o caso, as designações assim realizadas darão ensejo à presença, nos quadros do Poder Público, de titulares de cargos em comissão, empregos em comissão, funções de confiança ou de dirigentes de órgãos ou entidades.

No que diz respeito, especificamente, aos dirigentes da Administração Indireta, notamos marcante dubiedade em seu regime jurídico e, também, possíveis inconsistências em alguns dispositivos da legislação estadual.

Por conseguinte, é recomendável a adoção de redobrada cautela no manejo de tais conceitos, tanto pelo legislador quanto pelo intérprete.

À parte disso e sem prejuízo de estudos mais aprofundados, sugerimos o enquadramento dos dirigentes da Administração Indireta como ocupantes de *funções públicas diretivas*, situando-se como figuras intermediárias entre os agentes políticos e os servidores públicos em sentido amplo.

---

57 Decisão n.º 158/2002, Acórdão n.º 263/2005, Acórdão n.º 1.557/2005 (todos do Plenário) e Acórdão n.º 56/2007 (2<sup>a</sup> Câmara).

58 Decisão n.º 56/2006 (Processo n.º 6.273/05).

59 TRT da 10<sup>a</sup> Região, 3<sup>a</sup> Turma – RO 00956-2008-009-10-00-0 – Rel. Juiz Paulo Henrique Blair, publicado em 12/06/2009.

60 TST, 6<sup>a</sup> Turma – RR-95600-42.2008.5.10.0009 – Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, publicado em 06/07/2012.

## 10. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim CEPGE, São Paulo, v. 36, n. 5, p. 3-4, setembro/outubro 2012.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *As empresas públicas e as sociedades de economia mista e o dever de realizar concursos públicos no Direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 17, 10 ago. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/386>>. Acesso em: 16 de julho de 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Daniela Bandeira de. *Cargo político: perspectiva histórica e conceito jurídico*. Lisboa, 2006. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=26ed8def-9fcc-4d3f-a1fa-cdf3ec3ab8a7&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=26ed8def-9fcc-4d3f-a1fa-cdf3ec3ab8a7&groupId=10136). Acesso em: 20 de julho de 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAEF, Aldino. *Cargos em comissão e funções de confiança: diferenças conceituais e práticas*. In: *Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental: Res Publica*, vol. 7, n. 2 - jul/dez 2008, pp. 61-72. Disponível em: [http://anesp.org.br/userfiles/respblica\\_7\\_2.pdf](http://anesp.org.br/userfiles/respblica_7_2.pdf). Acesso em: 16 de julho de 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Curso de direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.





# Dano ao ambiente e atuação administrativa do Poder Público mediante poder de polícia

Paulo Roberto Fernandes de Andrade<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução: meio ambiente e dano – 2. Dano ao ambiente e atuação administrativa do Poder Público – 3. Poder de polícia administrativa – 4. Poder de polícia administrativa e sua concepção como instrumento efetivador da tutela e da preservação ambiental – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

---

## 1. Introdução: meio ambiente e dano

O meio ambiente tem sido a grande preocupação de todas as comunidades do nosso planeta nas últimas décadas, seja pelas mudanças provocadas pela ação ou intervenção humana na natureza, seja pela resposta que a natureza dá a essas ações. Constitui-se em bem jurídico que merece grande destaque e nenhum outro interesse tem maior difusidade, sendo pertencente a todos e a ninguém em particular. Sua proteção a todos aproveita. Sua degradação a todos prejudica.

Está conceituado no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem

---

1 Procurador do Estado em atuação na Seccional Imobiliária Ambiental da Procuradoria Regional de Santos da PGE/SP (PR-2), bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE) e especializando em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.<sup>2</sup>

Trata-se de um *conceito jurídico indeterminado*, assim colocado de forma proposital pelo legislador com vistas a criar um espaço positivo de incidência da norma<sup>3</sup>. Ou seja, se houvesse uma definição precisa de meio ambiente, diversas situações, que normalmente seriam subsumidas na órbita de seu conceito atual, poderiam deixar de sê-lo pela eventual criação de um espaço negativo próprio de qualquer definição.

Édis Milaré ensina que o “meio ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra”.<sup>4</sup>

Ressalte-se que o conceito legal de meio ambiente, supramencionado, é restrito ao meio ambiente natural, sendo, portanto, inadequado, não abrangendo, de maneira ampla, todos os bens jurídicos protegidos. Conforme a lição de José Afonso da Silva<sup>5</sup>, o conceito de meio ambiente deve ser globalizante, “abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo. Saliente-se que foi a primeira Constituição a tratar deliberadamente da questão ambiental, passando o meio ambiente a ser tido como um bem tutelado jurídica-

2 Referida lei ainda considera o meio ambiente como “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (artigo 2º, inciso I).

3 Nesse sentido, FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

4 *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 112.

5 *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 20. Para o mestre, o “meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

mente, trazendo mecanismos para sua proteção e controle, e sendo tratada por alguns como “Constituição Verde”.<sup>6-7-8</sup>

O conceito de meio ambiente supera a concepção de que é um mero bem público, e o dever de defendê-lo e preservá-lo não é apenas do Estado (Poder Público em geral), mas também de toda a sociedade.

- 
- 6 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
- 7 A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar do meio ambiente. Anteriormente à sua promulgação, o tema estava abordado somente de forma indireta, mencionado em normas hierarquicamente inferiores. “A Constituição do Império, de 1824, não fez qualquer referência à matéria, apenas cuidando da proibição de indústrias contrárias à saúde do cidadão (art. 179, n. XXIV). Sem embargo, a medida já traduzia certo avanço no contexto da época. O Texto Republicano de 1891 atribuía competência legislativa à União para legislar sobre as suas minas e terras (art. 34, n. 29). A Constituição de 1934 dispensou proteção às belezas naturais, ao patrimônio histórico, artístico e cultural (arts. 10, III, e 148); conferiu à União competência em matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 5º, XIX, j). A Carta de 1937 também se preocupou com a proteção dos monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como das paisagens e locais especialmente dotados pela natureza (art. 134); incluiu entre as matérias de competência da União legislar sobre minas, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (art. 16, XIV); cuidou ainda da competência legislativa sobre subsolo, águas e florestas no art. 18, *a* e *e*, onde igualmente tratou da proteção das plantas e rebanhos contra moléstias e agentes nocivos. A Constituição de 1946, além de manter a defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 175), conservou como competência da União legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, das riquezas do subsolo, das águas, florestal, caça e pesca. A Constituição de 1967 insistiu na necessidade de proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 172, parágrafo único); disse ser atribuição da União legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, sobre jazidas, florestas, caça, pesca e águas (art. 8º, XVII, h). A Carta de 1969, emenda outorgada pela Junta Militar à Constituição de 1967, cuidou também da defesa do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 180, parágrafo único). No tocante à divisão de competência, manteve as disposições da Constituição emendada. Em seu art. 172, disse que ‘a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades’ e que o ‘mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílio do Governo’. Cabe observar a introdução, aqui, do vocábulo *ecológico* em textos legais”. (MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 151-152).
- 8 “As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre águas, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o *meio ambiente*, inserido no título da ‘Ordem Social’ (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional”. (SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 46).

O meio ambiente oferece aos seres vivos as condições essenciais para a sua sobrevivência e evolução. Tais condições, por sua vez, influem sobre a saúde humana, podendo causar graves consequências à qualidade de vida e ao desenvolvimento dos indivíduos.

Para Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>9</sup>, “a degradação ambiental coloca em risco direto a vida e a saúde das pessoas, individual e coletivamente consideradas, bem como a própria perpetuação da espécie humana”.

Daí a importância de termos um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A palavra “dano” provém da expressão latina *damnum iniuria datum*, que significa causar prejuízo à coisa alheia, e teve fundamento na *Lei Aquilia*, promulgada pelos romanos em 286 a.C., regulando a responsabilidade civil.

Pode-se entender dano como uma lesão a determinado bem jurídico tutelado, um prejuízo injusto (uma alteração negativa da situação jurídica, material ou moral) causado a alguém por um terceiro, que se vê obrigado ao ressarcimento. A doutrina civilista tem entendido que só é ressarcível o dano que preencha aos requisitos da certeza, atualidade e subsistência.<sup>10</sup>

Especificamente quanto ao dano ambiental, se *meio ambiente* revela-se um conceito jurídico indeterminado e aberto, sujeito a ser preenchido casuisticamente, de acordo com a realidade concreta que se apresente ao intérprete, o mesmo ocorre com o conceito de *dano ambiental*, sendo que o legislador, ao colocar a expressão *dano ambiental*, sempre o vincula à poluição e à degradação.<sup>11-12</sup>

9 O Meio Ambiente. *Revista Consulex*, ano IV, n. 46, p. 15, out. 2000.

10 Conforme ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 523.

11 A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, conceitua *degradação* da qualidade ambiental como a alteração adversa das características do meio ambiente (artigo 3º, inciso II); e *poluição* como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (artigo 3º, inciso III).

12 Motauri Ciochetti de Souza afirma que, num primeiro momento, os conceitos de *degradação*

Entretanto, se dano consiste no prejuízo, na lesão, na perda do valor de um determinado bem, e é causado por uma ação ou uma omissão específica, o dano ambiental pode ser entendido como o prejuízo ou lesão causado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>13</sup>

Dano ambiental, para José Afonso da Silva, ou *dano ecológico*, como denomina, “é qualquer lesão ao meio ambiente, causada por condutas ou atividades de pessoa física ou jurídica de Direito Público ou de Direito Privado. Esse conceito harmoniza-se com o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição da República, segundo o qual *as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.<sup>14</sup>

Édis Milaré conceitua *dano ambiental* como “a lesão dos recursos ambientais<sup>15</sup>, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”.<sup>16</sup>

José Rubens Morato Leite, por sua vez, menciona a dupla face da danosidade ambiental, por se referir não apenas à lesão sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, mas igualmente ao prejuízo a interesses individuais, pessoais.

Segundo esse autor, dano ambiental pode ser entendido como toda lesão “intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros,

---

da qualidade ambiental e *poluição* parecem confundir-se. No entanto, destaca que a diferença fundamental diz respeito à intervenção humana, asseverando que a *degradação* da qualidade ambiental pode decorrer de fatores naturais (exemplo: incêndio em florestal ocasionado pela queda de um raio) ou por força de intervenções humanas (exemplo: desmatamentos). A degradação da qualidade ambiental decorrente de intervenção humana recebe o nome de *poluição*, sendo, destarte, *poluição* a degradação da qualidade ambiental causada por atividade humana (*Interesses Difusos em Espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16).

13 Conforme GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 707.

14 *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 302.

15 São recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (Lei nº 6.938/1981, artigo 3º, inciso V).

16 *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 866.

tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”.<sup>17</sup>

Isso significa que o dano ambiental, embora sempre recaia diretamente sobre o ambiente e os recursos e elementos que o compõem, em prejuízo da coletividade (dano ambiental coletivo, difuso), pode, em certos casos, refletir-se, material e moralmente, sobre o patrimônio, os interesses ou a saúde de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis (dano ambiental individual).<sup>18-19</sup>

Oportuno ainda mencionar que, tratando-se de meio ambiente, “prevenir é melhor que remediar”.

Se esse velho adágio tem um razoável fundo de verdade, quando se trata de meio ambiente, ele é pura realidade. Até porque um ambiente degradado, por mais esforços que se faça em sua recuperação, nunca retorna ao equilíbrio original. Se o melhor que pode acontecer à saúde é não adoecer, em ecologia, o melhor que pode ocorrer quanto a um acidente ambiental é que ele não ocorra, pois, uma vez acontecido, os prejuízos serão certos e irreversíveis.

Destarte, a prevenção é a mais nobre das artes, ou, como num dito também secular: “o escudo é mais nobre que a espada”.

## 2. Dano ao ambiente e atuação administrativa do Poder Público

A proteção do meio ambiente diz respeito a toda a sociedade, porém o Poder Público tem papel relevante nessa empreitada, mesmo porque um dos principais princípios do Direito Ambiental é o da *obrigatoriedade da intervenção do Poder Público*, que passa a figurar não como

17 *Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 108.

18 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 868-870.

19 “A expressão ‘dano ambiental’ tem conteúdo ambivalente e, conforme o ordenamento jurídico em que se insere, a norma é utilizada para designar tanto as alterações nocivas como efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses” (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 99).

proprietário dos bens e interesses ambientais, mas como um gerente, administrando-os e procurando atuar de modo eficaz.

Deve haver uma ação governamental eficiente na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Exerce o Poder Público, destarte, a *gestão ambiental* ou a *gestão de recursos ambientais*, visando a ordenar as atividades humanas para que estas causem o menor impacto possível sobre o meio; trata-se da administração do exercício de atividades econômicas e sociais de forma a utilizar de maneira racional os recursos naturais, incluindo fontes de energia, renováveis ou não. Fazem parte também do arcabouço de conhecimentos associados à gestão ambiental técnicas para a recuperação de áreas degradadas, técnicas de reflorestamento, métodos para a exploração sustentável de recursos naturais e o estudo de riscos e impactos ambientais para a avaliação de novos empreendimentos ou ampliação de atividades produtivas.

Impõe-se, entretanto, não apenas uma mera gestão ou administração, mas uma administração efetiva e eficaz, na tutela ambiental. As atividades a serem executadas nesse âmbito podem ser chamadas de *medidas administrativas de efetividade*, pois delas depende a produção dos efeitos jurídicos no que se refere às funções de proteção, prestação de serviços e fomento, a cargo da Administração Pública.<sup>20</sup>

E quanto ao dano ambiental, decerto que deve ser reprimido e combatido, mas deve haver uma preocupação maior na prevenção. É a saúde do ser humano e a sobrevivência das espécies da fauna e da flora que indicam a necessidade de prevenir e evitar o dano, mesmo porque os danos causados ao ambiente encontram grande dificuldade de serem reparados.

---

20 Nesse sentido, GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 136-137, que analisa e distingue, nas páginas 395 a 397 de sua obra, as referidas funções de proteção, de prestação de serviços e de fomento, inserindo o poder de polícia nas funções protetivas.



Nas hipóteses de ocorrência do dano, configura-se a responsabilidade ambiental, sancionando o agente lesionador e almejando obrigá-lo à restauração, à recuperação, à regeneração, à compensação, ao ressarcimento ou à reparação do meio ambiente lesado.

Nesse aspecto, o § 3º das CF/1988 dispõe que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Firmou a Carta Magna a tríplice responsabilidade do agente lesionador, prevendo a sanção penal, por conta da responsabilidade penal ou criminal, a sanção administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e a sanção que didaticamente é conhecida como civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos ao ambiente.

Nesses termos, resta claro que a danosidade ambiental tem repercussão jurídica tripla, já que o poluidor, por um mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, nas esferas penal, administrativa e civil.<sup>21</sup>

Interessa-nos, para os fins deste trabalho, as sanções administrativas, relacionadas com o poder de polícia ambiental, revestindo-se, nas hipóteses de iminência ou de ocorrência de danos, em penalidades impostas por órgãos vinculados direta ou indiretamente aos entes estatais (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), nos limites de competências estabelecidas em lei.

### **3. Poder de polícia administrativa**

Tratando-se de atuação administrativa do Poder Público, da obrigatoriedade de sua intervenção e da gestão de recursos ambientais, destaca-se neste aspecto o poder de polícia.

Hely Lopes Meirelles identifica que o Estado é dotado de *poderes políticos e poderes administrativos*.

<sup>21</sup> Conforme MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 877.

Os *poderes políticos* efetivam-se de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade, difundindo-se por toda a Administração e apresentando-se como meios de atuação; são poderes iminentes e estruturais do Estado.

Os *poderes administrativos*, por sua vez, efetivam-se de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade, difundindo-se por toda a Administração e apresentando-se como meios de atuação; são poderes contingentes e instrumentais da Administração.

Dentre os *poderes administrativos*, figura, com especial destaque, o poder de polícia, que a Administração Pública exerce sobre todas as atividades de bens que afetam ou possam afetar a coletividade.<sup>22</sup>

O conceito legal de poder de polícia administrativa nos foi dado pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), que dispõe ser o poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.<sup>23</sup>

---

22 *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 132-133. A lição de Hely Lopes Meirelles nos ilumina no sentido de que o Estado dispõe de poderes constitucionais na sua incumbência de prestar serviços públicos e de resguardar os interesses da comunidade. O poder de polícia, inserido no bojo dos poderes administrativos, seria um instrumento do Estado nas suas incumbências constitucionais. Dentre elas, a que nos interessa no presente trabalho, a incumbência constitucional de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as futuras gerações.

23 “A razão de o Código Tributário Nacional dar o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir o exercício desse poder um dos fatos geradores da *taxa* (cf. art. 145, II, da Constituição Federal e art. 77 do referido Código).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 111.)

Conforme o parágrafo único deste dispositivo legal, considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.<sup>24</sup>

O poder de polícia, assim, é o poder-dever que incumbe à Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade, do próprio Estado e do interesse público, cujo fundamento principiológico encontra-se na supremacia do interesse público sobre o interesse particular, colocando o interesse do Poder Público numa posição de prevalência, de predominância, sobre os interesses individuais.

Constitui-se em prerrogativa que legitima a intervenção pública na esfera jurídica do particular, sempre em defesa do interesse público e pautada nos princípios que regem os atos da Administração Pública.

Vigora na doutrina uma concepção tradicional de poder de polícia, considerado como um poder do Estado de limitar, regular e reprimir o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança e do bem-estar da coletividade, traduzindo-se tanto na possibilidade de elaboração de atos normativos que condicionem determinados comportamentos, como na própria atuação da Administração, seja de forma preventiva ou repressiva, impedindo determinadas condutas.

Em geral, o poder de polícia sempre foi tratado como decorrente de uma atuação negativa da Administração e não como a competência da Administração de estimular determinado comportamento dos administrados, de forma positiva, o que tem sido questionado modernamente.

A doutrina brasileira geralmente define poder de polícia como sen-

---

24 Verifica-se a existência de limites ao poder de polícia, ainda que haja discricionariedade (e não arbitrariedade), com os mesmos condicionamentos de todo ato administrativo, relacionados à competência, à forma, aos fins, aos motivos e ao objeto, devendo-se observar ainda a necessidade da medida a ser adotada, a proporcionalidade entre meios e fins, a legalidade e a eficácia.

do uma atuação da Administração essencialmente restritiva e com fundamento no interesse público. Com efeito, a respeito da concepção de poder de polícia, cabe transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] pode-se definir a polícia administrativa como *a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.*<sup>25</sup>

É importante destacar que o mencionado jurista entende que o poder de polícia tem por fundamento a supremacia geral exercida pela Administração Pública sobre todos os particulares, de forma ampla, não se baseando em relações específicas mantidas com alguns, ocasião em que se verifica a supremacia especial.<sup>26-27</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello também entende que o poder de polícia limita-se, em essência, a impor abstenções aos particulares e a cingir sua livre iniciativa, com a finalidade de evitar uma consequência antissocial que dela poderia decorrer, não admitindo a possibilidade de que a Administração, por intermédio do poder de polícia, imponha ao particular um dever de agir ou fomenta algum comportamento específico.<sup>28</sup>

---

25 *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 853.

26 *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 839-845.

27 Diogenes Gasparini igualmente adota tal posição, em sua obra: “Desse modo, não é ato de polícia administrativa o que impõe alguma restrição a servidor público (trabalhar de uniforme) ou a concessionário de serviço público (colocar determinados dizeres no ônibus), porque decorrentes de um *vínculo especial* (estatuto, contrato), embora restrinjam a liberdade de um e de outro e tenham sido estabelecidos pela Administração Pública. [...] Também não é poder de polícia, mas defesa do patrimônio público, os atos destinados a retirar invasores dos edifícios públicos e das áreas públicas, como são as praças, ruas, estradas, rodovias e vielas.” (*Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 128-129).

28 *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 847-849.

Consideram-se igualmente tradicionais e conhecidas as definições ou noções de José Cretella Júnior<sup>29</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>30</sup>, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>31</sup>, Diogenes Gasparini<sup>32</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>33</sup>,

- 29 “Poder de polícia é a faculdade discricionária da Administração de, dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.” (*Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 20).
- 30 “*Poder de polícia* é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 134).
- 31 Diogo de Figueiredo Moreira Neto também trata o poder de polícia como um conjunto de atividades do Estado limitativas e condicionantes das liberdades individuais, estabelecendo, no entanto, uma diferenciação entre o *poder de polícia* como atividade do Estado enquanto legislador, uma vez que somente por força de lei é admitido limitar e condicionar liberdades e direitos, e a *função de polícia*, como a atividade estatal de aplicação da lei, na qualidade de administrador. Considerando esta diferenciação teórica entre o poder estatal propriamente dito e o exercício de uma *função de polícia*, o aludido autor define a função administrativa da seguinte maneira: “[...] denomina-se polícia a função administrativa que tem por objeto aplicar concreta, direta e imediatamente as limitações e os condicionamentos legais ao exercício de direitos fundamentais, compatibilizando-os com interesses públicos, também legalmente definidos, com a finalidade de possibilitar uma convivência ordeira e valiosa”. Ao examinar o conteúdo da *função administrativa*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também demonstra entender que ela se restringe a preceitos negativos, sejam absolutos, ao vedar determinadas formas de exercício de atividades individuais e do uso da propriedade privada, ou relativos (*com reserva de consentimento*), para os quais são vedadas, apenas em princípio, determinadas atividades, até que a Administração, após avaliação e manifestação expressa, consinta com seu exercício. (*Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 380-388).
- 32 “A par do conceito legal de polícia administrativa dado pelo art. 78 do Código Tributário Nacional, pode-se conceituar essa atribuição como sendo a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social. [...] Destina-se a polícia administrativa a prevenir o surgimento (quando ainda não aconteceu) de atividades particulares nocivas aos interesses sociais ou públicos ou a obstar (paralisar, impedir) seu desenvolvimento. Estes os seus fins.” (*Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 128 e 130).
- 33 O conceito tradicional de poder de polícia também é adotado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, que o insere em um contexto de tensão entre dois aspectos opostos: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual dos administrados, em decorrência do fato de que, por um lado, o cidadão anseia por exercer plenamente todos os seus direitos e, por outro, a Administração “tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia”. Assim, o caráter restritivo do poder de polícia administrativa é extraído também do conceito adotado pela mencionada autora: “[...] Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. Deve-se frisar, ainda, que a autora também reconhece que o poder de polícia

José dos Santos Carvalho Filho<sup>34</sup>, Carlos Ari Sundfeld<sup>35</sup> e de Toshio Mukai<sup>36</sup>.

Percebe-se que na conceituação do Poder de Polícia não há maiores divergências, pois os doutrinadores são pacíficos em ressaltar a restrição de direitos individuais ante o bem-estar coletivo.

Destarte, em linhas gerais, o poder de polícia significa a limitação de direitos particulares por parte da Administração em favor do interesse coletivo.

Entretanto, não se pode olvidar que a noção de poder de polícia administrativa vem evoluindo através das práticas do Direito no decorrer da história, sob influência da transição do Estado liberal para o Estado de bem-estar social. Da polícia geral passou-se às polícias especiais, cuja atribuição peculiar é cuidar da elaboração e aplicação de normas que regula determinados negócios do Estado e interesses da comunidade.<sup>37-38</sup>

---

pode englobar a elaboração de atos normativos e ações materiais, sejam elas preventivas ou repressivas. (*Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pp. 108-113).

34 Nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, o poder de polícia comporta dois sentidos, um amplo e um restrito. Leciona o referido autor que, em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais, sobrelevando nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação dos *ius novum*, e isto porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo. Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. Conceitua então o poder de polícia como a “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”. (*Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 82-83).

35 A atuação administrativa para limitar o direito à liberdade e à propriedade (ou, como mais precisão científica: de definir concretamente seus contornos) é estudada dentro da noção de poder de polícia.” (*Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 10).

36 Para Toshio Mukai, poder de polícia é uma faculdade, inerente à Administração Pública, para disciplinar e restringir as atividades, o uso e gozo de bens e de direitos, bem como as liberdades dos administrados, em benefício da coletividade. (*Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 89).

37 Conforme MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 878.

38 As evoluções da concepção de Estado e seus reflexos no poder de polícia geraram críticas à denominação contemporaneamente utilizada no sentido de chamar de “poder de polícia” diversas atividades administrativas distintas exercidas pelo Poder Público, trocando-o pelas expressões “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” ou “polícia

Passou-se a reconhecer no conceito, de modo inconfundível e próprio, a necessidade de conformação da liberdade e do exercício dos direitos individuais, nos limites previstos em lei, viabilizando a vida em sociedade e mantendo o convívio social baseado no bem comum.<sup>39</sup>

Porém, verifica-se estar superada a mera visão de um poder de polícia vinculado ao exercício arbitrário e marcadamente negativo do Estado, evoluindo-se para a ideia de um conjunto de ações não somente restritivas, limitadoras, preventivas, fiscalizadoras e regulamentadoras, mas também incentivadoras e implementadoras de atividades, com vista à realização do bem-estar individual ou coletivo.

---

administrativa”. Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 837) enfatiza que a expressão “poder de polícia” é equívoca e manifestamente infeliz: equívoca porque engloba em si atuações públicas absolutamente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade, tais como edição de leis e execução de atos administrativos; e infeliz porquanto levaria a crer que o Estado possui poderes relacionados a uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, absolutamente incompatíveis com o atual “Estado de Direito”. Outro crítico da expressão é Carlos Ari Sundfeld (*Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 10-16), entendendo que “poder de polícia” traz em si uma ideia de autoritarismo, um timbre autoritário, e, ademais, porta uma carga negativa à palavra, incompatível com o incremento das atividades da Administração, resultante do Estado Social de Direito. Para Sundfeld, a ideia de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, daí sendo uma imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer. Modernamente, continua o mestre, “a interferência estatal se intensificou e mudou de qualidade, e o Estado Social impõe projetos a serem implantados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico”. Por fim, indaga: “Diante de um poder de polícia com o perfil apontado, onde enquadrar as novas ações governamentais como a voltada a obter o cumprimento da função social da propriedade, traduzida na exigência de seu adequado aproveitamento, não na mera observância de barreiras negativas?”. No entanto, Odete Medauar (*Poder de Polícia. Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 12, p. 814-819, dez. 1996) é defensora da manutenção do termo “poder de polícia”, afirmando que a preocupação dos autores que sustentam a tese de que a noção de poder de polícia se diluiu, perdendo seu sentido, parece estar baseada no temor da implantação de um poder de polícia de conteúdo e limites indeterminados, fundados em certo dever geral de respeito à ordem que acaba por permitir arbitrariedades e totalitarismo. Inobstante, continua a mestre, no estágio em que se encontra o Estado de Direito, solidamente fixado e fundamentado na lei como norteadora dos atos administrativos, com ênfase aos direitos individuais, não parece justificável tal preocupação. Para ela, não parece adequado alterar o título de noções jurídicas consolidadas, mesmo que seu conteúdo sofra evolução, e a mudança dificulta a pesquisa nas obras, dificulta a pesquisa jurisprudencial e impede a percepção clara da linha evolutiva da figura.

39 Conforme MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 366.

Ou seja, não somente na restrição ou na limitação do exercício de direitos se compreende a noção de polícia ou de poder de polícia, em uma abordagem repressiva, punitiva, preventiva e fiscalizadora (negativa ou de vedação), que era típica dos primeiros tempos em que a ideia vinha sendo estudada e elaborada, pois, de fato, também se verifica este poder-dever da Administração em disciplinar, impor, exigir, promover, premiar e incentivar comportamentos (abordagem positiva ou proativa), em decorrência do interesse público.<sup>40</sup>

Na tutela ambiental, esta concepção ampla, negativa e positiva, de poder de polícia, é a que mais se faz necessária, sobretudo para evitar ou prevenir o dano, servindo como um instrumento de efetividade e de eficácia conservacionista do ambiente.<sup>41</sup>

#### **4. Poder de polícia administrativa e sua concepção como instrumento efetivador da tutela e da preservação ambiental**

A extensão do poder de polícia é contemporaneamente ampla, abrangendo diversos aspectos ou setores da vida social, daí se encontrar, conforme cataloga Hely Lopes Meirelles<sup>42</sup>, a polícia de costumes, a polícia sanitária, a polícia das construções, a polícia das águas, a polícia da atmosfera, a polícia florestal, a polícia de trânsito, a polícia dos meios de comunicação e divulgação, a polícia das profissões, a polícia ambiental, a polícia da economia popular, e tantas outras que atuam sobre atividades particulares que afetam ou possam afetar os superiores interesses da comunidade que ao Estado incumbe velar e proteger.

---

40 Neste sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 463-468 e 482; e ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 996-999.

41 “A polícia administrativa no Estado contemporâneo deve buscar o estabelecimento da ‘convivência social mais harmoniosa possível’, através de procedimentos que previnam ou diminuam os conflitos de interesses” (MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 369).

42 *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 137-138.



Salvaguarda, portanto, o poder de polícia administrativo, diversos interesses, direitos e valores sociais, dentre os quais os relacionados ao meio ambiente.<sup>43-44</sup>

Assim, ao falarmos em poder de polícia ambiental, não estamos fazendo referência a uma prerrogativa autônoma, com características peculiares, tratando-se do mesmo poder de polícia, cujo objeto de incidência está limitado, entretanto, às matérias ambientais.<sup>45</sup>

A Constituição Federal de 1988 erigiu o meio ambiente à categoria de relevante valor da ordem social, dedicando-lhe, a par de inúmeras regras esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental do indivíduo e da coletividade, impondo a corresponsabilidade dos cidadãos e do Poder Público<sup>46-47</sup> por sua defesa e preservação.

43 O poder de polícia em matéria ambiental está ligado “a atividades da Administração Pública destinadas a regular prática de atos ou mesmo fatos em razão da defesa de bens de uso comum do povo reputados constitucionalmente essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF).” (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132).

44 O conceito de polícia do meio ambiente é, essencialmente, um conceito jurídico-administrativo que se referencia à atuação dos órgãos ambientais e à função de fiscalização e controle por eles exercidos.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 164).

45 Conforme RODRIGUES, Lucas de Faria. Autuações Concorrentes e as Infrações Administrativas Ambientais: a Disciplina da Lei Complementar nº 140/2011. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 187, jan.-dez. 2013.

46 Segundo Hely Lopes Meirelles, a “*preservação dos recursos naturais*, assim entendidos todos os elementos da Natureza que mantêm o equilíbrio ecológico e a vida em nosso Planeta, é dever do Estado e apoia-se no domínio eminente que ele exerce sobre todas as coisas que se encontram em seu território. Mas como *domínio eminente não é domínio patrimonial*, o Estado não tem direito de propriedade sobre todos os bens do território, podendo apenas *condicionar o uso da propriedade particular* para cumprimento de sua função social (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III) ou retirá-la compulsoriamente de seu dono, por utilidade pública ou interesse social, através de *desapropriação*, com justa e prévia indenização (art. 5º, XXIV).” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 619-620).

47 Sob pena de caracterização da responsabilidade civil do Estado, pela atuação deficiente ou omissão, não se tolerando a ideia de um Poder Público inerte ou ineficaz, frente a questões sociais que deve enfrentar. Especificamente, pode haver crime ambiental na conduta do funcionário público que atua em desacordo com normas ambiental, ou infração administrativa ambiental, quanto à eventual omissão da autoridade ambiental competente em promover sua apuração imediata, conforme, respectivamente, os artigos 67 e 70, § 3º, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Sendo objeto da tutela administrativa, o meio ambiente também está da mira do poder de polícia, no nível de todos os entes federativos e por meio de todos os instrumentos de que a Administração dispõe.

E um dos instrumentos para a efetivação da tutela jurídica do meio ambiente é o poder de polícia administrativa, mais especificadamente, do poder de polícia administrativa ambiental, cuja atuação será efetuada com o objetivo de evitar danos ambientais presentes e futuros, tendo em vista a concretização do dever de proteção e de preservação conferido ao Poder Público.

Paulo Affonso Leme Machado traz a seguinte definição a respeito:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina o direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.<sup>48</sup>

Para Édis Milaré, o poder de polícia ambiental, em favor do Estado, definido como incumbência pelo artigo 225 da Carta Magna, e a ser exercido em função dos requisitos da ação tutelar, “é decorrência lógica e direta da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente”. E a importância do correto exercício do poder de polícia reflete-se tanto na prevenção de atividades lesivas ao ambiente, como na repressão, “quando as autoridades noticiam formalmente a ocorrência de uma infração às normas e aos princípios de Direito Ambiental, ensejando o desencadeamento dos procedimentos para a tutela civil, administrativa e penal dos recursos ambientais agredidos ou colocados em situação de risco”.<sup>49</sup>

Quanto à competência para o exercício do poder de polícia ambiental, temos que principia na Constituição Federal de 1988, ao estabelecer

48 *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 384.

49 *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 878-879.

que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre proteção e preservação do ambiente, acrescentando que todos os entes federativos possuem competência comum para conservar e proteger o ambiente, e combater a poluição em qualquer de suas formas, o que abrange diversas atribuições na esfera administrativa, com fulcro no poder de polícia.<sup>50</sup>

A nível infraconstitucional, cabe fazer menção à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente, e à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A primeira lei determinou, em seu artigo 6º, que os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, estruturado conforme os incisos e parágrafos do mesmo artigo 6º.

E o artigo 70, § 1º, da Lei nº 9.605/1998 preceitua que são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental, instaurar processo administrativo e para as atividades de fiscalização, os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA.

Destarte, o poder de polícia administrativa ambiental é exercido pelas autoridades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA.

Deve-se anotar que o SISNAMA é um conjunto articulado de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e de fundações (e autarquias) instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, atribuindo-se ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA a competência para deliberar, no âmbito federal, sobre a instituição de normas e padrões com vistas à preservação do meio ambiente, enquanto ao

---

50 Artigos 23, incisos III, VI, VII e XI; 24, incisos VI, VII e VIII; e 30, incisos I e II, da CF/1988.

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, aos órgãos estaduais e aos órgãos municipais, incumbe executar e fazer executar, em nível federal, estadual e municipal, respectivamente, a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, possibilitando o exercício, assim, do poder de polícia ambiental.

Releva, ainda, tratando-se de competência para o exercício do poder de polícia ambiental, mencionar a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que regulamentou o artigo 23<sup>51</sup>, parágrafo único e incisos III, VI e VII, da Constituição Federal de 1988, regulando a cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Esta lei complementar decorre da regra prevista no artigo 24, § 1º, da CF/1988, que permite à União legislar sobre normas gerais, sem excluir a competência suplementar dos Estados. A Lei Complementar nº 140/2011 é, pois, uma “norma geral”<sup>52</sup> e, como enfatiza Paulo Affonso Leme Machado<sup>53</sup>, a referida lei “não é de competência privativa da União, assinalando-se que faz parte da competência concorrente as ‘florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição’”, nos termos do artigo 24, inciso VI, da CF/1988.

---

51 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

52 “Normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios, ou critérios básicos a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contrapõem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o País uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados. Normas gerais são normas uniformes, isonômicas, aplicáveis a todos os cidadãos e a todos os Estados.” (GRECO, Leonardo. *Competências Constitucionais em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 29).

53 *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 321.

De acordo com a Lei Complementar nº 140/2011, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão desenvolver ações de cooperação de modo a atingir os objetivos previstos no artigo 3º da referida lei, bem como garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais, salientando-se que o artigo 7º identifica ações administrativas a serem desenvolvidas pela União, o artigo 8º trata das ações administrativas dos Estados, o artigo 9º versa sobre as ações dos Municípios e o artigo 10 identifica como ações administrativas do Distrito Federal as previstas nos artigos 8º e 9º da referida Lei.

Cabe dizer ainda que, quanto ao exercício do poder de polícia, objeto principal deste estudo, a Lei Complementar nº 140/2011 alargou o entendimento da Lei nº 9.605/1998 e do Decreto nº 6.514/2008<sup>54</sup>.

Dispôs a referida lei que a competência para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo (exercício do poder de polícia) será do órgão responsável pelo licenciamento ou autorização ambiental, conforme o *caput* de seu artigo 17.<sup>55</sup> Mais ainda, estabeleceu que nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

54 O Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

55 Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada. § 1º. Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o *caput*, para efeito do exercício de seu poder de polícia. § 2º. Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis. § 3º. O disposto no *caput* deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*.

A ideia aqui é de que não sejam aplicadas simultaneamente sanções administrativas por vários órgãos ambientais (federal, estadual e municipal), gerando conflitos para as partes envolvidas na esfera administrativa e, por vezes, sendo a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Não se quer dizer com isso que os órgãos ambientais estejam impedidos do exercício do poder de polícia em razão do entendimento acima esposado. Ao contrário, os entes federativos continuam a ter atribuições comuns no que se refere à fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais, para com a legislação ambiental em vigor. Todavia, prevalece o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput* do artigo 17.

Com efeito, o legislador, editando a regra do artigo 17, especialmente a do § 3º, da Lei Complementar nº 140/2011, cuidou de manter a competência de todos, estabelecendo um critério de prevalência dos autos de infração e, por extensão, do exercício do poder de polícia ambiental, adotando uma espécie de escala de prioridade na definição do ente fiscalizador, um com competência primária (ente com atribuição de fiscalização ou licenciamento) e os demais com competência secundária.<sup>56</sup>

Oportuno ainda mencionar que a edição da Lei Complementar nº 140/2011 objetiva diminuir o número de conflitos judiciais, minimizar custos por ocasião do licenciamento ambiental e dotar de maior clareza a definição do órgão público que é competente para aplicar sanções administrativas e para exercer as demais atividades ligadas ao poder de polícia ambiental.

---

56 Conforme RODRIGUES, Lucas de Faria. Autuações Concorrentes e as Infrações Administrativas Ambientais: a Disciplina da Lei Complementar nº 140/2011. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 212, jan.-dez. 2013. Oportuno recomendar a leitura de todo o texto, destacando-se as soluções concretas oferecidas pelo autor quanto aos problemas das autuações múltiplas ou concorrentes, ou seja, quando ocorre o reconhecimento da infração administrativa por mais de um ente federado.

Indubitavelmente que um dos principais aspectos da Lei Complementar nº 140/2011 foi o de estabelecer de qual órgão ambiental será a responsabilidade pelo licenciamento ambiental, pela fiscalização e pela aplicação das sanções administrativas previstas legalmente, visando a evitar grandes confusões e problemas no exercício do poder de polícia ambiental.

Cabe ainda destacar os objetivos fundamentais previstos na LC nº 140/2011 para a atuação dos órgãos ambientais, inclusive, logicamente, para o exercício do poder de polícia administrativa ambiental: a atuação descentralizada, democrática e eficiente; a harmonização de políticas administrativas para se evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições; e a garantia de uniformidade da política ambiental nacional, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Pode-se inferir que a Lei Complementar nº 140/2011, se não resolve todos os problemas vivenciados por aqueles que militam na área do Direito Ambiental, ao menos baliza alguns importantes princípios da ação estatal para o exercício do poder de polícia.

Destarte, referida Lei Complementar: (i) define e reforça a competência dos órgãos ambientais trazendo, em certa medida, segurança jurídica para a sociedade, bem como para os servidores públicos constantemente acusados de improbidade administrativa, ainda que apliquem a lei; (ii) unifica o procedimento administrativo de licenciamento ambiental, favorecendo o devido processo legal; e (iii) reduz espaços para abusos perpetrados por agentes estatais sob o rótulo da vetusta e incontrolável discricionariedade administrativa.<sup>57</sup>

Passando, doravante, a analisar outro aspecto do poder de polícia, temos que pode ser exercido de quatro distintas formas, de acordo com os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aplicáveis logicamente em matéria ambiental: pela ordem de polícia; pelo consentimento de polícia; pela fiscalização de polícia; e pela sanção de polícia.<sup>58</sup>

57 GUERRA, Sérgio. Novo Cenário com a Lei Complementar 140. *Jornal Valor Econômico*, p. E3, 20 de janeiro de 2012.

58 *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 380-388. Paulo

A ordem de polícia se caracteriza como um preceito administrativo para que não se faça aquilo que pode prejudicar o interesse coletivo ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público.

O consentimento de polícia é o ato administrativo de anuência para que alguém possa utilizar a propriedade particular ou exercer atividade privada, naqueles casos em que a Administração entenda que deva ser feito um controle prévio da compatibilização do uso do bem ou no exercício da atividade do interesse coletivo. Configura-se, portanto, um controle prévio da compatibilidade do uso do bem ou do exercício de uma atividade com o interesse público, como, por exemplo, as atividades que requerem licenciamento ambiental ou uma autorização prévia do Poder Público.

A fiscalização de polícia se faz necessária para a verificação do cumprimento das ordens legais e para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que receberam consentimentos de polícia. Primeiro atua-se de forma preventiva e, havendo necessidade, atua-se, posteriormente, de forma repressiva.

Finalmente, se porventura vier a falhar todo o mecanismo anterior, e, ocorrendo violações às ordens de polícia, surge a fase de aplicação das sanções de polícia. A sanção de polícia visa a assegurar, pela sua aplicação, a repressão da infração e restabelecimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato; consiste também na aplicação dos instrumentos de intervenção punitiva do Estado sobre a propriedade privada e sobre as atividades particulares.

Maria Luiza Machado Granziera, por sua vez, tratando especificamente das ações relativas ao exercício do poder de polícia ambiental, arrola as seguintes formas:

---

Affonso Leme Machado corrobora o entendimento indicado: “O poder de polícia age através de *ordens e proibições*, mas, e, sobretudo, por meio de *normas limitadoras e sancionadoras*, ou pela ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia.” (*Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 384-385).



1. a fixação, por meio de regulamento de lei, e sempre nos termos desta, de procedimentos administrativos e de normas e padrões ambientais, que permitam ao administrador exercer o controle sobre as atividades, licenciando-as ou não, assim como impondo as respectivas condições e limites, em caso positivo;
2. o exercício do órgão competente, nos termos da legislação ambiental, para licenciar empreendimentos potencial ou efetivamente poluidores;
3. a fiscalização do cumprimento das normas, regulamentos e limites estabelecidos pela própria administração, em cada caso concreto;
4. a aplicação das penalidades cabíveis, no caso de desrespeito à regra instituída, de acordo com o disposto na lei.<sup>59</sup>

A Constituição Federal de 1988 prevê algumas das formas de exercício do poder de polícia a nível ambiental, como se verifica no § 1º do artigo 225 da Carta Magna, que institui alguns atos administrativos relacionados com o poder de polícia na defesa do meio ambiente, tais como: fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (inciso II); definição e implantação de zoneamento ambiental (inciso III); exigência de estudo prévio de impacto ambiental, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, a que se dará publicidade (inciso IV); controle de produção, de comercialização e de emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (inciso V).

Encontramos ainda na CF/1988 outros modos de se expressar e exercer o poder de polícia: na exigência de plano de recuperação de área degradada em atividade mineradora (§ 2º do artigo 225); nas sanções administrativas contra atividades causadoras de danos ambientais (§ 3º do artigo 225); na genérica obrigação de atuar administrativamente visando à proteção do meio ambiente, ao combate da poluição em qualquer de suas formas, à preservação de florestas, fauna e flora, bem como no registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais (artigo 23, incisos

---

<sup>59</sup> *Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 399.

VI, VII e XI); e sem olvidar a obrigação de expedir atos normativos de polícia relacionados com florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (artigo 24, incisos VI, VII e VIII).

Oportuno ainda dizer que no Brasil, antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico já previa a formulação genérica de uma Política Nacional de Meio Ambiente, conjunto de ações, estudos e projetos governamentais instituídos pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, cujo objetivo é a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, intentando assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (artigo 2º, *caput*).

E ao enumerar os *Instrumentos* da Política Nacional de Meio Ambiente, referida Lei, em seu artigo 9º, arrola diversas ações do Poder Público, que são verdadeiramente expressões ou modos de se exercitar o poder de polícia, tais como: estabelecimento de padrões de qualidade ambiental (inciso I); zoneamento ambiental<sup>60</sup> (inciso II); avaliação de impactos ambientais (inciso III); licenciamento e revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras<sup>61</sup> (inciso IV); penalidades discipli-

---

60 Zoneamento ambiental, também chamado de zoneamento ecológico-econômico (ZEE), é um instrumento de planejamento do uso do solo e gestão ambiental que consiste na delimitação de zonas ambientais e atribuição de usos e atividades compatíveis segundo as características (potencialidades e restrições) de cada uma delas, visando ao desenvolvimento sustentável a partir da compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a conservação ambiental. O objetivo é o uso sustentável dos recursos naturais e o equilíbrio dos ecossistemas existentes. O ZEE deve, portanto, basear-se em uma análise minuciosa e integrada da região, considerando-se os impactos decorrentes da ação antrópica e a capacidade de suporte do meio ambiente. O zoneamento ecológico-econômico é regulamentado pelo Decreto nº 4.297, de 10 de julho de 2002, e a competência para sua elaboração e aplicação é compartilhada nas três esferas governamentais: a União, os Estados (e Distrito Federal) e os Municípios, prevendo a Lei Complementar nº 140/2011 que constitui ação administrativa da União a elaboração do ZEE de âmbito nacional e regional, dos Estados e Distrito Federal elaborar o ZEE de âmbito estadual, e dos Municípios a elaboração do plano diretor, observando os zoneamentos existentes nas demais esferas.

61 Licenciamento ambiental é o procedimento administrativo realizado pelo órgão ambiental competente, que pode ser federal, estadual ou municipal, para licenciar a instalação, a ampliação, a modificação e a operação de atividades e empreendimentos que utilizam

nares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental (inciso IX); e o cadastramento de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais (inciso XII).

Exato portanto afirmar que os atos de polícia em matéria ambiental são instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, ressaltando-se, no entanto, que a enumeração do artigo 9º da Lei nº 6.938/1981 é taxativa, existindo outros diversos diplomas legais amparando o poder de polícia ambiental.<sup>62</sup>

O poder de polícia administrativa ambiental é exercido mais comumente por meio de ações fiscalizadoras, uma vez que a tutela administrativa do ambiente contempla medidas corretivas e inspectivas, entre outras. Malgrado isso, dentre os atos de polícia em meio ambiente, o licenciamento ambiental ocupa lugar de relevo, uma vez que as licenças são requeridas como condicionantes para a prática de atos que, não observadas as respectivas cláusulas, podem gerar ilícitos ou efeitos imputáveis.

O licenciamento ambiental visa a preservar de riscos potenciais ou efetivos a qualidade do meio e a saúde da população, riscos esses oriundos de qualquer empreendimento ou intervenção que altere ou possa alterar de modo desfavorável as condições do ambiente.

É intrínseca à ação policial de qualquer natureza a permanente vigilância sobre pessoas ou bens em causa, nisso incluindo-se ações preventivas, advertências, cominações e outras medidas para evitar, quanto possível, ações corretivas e para coibir a prática de infrações.<sup>63</sup>

O poder de polícia administrativa ambiental é igualmente muito co-

---

recursos naturais, ou que sejam potencialmente poluidores ou que possam causar degradação ambiental. As bases legais do licenciamento ambiental estão traçadas, principalmente, na Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e traz um conjunto de normas para a preservação ambiental; nas Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) 001/1986 e 237/1997, que estabelecem procedimentos para o licenciamento ambiental; e na Lei Complementar nº 140/2011, que fixa normas de cooperação entre as três esferas da administração (federal, estadual e municipal) na defesa do meio ambiente.

62 Conforme DAWALIBI, Marcelo. O Poder de Polícia em Matéria Ambiental. *Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV. pp. 125-140.

63 Conforme MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 879-880.

nhecido no seu aspecto sancionatório, ocasião em que se instrumentaliza por meio do auto de infração, com a imposição de sanções, sempre embasadas em lei, tais como: advertência; multa; interdição de atividade; fechamento de estabelecimento; demolição de obra; embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; destruição ou inutilização, proibição ou suspensão de fabricação ou do comércio de produtos; vedação de localização de indústria ou comércio em determinadas áreas; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração administrativa; suspensão parcial ou total das atividades e restritiva de direitos.

Neste aspecto, impende mencionar a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

A Lei nº 9.605/1998, embora conhecida como “lei de crimes ambientais”, traz dispositivos importantes para que o Estado possa agir administrativamente usando, portanto, de seu poder de polícia em matéria ambiental.

Referida lei, em seu capítulo VI, intitulado “Da Infração Administrativa”, agasalha o poder de polícia ao declarar, em seu artigo 70, que é considerado infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Segundo Édis Milaré, trata-se de um tipo infracional aberto, que possibilita ao agente da Administração agir com ampla discricionariedade, ao buscar a subsunção do caso concreto na tipificação legal adotada, para caracterizá-lo como infração administrativa ambiental, modalidade de tipo admitida inclusive na esfera penal, não havendo, portanto, dúvidas quanto à legalidade de sua utilização em matéria de infrações administrativas.<sup>64</sup>

---

64 *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 894.

Dispõe ainda quais são as autoridades competentes para lavrar o auto de infração ambiental e instaurar o devido processo legal (artigo 70, § 1º), bem como expressamente declara o exercício do poder de polícia (artigo 70, § 2º). Não se pode olvidar que, para aplicar as penalidades de natureza administrativa expressas em lei (artigos 72 a 76), a autoridade competente, em consonância com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, deverá assegurar ao infrator a produção de prova necessária para, ao final, saber se é de fato responsável pela lesão ambiental e, por conseguinte, sujeito às sanções administrativas ou não.<sup>65</sup>

A matéria foi devidamente regulamentada, no âmbito federal, pelo Decreto nº 6.514/2008<sup>66</sup>, cujo capítulo II procura regular o processo administrativo federal para a apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, bem como dar unidade às normas legais esparsas que versam sobre procedimentos administrativos em matéria ambiental e disciplinar as regras de funcionamento pelas quais a administração pública federal, de caráter ambiental, deverá pautar sua condução do processo, observando-se os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, além dos critérios mencionados no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (norma que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, aplicáveis aos demais entes federativos).<sup>67</sup>

65 O artigo 96 do Decreto nº 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, determina que, constatada a ocorrência de infração administrativa ambiental, será lavrado auto de infração, do qual deverá ser dada ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

66 No Estado de São Paulo, o assunto é tratado pelo Decreto Estadual nº 60.342, de 4 de abril de 2014, que dispõe sobre o procedimento para imposição de penalidades, no âmbito do Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental, Proteção, Controle e Desenvolvimento do Meio Ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais - SEAQUA, e pela Resolução SMA Estadual nº 48, de 26 de maio de 2014, que dispõe sobre as condutas infracionais ao meio ambiente e suas respectivas sanções administrativas, em regulamentação à Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ao Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, e ao Decreto Estadual nº 60.342, de 04 de abril de 2014.

67 Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa,

Assinale-se que a aplicação de sanções no campo ambiental<sup>68</sup>, a exemplo do que ocorre em outras atividades submetidas ao poder de polícia estatal, deve observar uma gradação das penalidades, de modo a se evitar que as sanções sejam desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais.

Vale colacionar, em sede doutrinária, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles acerca da desproporcionalidade da sanção, o que provoca a invalidação do fundamento social do ato de polícia:

A proporcionalidade entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista constitui requisito específico para validade do poder de polícia, como também a correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, quando se tratar de medida punitiva. Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida.<sup>69</sup>

---

contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

68 A propósito, o Decreto nº 6.514/2008 estabelece, no artigo 101, que constatada a infração ambiental, o agente atuante, no uso do seu poder de polícia, poderá adotar as seguintes medidas administrativas: I - apreensão; II - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; III - suspensão de venda ou fabricação de produto; IV - suspensão parcial ou total de atividades; V - destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da infração; e VI - demolição. E o § 1º menciona que as medidas de que trata este artigo têm como objetivo prevenir a ocorrência de novas infrações, resguardar a recuperação ambiental e garantir o resultado prático do processo administrativo.

69 *Estudos e Pareceres de Direito Público*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 14.

Para Antonio Inagê, a proporcionalidade entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista constitui requisito específico para a validade do ato de polícia, como também a correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, quando se tratar de medida punitiva.<sup>70</sup>

É assinalável que se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas. A primeira das sanções – a advertência – será aplicada pela inobservância das disposições legais vigentes, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções.

No que tange, portanto, à indispensável observação da gradação das penas, oportuno colacionar o aresto prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 1123/DF, publicado em 22/03/1993, de que foi relator o Ministro César Asfor Rocha:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO MINERÁRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. I - O Ministro de Estado das Minas e Energias, a quem está subordinado o DNPM ou o órgão que o sucedeu, e quem tem competência para julgar os recursos interpostos contra decisões aplicativas de advertência e multa. II - Não tendo sido concluído o ciclo dos processos punitivos - já que os recursos não foram julgados pela autoridade administrativa competente a quem foram dirigidos - não se pode, por isso mesmo, afirmar que a impetrante já tenha sido condenada nas penas menores. III - As sanções aplicadas ao minerador faltoso são gradativas, só podendo ser aplicada a mais grave delas a de caducidade - após a imposição das mais leves (advertência e multa). IV - Segurança concedida.

## 5. Conclusão

O direito a um meio ambiente equilibrado e sadio não é apenas um direito fundamental de todos os cidadãos, mas uma obrigação do

---

<sup>70</sup> *Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005. p. 81.

Estado, no sentido de velar pela manutenção desse equilíbrio e pela preservação para as futuras gerações. É nesse contexto que entra o Estado, o Poder Público, como agente que faz valer o comando constitucional.

As normas ambientais deixam claro que o Poder Público tem o seu papel na incumbência de defesa e de preservação do meio ambiente, e para fazer valer tais disposições normativas, a Administração Pública é atribuída com o poder de polícia administrativa ambiental.

O poder de polícia administrativa é um dos principais instrumentos do Estado para a defesa do meio ambiente, condicionando a liberdade e a propriedade, de forma a ajustá-las aos interesses públicos e coletivos a serem resguardados.

Costuma-se pensar no Estado Democrático de Direito como uma espécie de garante do exercício ilimitado de direitos, ou seja, responsável pela fruição plena dos direitos individuais, porém, no bojo da polícia administrativa exercida pelo Poder Público por meio dos entes estatais federativos, o que ocorre é uma necessária delimitação de direitos, inserida numa resolução dos conflitos entre diferentes direitos que colidem entre si, fazendo surgir a necessidade de se estabelecer sistemas normativos limitantes das liberdades individuais.

Neste sistema insere-se o poder de polícia administrativa como um mecanismo que racionaliza o exercício de direitos. Tal delimitação de direitos ainda é mais necessária quando se fala em proteção ao meio ambiente e preservação para as gerações futuras.

Isso porque, vale ressaltar novamente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental resguardado por norma constitucional e bem de uso comum do povo, sendo, assim, objeto da tutela estatal. Por ser objeto de tal tutela administrativa, o meio ambiente está na mira do poder de polícia administrativa no nível de todos os entes federativos e por meio de todos os instrumentos que a Administração dispõe.

## 6. Referências bibliográficas

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DAWALIBI, Marcelo. O Poder de Polícia em Matéria Ambiental. *Doutrinas Essenciais. Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Leonardo. *Competências Constitucionais em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GUERRA, Sérgio. Novo Cenário com a Lei Complementar 140. *Jornal Valor Econômico*, p. E3, 20 de janeiro de 2012.

INAGÊ, Antonio. *Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 12, pp. 814-819, dez. 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Lucas de Faria. Autuações Concorrentes e as Infrações Administrativas Ambientais: a Disciplina da Lei Complementar nº 140/2011. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 187, jan.-dez. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses Difusos em Espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Meio Ambiente. *Revista Consulex*, ano IV, n. 46, p. 15, out. 2000.



# O Estado como agente regulador: o compromisso regulatório

Alessandra Obara Soares da Silva<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. A figura do Estado regulador – 2. Delegação de serviços públicos: a relação Estado x particular – 3. O compromisso regulatório – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

---

## 1. A figura do Estado regulador

Com a crise do Estado Social, muito motivada pelo agigantamento do ente estatal que assumiu inúmeras obrigações e passou a sofrer com a escassez de recursos para atender a contento a todas as demandas da sociedade, ganhou espaço a ideia de eficiência e subsidiariedade.

Nesse compasso, o afastamento do Estado da atuação direta na economia ampliou a atuação indireta, indo ao encontro da persecução do interesse público, permitindo aos mercados<sup>2</sup> atuar com margem de liberdade, sob os olhos do Estado. Nessa moderna sistemática, o ente estatal passou a atuar com maior ou menor intensidade conforme o interesse público ou interesse social exigirem. Deu-se, assim, um novo enfoque ao conhecido

---

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela COGAE/PUC/SP.

2 Assim entendida a atuação da iniciativa privada ou de entes estatais criados com personalidade jurídica de direito privado (atores – ou *players* – submetidos ao regime jurídico de direito privado, ainda que com algumas derrogações, no caso dos entes criados pelo Estado).

sistema da vida em sociedade, qual seja, compatibilizar a justiça social com a busca do bem-estar social. Em outras palavras, na modelagem em que cada indivíduo que vive em sociedade deve contribuir com o que pode para receber aquilo de que necessita, é preciso que sejam gerados excedentes para produzir riqueza a permitir a sua distribuição equânime.

Seguindo esse ritmo, a Constituição Federal de 1988 consagrou, no artigo 170, que a ordem econômica, definida por Eros Roberto Grau<sup>3</sup> como “o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”, rege-se pelos princípios da livre concorrência, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, dentre outros, numa clara identificação dos princípios da justiça social cuja realização depende da geração de riquezas. Tudo isso em conformidade com os artigos 1<sup>o</sup><sup>4</sup> e 3<sup>o</sup><sup>5</sup>, da mesma Carta Constitucional.

Importante destacar que Eros Roberto Grau defendeu, com propriedade, que serviço público constitui uma espécie de atividade econômica, qualificada, num determinado momento histórico, “como indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancia serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima)”<sup>6</sup>. Esta noção<sup>7</sup> de serviço público foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF n.

3 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130.

4 Art. 1<sup>o</sup>. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre concorrência; V – o pluralismo político.

5 Art. 3<sup>o</sup>. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 Obra citada, p. 135.

7 Eros Roberto Grau distingue “noção” de “conceito”, adotando lição de Sartre, entendendo noção como “ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”. (Obra citada, p. 135).

46/DF<sup>8</sup>, por influência do próprio Eros Roberto Grau, ali na qualidade de Ministro.

Nesse cenário, vale trazer à colação as palavras de Demerval Ferraz de Arruda Junior ao proferir o Parecer PA n. 27/2011, superiormente aprovado pelo Procurador Geral do Estado Elival da Silva Ramos, em 27/02/2012:

A depender do momento histórico e das necessidades atuais da coletividade, o Estado pode, ou não, pela via legislativa, alterar o conjunto dos serviços reputados públicos, desde que não exceda as balizas postas pela Constituição – que ora resguarda explicitamente certos serviços públicos (...), ora garante a livre iniciativa em normas atinentes à ordem econômica. Vale dizer: “é o Estado, por meio de lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 101).

Sem adentrar na discussão doutrinária ainda existente a respeito da noção ou conceito de serviço público, cumpre revelar que segundo a doutrina já consagrada pela jurisprudência, o gênero atividade econômica compreende as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Esta última somente poderá ser prestada diretamente pelo Estado quando preenchidos os requisitos constitucionais postos no artigo 173<sup>9</sup>, da Lei Maior. Já os serviços públicos, de titularidade do

---

8 Da extensa ementa do julgado em questão, vale transcrever o seguinte excerto: “[...] 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. [...] 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. [...] 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. [...] (ADPF 46, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05/08/2009, DJe-035 DIVULG. 25-02-2010 PUBLIC. 26-02-2010 EMENT. VOL-02391-01 PP-00020)

9 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Estado, podem ser prestados diretamente ou mediante delegação, como consta expressamente do artigo 175<sup>10</sup> da Carta Constitucional.

Com relação à atividade de regulação, dispôs a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 174, *in verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse sentido, a atividade estatal de regulação compreende a edição de normas aplicáveis ao setor regulado, a fiscalização de seu cumprimento, a imposição de sanções e a mediação de conflitos. Por não se restringir a serviço público em sentido estrito, a norma acima transcrita consagra a figura do Estado regulador da atividade econômica *strito sensu* e também do serviço público de que é titular, mas que se executa por meio de delegação. É a esta segunda faceta da atividade reguladora que este singelo estudo pretende ater-se, sem olvidar que esta atividade regulatória, em regra, é exercida – mas não só<sup>11</sup> – por entes especialmente criados para atender esta finalidade, as agências reguladoras, no formato de autarquias em regime especial, com personalidade jurídica própria e submetidas ao regime jurídico de direito público.

Como bem lembrou Juliana Bonacorsi de Palma, “as agências reguladoras foram projetadas no âmbito da Reforma do Estado para disciplinar, de forma técnica e blindada de insurgências políticas, determinados serviços públicos cujo modelo de prestação passara com as desestatizações do intervencionismo direto estatal para a prestação privada

10 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.

11 Como bem lembrado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “de longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941).” *In*: As agências reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/06/2014.

dos serviços por meio de instrumentos de delegação”<sup>12</sup>. Sob o viés econômico, há especial preocupação com “a heterogeneidade dos setores regulados”, a ratificar a opção pelo modelo de regulação por meio de entes descentralizados, com autonomia, na medida em que “as características próprias dos setores regulados é que moldam a regulação, e não o contrário”<sup>13</sup>. A especialização técnica, o distanciamento de interesses políticos e a atividade de regulação de serviços públicos serão aprofundados a seguir.

## 2. Delegação de serviços públicos: a relação Estado x particular

A ideia de delegação de serviço público exsurge, em tese, como uma boa opção ao Poder Público, representando uma das modalidades de aplicação do princípio da subsidiariedade, na medida em que permite a retirada do Estado da atuação direta, restando-lhe a atuação indireta, mais eficaz. Por pertinentes, transcrevem-se as palavras de Sílvia Faber Torres<sup>14</sup>:

A concessão, sob as modalidades de serviço, obras e obras e serviços, é forma indireta – ou subsidiária – de gestão das atividades públicas, pela qual se confia a respectiva execução direta ao particular, que, geralmente, financiado pelo usuário, atua por sua conta e risco e sob normas e controle imediato do poder público. Refere-se às atividades-fim do Estado e efetiva-se por contrato, precedido de licitação pública, no qual se fixam condições, prazos, forma de remuneração etc., fiscalizados pelo ente concedente.

Atuando por delegação do Estado, na execução de serviço público, o particular submete-se ao controle do ente público, traçado, em linhas gerais, no parágrafo único do artigo 175, *in verbis*:

---

12 *In*: Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação. IV Congresso Ibero-americano de Regulação Econômica – Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação – ASIER. *Paper* disponível em: [http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb\\_dl=784](http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb_dl=784). Acesso em: 17/06/2014.

13 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. *Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade*. Revista de Economia Política, vol. 27, n. 02 (106), abril-junho/2007, pp. 261-280.

14 O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177.



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.

Em atendimento a esta determinação constitucional, foi editada a Lei federal n. 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre concessões e permissões denominadas “comuns”, para diferenciá-las das concessões administrativas ou patrocinadas, reguladas pela Lei federal n. 11.079, de 30/12/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública (Lei das PPPs).

No regime de delegação da prestação de serviço público, a atuação do Estado – que permanece como titular do serviço público – deve ser harmônica, de forma a conciliar o interesse e a liberdade do particular com o interesse público. Nessa ordem de ideias, destaca-se a atuação em colaboração do particular com o Estado, na medida em que a opção pela delegação pressupõe a tomada de decisão do administrador público motivada pela necessidade de atrair investimentos privados e (por que não?) a expertise do privado para garantir a prestação de serviço adequado, de forma contínua e mediante tarifas módicas, maximizando a concretização do princípio da eficiência<sup>15</sup>.

Em consequência, o controle a ser exercido pelo Estado, na qualidade de Poder Concedente do serviço prestado em regime de delegação, não se confunde com “poder de polícia”.

Como ensina Egon Bockmann Moreira, “o que se deve ter em mira quando se fala em fiscalização de concessões é antes a cooperação recíproca, não a interferência do Estado no setor de serviços públicos (...)”

---

15 Abstratamente previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

a fim de disciplinar e restringir a ação do concessionário”<sup>16</sup>. No mesmo sentido, Dora Maria de Oliveira Ramos<sup>17</sup> já escreveu:

As relações de sujeição geral surgem, por exemplo, do exercício do poder de polícia. As sanções previstas no ordenamento jurídico para coibir condutas gravosas à boa ordem social estão inseridas no contexto das regras de polícia. No entanto, existem situações em que essas normas gerais, decorrentes do simples poder de império estatal, não são suficientes para disciplinar convenientemente as relações juridico-administrativas, exigindo um disciplinamento próprio, mais específico.

Exige-se que a referida inserção do particular na esfera administrativa ocorra em caráter de “permanência e continuidade”, a recomendar o condicionamento da sua conduta para garantir a eficiência da prestação do serviço.

A posição de supremacia especial reconhecida à Administração tem como corolário a existência de poderes específicos de disciplinamento da conduta privada.

Ao examinar as prerrogativas do Estado nas contratações por ele encetadas, Bruno Miragem<sup>18</sup> destacou a manutenção da natureza negocial da relação estabelecida com o particular, observadas as derrogações decorrentes de lei e decorrentes da “autonomia pública contratual”<sup>19</sup>:

Assumem relevo no âmbito das relações entre a Administração e o indivíduo as condutas das partes prévias à celebração do ajuste, bem como durante sua execução, em especial no tocante à preservação dos interesses legítimos do particular, seja quando legitimados pela conduta da Administração, seja em decorrência de inadimplemento – para o que as

---

16 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p.179.

17 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Estudos em homenagem à Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Vol. 71, janeiro/junho 2010, pp. 111-153.

18 *In: A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220.

19 Sobre essa autonomia (que engloba a decisão de contratar, a forma como contratar e com quem contratar), confira-se SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

prerrogativas do Poder Público no contrato deverão ser interpretadas a partir da ponderação entre a finalidade de interesse público que seu exercício enseja e os interesses da outra parte contratante.

No regime de delegação, portanto, há relação entre o Poder Público contratante e o particular contratado de constante tensão, na medida em que o contrato pressupõe interesses contrapostos e, paradoxal e simultaneamente, uma parceria para o atingimento do objetivo comum: a concretização do interesse público que justificou a necessidade primeira da delegação e da contratação.

A saudosa Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi<sup>20</sup> já escreveu que o “antagonismo” constitui nota característica das relações contratuais, em oposição às parcerias formalizadas pelo instrumento convênio. Em suas precisas palavras:

[...] a formalização do ajuste e seu regime jurídico dependem das características intrínsecas a ensejar parcerias e celebração de convênios, com outros entes, públicos ou particulares, quando presentes objetivos e competências institucionais comuns, resultados comuns, mútua colaboração, vontades que se somam sem antagonismos, existência de partícipes com pretensões convergentes e ausência de vinculação contratual; [...]

Nesse cenário, a atividade de coordenação e fiscalização ou, mais apropriadamente, de regulação, será mais ou menos intensa conforme a natureza e essencialidade do mercado regulado:

Em resumo: a nova regulação da atividade pública, até então praticamente inexistente para as empresas estatais prestadoras do serviço, não deve impor mais limites à liberdade que não os estritamente necessários para a garantia do bem comum, devendo pautar-se, por conseguinte, num modelo que menos obstaculize ou restrinja a liberdade e responsabilidade do particular<sup>21</sup>.

---

20 Parecer PA n. 58/2007, exarado em 22 de março de 2007, aprovado pela então Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa. Em razão do acolhimento da proposta de diligência formulada pela Chefe da Especializada, o opinativo em questão não foi submetido à aprovação do Procurador Geral do Estado.

21 TORRES, Silvia Faber, obra citada, p. 182.

Daí a conveniência de a regulação ser atribuída a entes relativamente independentes e autônomos, técnicos, capazes de debruçarem-se sobre um determinado mercado e normatizarem em harmonia com a liberdade particular e a realização do interesse público, pensando-se, ademais, na sustentabilidade do mercado que, além de heterogêneo, apresenta muitas externalidades.

Não à toa, a atividade administrativa de regulação é atualmente entendida como “sofisticada” e complexa:

[...] a atividade regulatória, *lato sensu*, nada mais é do que um conjunto de sofisticadas ações voltado à orientação, determinação, fomento, fiscalização e correição de planos (ou políticas, quando se tratar do Estado) destinados à delimitação da atuação de um sujeito, ou determinado grupo de sujeitos. Frise-se que a mencionada sofisticação se refere a novos instrumentos ou uma nova utilização de instrumentos antigos, conforme a natural adaptação axiológica – temporal e espacial – que os executores regulatórios precisam alcançar. Assim, menciona-se “ação sofisticada” como requisito de verificação de regulação quando se pressupõe essa mencionada adaptação ao atual contexto de tempo e lugar que a regulação se expressa.<sup>22</sup>

Como se vê, não constitui tarefa simples a regulação de um mercado. Bem assim, segundo Calixto Salomão Filho<sup>23</sup>, “no sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação” pela seguinte razão:

Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, através do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer.

22 FRANÇA, Phillip Gil. *Reflexões sobre Regulação, Gestão Pública e Desenvolvimento do Cidadão a partir da Intensidade da sua Convicção no Direito*. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, junho de 2011. pp. 521-544. E-book disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook\\_dp\\_completo2\\_isbn.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf). 20/06/2014.

23 In: *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

Reflexo da dificuldade do exercício da atividade regulatória por ausência de normas gerais é o desenvolvimento doutrinário do direito público econômico, ou direito administrativo econômico que, nas palavras de Odete Medauar<sup>24</sup>, “trata das normas, instrumentos e órgãos pelos quais o poder estatal atua, de modo direto ou indireto, no âmbito econômico, focalizando, em especial, a privatização, a regulação, as agências reguladoras, os serviços públicos sob concessão ou permissão, a concorrência”.

Faltava, ainda, definir qual seria a melhor forma de atuação do Estado como ente regulador do serviço público de sua titularidade, prestado mediante delegação. Como lembra Odete Medauar<sup>25</sup>:

Vários fatores são indicados para explicar a “agencificação”, dentre os quais, os seguintes: a liberalização de mercados e a transferência da execução de serviços públicos ao setor privado acarretam a necessidade de regulação estatal nos respectivos setores; a percepção de que certas questões teriam melhor solução se atribuídas a órgãos próximos do setor econômico e social concernente, garantindo relações mais diretas entre Administração e sociedade civil; a tomada de consciência da importância de descentralizar o poder, gerando, inclusive, uma organização estrelada, um Estado-rede dotado de centros decisoriais diversificados; a necessidade de adotar medidas em favor de uma pluralidade de modelos organizacionais, juntando-se ao modelo de ministérios o modelo das administrações autônomas e agências reguladoras; um movimento geral de deslegalização, visando a transferir ao Executivo a disciplina de matérias até então privativas de lei (votada pelo Parlamento); a necessidade de conferir estabilidade a regras que afetam o mercado, as quais não ficariam sujeitas a mudanças em decorrência da alternância dos comandos políticos; a necessidade de afastar das presções político-partidárias certas atividades preponderantemente técnicas (esta última justificativa aventada em especial na Itália); nos países europeus, também a influência dos textos da comunidade europeia.

Por todas estas razões, pensou-se na criação de entes descentralizados, com personalidade jurídica própria, autonomia, ausência de víncu-

---

24 O direito administrativo em evolução. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 183.

25 Obra citada, pp. 260-261.

lo de subordinação com a Administração Direta, estabilidade dos dirigentes, com mandatos não coincidentes com os daqueles que têm poder de nomeação, nomeação dos dirigentes pelo Chefe do Poder Executivo, com referendo do Poder Legislativo, para conferir maior legitimidade às suas decisões. Criaram-se, assim, as agências reguladoras, que nada mais são do que autarquias em regime especial. Juliana Bonacorsi de Palma resume:

A adoção do modelo de Agências Reguladoras resulta da necessidade de atração de investimentos privados para financiar a prestação de serviços públicos, antes diretamente fornecidos pelo Estado por meio de suas empresas estatais<sup>26</sup>.

Estes entes descentralizados, para desincumbirem-se de seus deveres legalmente atribuídos, são dotados de poder normativo, como expressamente reconhecido pelo já transcrito artigo 174, da Constituição Federal. Vale dizer, a lei que cria a autarquia em regime especial também arrola a competência para editar normas para o respectivo setor. É possível afirmar que o poder normativo da agência reguladora constitui a faceta mais inovadora e mais eficiente do poder regulador do Estado. Isto porque, sem a capacidade de normatizar o setor, a agência poderia ter sua tecnicidade comprometida, perdendo a proximidade dos particulares regulados, além de comprometer a celeridade na solução dos conflitos e controvérsias que se desvelam no dinamismo da sociedade.

De toda forma, é possível, segundo o ordenamento jurídico pátrio, que uma agência reguladora seja mais ou menos independente do que outras. Tudo depende da lei que a instituir. É esta lei que definirá a extensão do poder normativo e a extensão da vinculação da agência à Administração Direta. Como exemplo, Dinorá Adelaide Musseti Grotti<sup>27</sup> lembra:

O Poder Executivo não tem a faculdade de mudar as decisões concretas, nem as normas editadas pela Agência. Seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se houver expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio. Por-

---

26 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Obra citada.

27 Obra citada.

tanto, dependendo do arranjo legal, há agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, ou seja, há poder de interferência maior ou menor do Executivo.

O poder normativo das agências, por imposição da Constituição Federal que consagra o princípio da tripartição das funções estatais (artigo 2<sup>o</sup><sup>28</sup>), não pode ser de tal extensão que atribua a um ente da administração indireta que não possui mandatários eleitos pelo povo<sup>29</sup>, o poder de inovar o ordenamento jurídico. Este poder é atribuído praticamente com exclusividade ao Poder Legislativo. Assim, a constitucionalidade da lei de criação de uma agência reguladora, no ponto em que lhe atribui poder normativo, dependerá de “o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa.”<sup>30</sup>

Nesse ponto, ao tratar especificamente do poder sancionador inerente às concessões de serviço público, Dora Maria de Oliveira Ramos afasta a deslegalização<sup>31</sup> e consagra a técnica da remissão normativa:

Por remissão normativa entende-se, na lição de Garcia de Enterría, a circunstância de uma lei, ao regular determinada matéria, expressamente remeter a uma normatização posterior, elaborada pela Administração, determinados pontos que complementarão o comando legal.

A distinção entre deslegalização e remissão normativa está no comando da lei que remete à atividade normativa da Administração. Enquanto

28 Art. 2<sup>o</sup> São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

29 Essa afirmação tangencia a questão do “déficit democrático” das agências reguladoras, com dirigentes nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, com ratificação pelo Poder Legislativo. Como essas pessoas, após a investidura, passam a exercer mandato e não são demissíveis *ad nutum*, houve quem questionasse sua legitimidade para exercer a função de regulação que, como será visto mais adiante, requer conhecimento profundo das políticas públicas determinantes para o setor/área regulado(a). Tal estudo, contudo, desborda os limites deste artigo. Por isso, para o aprofundamento desse tópico, remetemos o leitor a ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

30 Dinorá Adelaide Musseti Grotti, Obra citada.

31 Para maior aprofundamento, ver ADI 1668, que teve como objeto a Lei Geral de Telecomunicações, que criou e definiu as atribuições da ANATEL. Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 19/06/2014.

na deslegalização a lei deslegalizadora limita-se a invocar o regulamento, sem traçar comandos mínimos acerca da matéria deslegalizada, a lei de remissão normativa fixa pontos a serem explicitados e desenvolvidos pelo regulamento.<sup>32</sup>

Assim, sem perder de vista que normas podem ser veiculadas por instrumentos diversos, a extensão delas será conforme a Constituição Federal se seu conteúdo trouxer inovação compatível com o nível hierárquico do veículo introdutório. Em outras palavras, tratando-se de lei em sentido estrito, o conteúdo pode ser inovador do ordenamento (criar obrigações, conferir direitos, tipificar condutas reprováveis e suas respectivas sanções, *v.g.*). Tratando-se de veículos infralegais (como decretos executivos, resoluções, portarias etc.), seu conteúdo não poderá inovar além dos limites legais, estando limitado à regulamentação dos requisitos necessários à obtenção do direito, à forma de cumprimento de um dever, à dosimetria da sanção, à definição de conceitos vagos postos como caracterizadores de uma conduta reprovável etc.

Trazendo a questão de volta ao tema das agências reguladoras, é possível afirmar que o poder normativo das agências, no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à vista do artigo 84, da Constituição Federal, restringe-se aos exatos termos da remissão legislativa operada pela lei de criação da autarquia. Tal afirmação tem reflexo também na extensão do poder sancionatório da agência. Partindo do pressuposto de que não há norma efetiva sem sanção, a finalidade regulatória da agência somente terá efetividade se lhe for atribuído algum poder sancionatório. Este poder, assim como o normativo, deve ser delineado na lei de criação, a qual deve enunciar genericamente o ilícito, reservando ao administrador a possibilidade de desenvolver o conteúdo por meio de atos infralegais. Tanto é assim que a Lei federal n. 8.987/95 que dispõe sobre concessões e permissões de serviço público não tipifica condutas ilícitas nem arrola sanções, o que pode levar a uma dificuldade de aplicação do poder normativo e poder sancionatório da agência reguladora.

Esta dificuldade deverá ser investigada em cada caso concreto, buscando-se sempre respaldo em lei em sentido estrito, em respeito ao

---

32 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Obra citada.



princípio da legalidade. Nada obsta a existência da remissão normativa no ordenamento jurídico pátrio, cabendo apontar, todavia, que há defensores da inconstitucionalidade da atribuição de poder normativo às agências reguladoras com supedâneo no artigo 25, inciso I, do ADCT<sup>33</sup>.

No caso específico da relação entre Poder Concedente, titular do serviço público e seu prestador, há relação especial de sujeição, em regra formalizada por um contrato administrativo que, de toda sorte, não tem o condão de tipificar ilícitos ou estabelecer sanções de forma genérica<sup>34</sup>.

Cumprido destacar que nesta relação especial de sujeição aplicam-se todos os princípios constitucionais que norteiam a atividade da Administração Pública, em especial o artigo 5º, LV<sup>35</sup>. O processo administrativo constitui, assim, uma garantia do administrado que contrata com o Poder Público, conferindo maior transparência e legitimidade à atuação estatal, em especial porque o particular deve ser visto como um colaborador<sup>36</sup> da Administração Pública que, embora atue no mercado com vistas à obtenção do lucro (o que é juridicamente legítimo), tem todo

33 Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;

34 De forma mais ampla: “Os contratos administrativos, nos quais os vínculos de sujeição especial entre Administração contratante e administrado contratado são formalizados, também podem determinar infrações administrativas de aplicação restrita ao contratado por atos relacionados ao desenvolvimento do objeto contratual, bem como o critério de aplicação das correspondentes sanções. Em um cenário de crescente desenvolvimento de funções públicas por particulares, é notável o aumento de preceitos legais dispositivos das cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos e, dentre eles, as cláusulas de disciplina da responsabilização administrativa.” (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Obra citada*, p. 17).

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

36 O doutrinador português Vasco Pereira da Silva escreveu que “As transformações do Direito Administrativo dizem igualmente respeito à importância renovada do papel dos particulares, não apenas enquanto destinatários e participantes da actuação administrativa, mas também enquanto autônomos sujeitos de um verdadeiro relacionamento jurídico com a Administração Pública. O que tem como consequência que, de ora em diante, o Direito Administrativo deixa de ser o direito de uma Administração toda-poderosa, para passar a ser o direito dos particulares nas suas relações com a Administração.” (PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. *Em busca do ato administrativo perdido*. Almedina, Coimbra: 2003. p. 126).

interesse que o serviço público que presta mediante delegação seja adequado e satisfatório para o usuário. Seja porque atua sob fiscalização do poder público, podendo incorrer em multas ou outras sanções por descumprimento contratual, seja porque quanto melhor o serviço prestado, maior será o leque de usuários, podendo reverter em aumento de sua receita, incrementando seus lucros de forma juridicamente legítima.

Considerando, contudo, que os contratos de concessão costumam ter longos prazos de duração, é fato notório que “pode haver situações de crise imprevisíveis (choques externos, por exemplo), crises de oferta (“apagões”) ou de demanda (alta inadimplência) que afetem as expectativas do regulador e do regulado”<sup>37</sup>, a demandar respostas rápidas e tecnicamente eficientes, respeitadas as normas constitucionais, legais e contratuais. Por isso, “a regulação futura é determinada, em grande parte, pelas opções técnicas e políticas que faz o governo que outorga as concessões; momento em que se desenha, por assim dizer, o coração do compromisso regulatório”<sup>38</sup>.

### **3. O compromisso regulatório**

Antes de tratar detidamente do compromisso regulatório, é necessário advertir que, para os economistas, essa expressão invoca uma carga ideológica marcante:

Trata-se de uma expressão correntemente utilizada por organismos multilaterais cujas proposta de reforma do setor público e a organização institucional da regulação de mercados subsequente são francamente liberalizantes e, em termos jurídicos, associadas ao paradigma “rule of law”, mormente propugnado pelo Banco Mundial.

Do ponto de vista jurídico, contudo, compromisso regulatório nada mais é do que a tensão existente de forma constante à vigência de uma contratação para delegação de serviço público, entre rigidez e flexibilidade na regulação dinâmica de um determinado mercado.

---

37 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. obra citada.

38 Idem. *Ibidem*.

Retomando o histórico adrede mencionado, que justificou a opção pela “agencificação” no exercício da atividade de regulação pelo Estado, Gustavo Binjenbojm<sup>39</sup> afirmou categoricamente que:

Como se sabe, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações dos investidores com o Poder Público.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado *compromisso regulatório (regulatory commitment)* era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que *subtraísse o marco regulatório* do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado.

Com efeito, é fato notório que a modelagem das agências reguladoras foi necessária e essencial para atrair os investimentos privados que se fizeram necessários para o desenvolvimento da infraestrutura nacional. Daí a importância de se esmiuçar o conteúdo do compromisso regulatório.

Nos serviços públicos explorados mediante concessão, há quem defenda que esse compromisso regulatório é objetivamente aferido pela equação econômico-financeira do contrato:

39 BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (60), 2006, pp.59-82. Disponível em: [http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45732.pdf/Revista\\_60\\_Doutrina\\_pg\\_59\\_a\\_82.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45732.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_59_a_82.pdf). Acesso em: 19/06/2014. Destaques do original.

Veja-se, com isso, que parece haver uma dada altura em que, em um Estado regulador pós-privatizações, definem-se e cristalizam-se as “regras do jogo”. Trata-se de um momento razoavelmente localizável no tempo em cada setor regulado – em que se forma entre o poder público e os investidores privados o que se chama, no jargão da regulação, de compromisso regulatório (ou “regulatory commitment”). É, assim, de uma espécie de pacto inicial que, se por um lado não é imutável, por outro só pode ser alterado, conforme o senso comum cristalizado, de modo oportuno e nunca de maneira extemporânea, uma vez que alterações atabalhoadas costumam levar, dada a opção passada pelo financiamento privado da infraestrutura, a prejuízos para os cidadãos<sup>40</sup>.

Esta equação pode ser definida como equilíbrio entre encargos e benefícios para cada uma das partes contratantes, sendo possível afirmar que um contrato permanecerá equilibrado em termos econômicos e financeiros enquanto nenhuma das partes – Poder Público ou contratado – suportar os efeitos financeiros positivos ou negativos decorrentes de evento cujo risco não lhe tenha sido atribuído originariamente.

Além de objetivo, esse entendimento encontra respaldo no ordenamento jurídico, na medida em que a equação econômico-financeira pode ser considerada o núcleo do compromisso regulatório, mas este abarca toda a complexa atividade de regulação.

Interessante trazer à colação a definição de compromisso regulatório dada pela ARSESP<sup>41</sup>:

A efetividade de qualquer sistema de regulação depende crucialmente da estabilidade esperada do arcabouço regulatório. O regulador deve adotar regras claras e estáveis para o mercado regulado, com vistas a orientar corretamente o comportamento das empresas, reduzir as incertezas dos investidores e, conseqüentemente, o custo do capital. Compromissos regulatórios assumidos devem se basear em princípios econô-

---

40 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Obra citada.

41 Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. Nota técnica para consulta pública: Metodologia e critérios para determinação da base de remuneração regulatória dos ativos dos serviços de saneamento básico prestados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Disponível em: [http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota\\_Tecnica-final.pdf](http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/Nota_Tecnica-final.pdf). Acesso em: 20/06/2014.

micos e, como regra geral, serem cumpridos integralmente e mantidos inalterados.

A estabilidade e previsibilidade das regras do jogo garantidas pelo compromisso regulatório conferem a necessária margem de segurança para realização de investimentos privados no setor público. A percepção dessa segurança será tanto maior quanto mais reforçada for a autonomia dos entes estatais responsáveis diretos pela regulação. Assim é que o modelo de agência reguladora com alto grau de especialização técnica e autonomia em relação ao Poder Concedente tende a elevar a confiabilidade do setor privado – e também do usuário do serviço público prestado mediante delegação – no Estado regulador:

A ameaça de mudança das regras com o jogo em curso pode sinalizar uma falta de comprometimento cujas consequências – que não podem ser antecipadas precisamente – envolvem aspectos outros de governo que não somente a regulação. Dito de outro modo, certas medidas regulatórias podem afetar a percepção de risco do investidor privado que, por seu turno, se alastra contagiando outros investimentos presentes ou futuros em outros setores.<sup>42</sup>

Trata-se do fenômeno intitulado de “risco regulatório”, que certamente será precificado em futuras propostas do setor privado para investimento em serviços públicos nos mais variados setores.

Esse risco pode ser reduzido com a alta especialização técnica das agências reguladoras, somada à autonomia, que não pode e não deve ser absoluta.

Embora já se tenha mencionado adrede a “blindagem” política das agências reguladoras como inerente à manutenção do compromisso regulatório, fato é que o absoluto distanciamento entre o Poder Concedente e a autarquia em regime especial, tanto quanto a dependência, não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio:

Não se admite que o manejo das *políticas regulatórias* contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das *políticas regulatórias* que será definido o *timing* e o resultado de uma política

42 FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Obra citada.

pública setorial. [...] compete ao regulador introduzir no setor regulado as pautas de interesse geral contidas nas *políticas públicas*, atuando no sentido de que o sistema regulado absorva essas pautas, retomando o seu equilíbrio interno. Nessa perspectiva, a *política regulatória* envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos. [...]<sup>43</sup>

A exata medida do rigor e da leveza da interferência do titular do serviço público na atividade de regulação realizada pelo ente descentralizado criado para essa finalidade é um dos elementos a ser considerado no compromisso regulatório.

E, não se pode olvidar que o compromisso regulatório, assim como o seu núcleo (equação econômico-financeira do contrato), somente será respeitado e mantido em adequado equilíbrio enquanto for também respeitada a equidistância do ente regulador com o Poder Concedente, com o poder econômico e com o particular contratado (investidor).

Vale lembrar que a estrutura administrativa em que constituído o ente regulador (agência reguladora – autarquia em regime especial) tem, a rigor, se mostrado adequada ao ordenamento jurídico pátrio, na medida em que autoriza o exercício do controle de finalidade<sup>44</sup> do Poder Concedente sobre as agências a ele vinculadas, sem subordinação hierárquica.

Noutras palavras, as agências reguladoras não são absolutamente independentes do Poder Concedente e, por isso, não estão protegidas contra os efeitos de oscilações políticas que decorrem do sistema democrático em que inseridas. Mudanças nos rumos da regulação de um mercado podem legitimamente decorrer de alterações legislativas, por exemplo. A cautela a ser observada é com a implementação das altera-

---

43 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88.

44 Conforme previsto na Constituição Federal: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;”

ções legítimas, para que seu impacto seja estimado e implementado de forma tecnicamente adequada, observadas as particularidades de cada setor, a fim de preservar o compromisso regulatório ou, mais especificamente, o seu núcleo (aferido casuística e objetivamente pelo equilíbrio econômico-financeiro de cada contrato de concessão) e viabilizar o sucesso de outros empreendimentos no mesmo setor:

Nesse contexto, pode-se dizer, em síntese, que a regulação presente opera de maneira limitada quando se trata de alterar ou modificar os termos do compromisso regulatório firmado e cristalizado no passado. Essa é a lógica econômica que explica a existência, na ordem jurídica, da ideia de equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Se isso é correto, o tratamento casuístico ou demagógico dos reajustes tarifários implica o estremecimento do compromisso regulatório e pode, em prejuízo de todos, levar à suspensão dos investimentos privados ou, em razão da elevação da percepção do risco regulatório, vir a exigir um indesejável aumento futuro das tarifas públicas, ou provocar o atraso no cumprimento de obrigações de investimento e de garantia de qualidade.

Tais conclusões, todavia, devem ser tomadas com cautela quando se trata de modificações na regulação decorrentes de iniciativas legítimas, tal como discutido antes, no âmbito do jogo democrático. Propostas de lei ou de diretrizes de política setorial não devem ser sumariamente presumidas “demagógicas”, “oportunistas” ou “casuísticas”. Elas podem, em outras palavras, ser perfeitamente legítimas – embora, em alguns casos, inoportunas. Isso traz mais uma vez à tona a tensão entre estabilidade e flexibilidade.<sup>45</sup>

Não se pode olvidar que, ao fim e ao cabo, o serviço público prestado mediante delegação e objeto de regulação por ente estatal é de titularidade do Estado, cujas decisões são tomadas por representantes eleitos pelo povo, no sistema democrático adotado pela ordem constitucional. Nesse sentido:

A regulação pelas agências, portanto, consagra a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas. Refreia, porém, a absorção destas pela política governamental de mais curto prazo, aquela

45 FARACO; COUTINHO, obra citada, p. 267.

que não prejudique objetivos gerais de governo, mas apenas os objetivos imediatos do governo. A regulação, portanto, i) favorece o planejamento; ii) incrementa a estabilidade e a institucionalidade (não a imutabilidade) das políticas; e iii) dá consistência à mudança.<sup>46</sup>

E, noutro giro, o controle de finalidade exercido pelo Poder Concedente também serve de freio à possibilidade (também explorada pela doutrina) da ocorrência de “captura” do regulador pelo regulado<sup>47</sup>.

Conquanto necessária uma permanente e constante interação entre regulador e regulado, deve a autoridade regulatória “poder divisar os interesses gerais que tutela os interesses específicos (embora legítimos) dos regulados”<sup>48</sup>.

Considerando que o contratado para realizar vultosos investimentos e prestar serviço público mediante delegação comumente tem grande poder econômico, pode ele exercer (ou pretender exercer) influência sobre o ente regulador. Daí porque é importante ressaltar que a pedra de toque do compromisso regulatório é o equilíbrio. Equilíbrio entre os *players* ou os atores do mercado regulado, o Poder Concedente e o ente regulador, sem perder de vista o núcleo que garante segurança, previsibi-

---

46 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Obra citada, p. 94.

47 “A teoria da captura volta-se, em princípio, ao tema que envolve a independência decisória (e não consultiva), que representa o estabelecimento do Conselho Diretor da Agência Reguladora como última instância de decisão, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério. O amplo debate sobre a teoria da captura das entidades regulatórias (*capture theories*) surgiu nos Estados Unidos da América no fim dos anos de 1960, sendo o trabalho de George Stigler, de 1971 (*The theory of economic regulation*), considerado o marco dessas discussões. Os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a *Interstate Commerce Commission*, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual. A *Independent Regulatory Commission* é um ente estatal autônomo, dirigido por um colegiado composto por *Commissioners* eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. A nomeação do *Chairman*, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal. Partindo-se da premissa de que os Conselheiros (*Commissioners*) que compõem o corpo dirigente das Agências não deixam de ser suscetíveis ao processo eleitoral e influência por grupos econômicos, a linha de pensamento adotada por Stigler na referida obra consiste na possibilidade de contaminação das Agências Reguladoras pelos diversos grupos de interesses, com vistas à obtenção de benefícios. (GUERRA, Sérgio. *Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 244, jan/abr 2007 – grifos do original).

48 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Obra citada, p. 69.



lidade e, ao fim e ao cabo, o sucesso da parceria entre Público e Privado no desenvolvimento da infraestrutura e prestação de serviços públicos de forma contínua, adequada e a preços módicos para o usuário.

#### 4. Conclusão

Dentro das limitações deste artigo, é possível afirmar que a delegação da prestação dos serviços públicos é decorrência do princípio da subsidiariedade que, de seu turno, decorre da impossibilidade prática evidente de o Poder Público prestar com exclusividade, de forma adequada e por sua conta e risco, todos os serviços públicos. Em atenção ao princípio da eficiência – e da própria universalização dos serviços públicos – as atividades econômicas consideradas essenciais, num dado momento histórico, para a vida em sociedade, são prestadas mediante delegação, em sistema de colaboração entre o particular contratado e o Poder Público, sendo certo que o primeiro coloca-se, voluntariamente, em relação especial de sujeição, submetendo-se aos poderes normativo e sancionador do titular do serviço.

No transcorrer dessa parceria, em regra, de longo prazo, considerados os vultosos aportes de recursos necessários e a modicidade tarifária a reclamar maiores prazos para retorno do investimento privado requerido, é essencial que se mantenha o equilíbrio da relação, mantidas as regras inicialmente postas e a previsibilidade das decisões administrativas que interferem direta ou indiretamente no serviço objeto da parceria.

Pelas mesmas razões (longo prazo de duração das concessões), mudanças são possíveis de ocorrer e a transparência e adequada procedimentalização para implementação tempestiva e eficiente para adaptação das regras da contratação às alterações supervenientes são garantidas pela manutenção do compromisso regulatório.

De mais a mais, diante das externalidades que a prestação de um serviço público em regra envolve, os investimentos que ficam a cargo do particular costumam ser vultosos, de forma que a atuação do Poder Público deve ser séria, para tornar atrativo o investimento pelo particular, assegurando-lhe um retorno provável e previsível, até para viabilizar a

captação de recursos financeiros junto a agentes financiadores<sup>49</sup>, se necessário. Em suma, a atividade de regulação, assim como toda atuação do Estado, além de transparente, deve respeitar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos para ambas as partes contratantes, o que exige, em regra, respostas rápidas e eficientes diante da dinâmica da sociedade, a conciliar o compromisso regulatório com a adequada prestação do serviço público, dentro da legalidade e constitucionalidade.

## 5. Referências bibliográficas

ARRUDA JUNIOR, Demerval Ferraz de. *Parecer PA n. 27/2011*. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado de São Paulo Elival da Silva Ramos.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (60), 2006, pp.59-82. Disponível em: [http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45732.pdf/Revista\\_60\\_Doutrina\\_pg\\_59\\_a\\_82.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/754454/DLFE-45732.pdf/Revista_60_Doutrina_pg_59_a_82.pdf).

FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. *Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade*. Revista de Economia Política, vol. 27, n. 02 (106), abril-junho/2007, pp. 261-280.

FRANÇA, Phillip Gil. *Reflexões sobre Regulação, Gestão Pública e Desenvolvimento do Cidadão a partir da Intensidade da sua Convicção no Direito*. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, junho de 2011. pp. 521 a 544. E-book disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook\\_dp\\_completo2\\_isbn.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf).

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *As agências reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto

---

49 Cabe aqui lembrar que a própria Lei federal n. 8.987/95 prevê a possibilidade de dar em garantia de financiamentos os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço adequado (art. 28).

de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

GUERRA, Sérgio. *Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 244, jan/abr 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação*. IV Congresso Ibero-americano de Regulação Econômica – Associação Ibero-americana de Estudos da Regulação – ASIER. *Paper* disponível em: [http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb\\_dl=784](http://www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb_dl=784)

PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. *Em busca do ato administrativo perdido*. Almedina, Coimbra: 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Considerações sobre o poder sancionatório da Administração Pública. Os ilícitos administrativos e as concessões de serviços públicos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Estudos em homenagem à Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 71, janeiro/junho 2010, p. 111-153

RINALDI, Ana Maria Oliveira de Toledo. *Parecer PA n. 58/2007*. Aprovado pela Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa da PGE/SP Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves e pela Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria Geral Rosina Maria Euzébio Stern.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# O mútuo interesse nas parcerias com entidades privadas

Luiz Fernando Roberto<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Convênio na doutrina – 3. O movimento normativo – 4. A influência do interesse comum – 5. O que é interesse comum? – 6. Alguns questionamentos sobre o conceito – 7. Aumento das normas fundadas na distinção entre repasse e remuneração como indício das dificuldades apontadas – 8. Consequências – 9. A Lei Federal nº 13.019/2014 e o novo marco regulatório das parcerias com organizações da sociedade civil – 10. Proposta de mudança do foco: das características da entidade para um objeto específico – 11. Conclusão – 12. Referências bibliográficas.

---

## 1. Introdução

Diante das limitações materiais a que o Estado se encontra adstrito, é natural que ele necessite da colaboração de outras pessoas para alcançar determinadas finalidades. A forma mais comum pela qual essa colaboração pode ser obtida é o contrato administrativo. Esta figura, não obstante seja conhecida pelo regime de prerrogativas que confere à Administração, traz consigo uma série de ônus e obrigações ao ente público. De acordo com o consagrado conceito, contrato é um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas<sup>2</sup>.

---

1 Procurador do Estado de São Paulo, mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

2 Conceito esse que inclusive acabou sendo positivado pela Lei Federal nº 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único.

A prática administrativa ao longo dos anos, contudo, revelou algumas situações em que, muito embora interessasse ao Estado a obtenção de alguma utilidade do particular, não se mostravam necessários ou convenientes vínculos obrigacionais de natureza contratual. A engenhosa solução pensada para estas hipóteses foi a utilização de um instituto já conhecido e tradicionalmente destinado a instrumentalizar acordos entre entes públicos: o convênio administrativo.

Dotado de um regime simples e desprovido de vínculos ou sanções, o convênio passou a ser utilizado para veicular ajustes entre o Estado e entidades particulares em algumas situações pontuais. Nenhuma formalidade para a seleção do parceiro privado, nenhum vínculo obrigacional e pouquíssimos controles eram traços característicos da escassa regulamentação existente sobre a matéria. A doutrina, sem ver grandes problemas nesse regime, formou uma teoria baseada nos atributos daqueles primeiros acordos entre entes públicos.

Mais adiante, quando por razões políticas, sociais e econômicas essa forma de parceria ganhou uma importância estratégica para o Estado, o notável aumento do volume de recursos públicos repassados a entidades privadas por convênio evidenciou alguns problemas decorrentes da fragilidade do regime. A regulamentação dos convênios – principalmente no âmbito federal – então passou a ser agitada por um intenso movimento voltado para criar um sistema mais eficaz de controle dos recursos públicos repassados.

Embora voltado para fortalecer o controle sobre os convênios, o movimento normativo nunca chegou a abandonar aquelas diretrizes doutrinárias estabelecidas para definir os acordos originários entre entes públicos. Sem romper com as ideias tradicionais, o regime jurídico foi passando por uma progressiva adaptação às características das novas parcerias entre entes públicos e privados.

De acordo com a hipótese aventada neste ensaio, a compreensão da forma como se deu a acomodação dessas antigas ideias à nova realidade pode ser a chave para a identificação da origem das principais dificuldades práticas que têm sido verificadas na matéria atualmente. O presente trabalho tem por objetivo, assim, criar uma visão crítica de um tradicional fundamento teórico dos convênios com entidades privadas: o mútuo interesse entre as partes.

## 2. Convênio na doutrina

A primeira referência ao instrumento do convênio pela ordem constitucional brasileira foi feita pela Constituição Federal de 1934, que o previu como instrumento para a fixação da indenização aos Estados do Amazonas e do Mato Grosso pela incorporação do Acre ao território nacional, e também como meio para a estipulação de acordos no campo da tributação entre os Estados<sup>3</sup>.

As Constituições de 1937<sup>4</sup> e 1946<sup>5</sup> previam acordos entre os entes da Federação, mas não se referiam, expressamente, ao termo convênio. Esta expressão voltou a ser utilizada na vigência da Constituição de 1967, mais uma vez para fazer referência aos ajustes da União com Estados e Municípios<sup>6</sup>.

Esse mesmo conteúdo foi expresso pelo Decreto-lei nº 200/67, que previu o convênio como o instrumento destinado a concretizar a execução descentralizada das atividades da Administração Federal<sup>7</sup>.

---

3 Art 5º - A União indenizará os Estados do Amazonas e Mato Grosso dos prejuízos que lhes tenham advindo da incorporação do Acre ao território nacional.  
O valor fixado por árbitros, que terão em conta os benefícios oriundos do convênio e as indenizações pagas à Bolívia, será aplicado, sob a orientação do Governo federal, em proveito daqueles Estados.

(...)

§ 3º - As taxas sobre exportação, instituídas para a defesa de produtos agrícolas, continuarão a ser arrecadadas, até que se liquidem os encargos a que elas sirvam de garantia, respeitados os compromissos decorrentes de convênios entre os Estados interessados, sem que a importância da arrecadação possa, no todo ou em parte, ter outra aplicação; e serão reduzidas, logo que se solvam os débitos em moeda nacional, a tanto quanto baste para o serviço de juros e amortização dos empréstimos contraídos em moeda estrangeira.

4 Art. 55 - Compete ainda ao Conselho Federal

(...)

b) aprovar os acordos concluídos entre os Estados.

5 Art. 18, § 3º - Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos provendo às necessárias despesas.

6 Art. 13, § 3º. A União, os Estados e Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais.

7 Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

Originariamente, portanto, o convênio foi concebido no direito pátrio como um ajuste entre entes da Federação, o que foi determinante para a definição das bases doutrinárias formadas acerca do instrumento.

Na clássica definição de Jellinek citada por Paulo Bonavides, Estado Federal é “o Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal<sup>8</sup>”. É traço característico desta forma, portanto, a ligação de seus integrantes em torno de um interesse comum. Nas palavras deste mesmo autor, “no Estado federal deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos<sup>9</sup>”.

Outro elemento essencial da Federação é a autonomia dos Estados-membros. Embora unidos por um interesse comum que lhes confere unidade, os Estados conservam a sua autonomia, da qual decorre a igualdade característica de suas relações recíprocas<sup>10</sup>. Na lição de Celso Bastos:

é traço característico do Estado federal a convivência, em igual nível jurídico, entre órgão central, encarregado da defesa dos interesses gerais e com jurisdição em todo o território nacional, e os órgãos regionais, que perseguem objetivos próprios, dentro de uma porção do território nacional<sup>11</sup>.

Uma didática síntese dessas principais características é notada no

---

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

8 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 13. ed. 2006. p. 193.

9 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 13. ed. 2006. p. 195.

10 Sobre a igualdade que deve reger os impetrantes da Federação, se pronunciou o Tribunal Constitucional Federal Alemão em decisão paradigmática: “o procedimento e o estilo das negociações tornadas necessárias entre a União e seus membros e entre os Estados-membros (entre si) na vida constitucional encontram-se sob o mandamento do comportamento leal à Federação. Na República Federal da Alemanha, todos os Estados-membros têm o mesmo status constitucional. Eles são todos Estados que, no relacionamento com a União, têm direito a um tratamento igual”. – Decisão (Urteil) do Segundo Senado de 28 de fevereiro de 1961. SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 825.

11 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2010. Malheiros, 22. ed. p. 442.

conceito de Federação proposto por Marçal Justen Filho, no qual merecem especial atenção os elementos ora destacados:

Cada integrante do Estado federado é protegido em face dos demais – o que gera um efeito de equilíbrio entre todos. Nenhum dos entes integrantes de uma Federação é autorizado a identificar ou promover interesses próprios sem tomar em vista os interesses dos demais, *sendo cada um interditado estabelecer primazia em prol de si mesmo*. Talvez o aspecto primordial seja o reconhecimento de que todos os entes integrantes da Federação são cotitulares de interesses comuns, cuja promoção se desenvolve por meio da atuação conjunta e indissociável, assegurando-se a todos eles o interesse recíproco<sup>12</sup>.

Tratando-se o convênio de um ajuste originariamente destinado a reger uma relação entre entes da Federação, é natural que o conceito proposto pela doutrina fosse informado pelas características desta forma de organização do Estado. E assim efetivamente se deu. O conceito doutrinário de convênio de fato remete àqueles traços característicos que marcam o relacionamento entre entes federativos em um Estado Federal. Isso pode ser notado nos destaques ora feitos na clássica definição de Hely Lopes Meireles:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm *interesses comuns* e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a *posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos*, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum,

---

12 FILHO, Marçal Justen. Parecer Elaborado Sobre a Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, julho/agosto/setembro, 2005, disponível em: <http://www.direito.doestado.com.br>. Acesso em: 11/06/2013.



desejado por todos.<sup>13</sup>

A ideia de interesses comuns é mencionada na obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, baseando-se nos ensinamentos de Hely Lopes Meireles, discorre: “o principal elemento que se acostuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos<sup>14</sup>”.

A igualdade entre os signatários de um convênio também é um dos pontos fundamentais das tradicionais definições doutrinárias existentes, como, por exemplo, a de Edmir Netto de Araújo, que expõe:

Em todos os casos, qualquer dos partícipes de convênio, Estado ou particulares, se mantém na mesma posição de igualdade, sem a preponderância característica dos contratos administrativos, pois a execução e operacionalidade de convênios fundamenta-se basicamente na confiança recíproca e na cooperação, colaboração e permanência voluntárias dos partícipes, enquanto desejam essa permanência.<sup>15</sup>

E desses conceitos, tidos como pilares da teoria, foram extraídas diversas consequências práticas que influenciaram a aplicação concreta dos convênios. Da comunidade de interesses, por exemplo, foi inferida a ausência de partes e a tese da inexistência de preço ou remuneração. Nesse sentido, é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how, e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço e remuneração<sup>16</sup>.

A ausência de preço originou consequências práticas importantíssimas, que serão detalhadas mais adiante. Por ora, basta vislumbrar a sua

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 35. ed. 2009. p. 411.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 8. ed. 2011. p. 231.

15 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 383.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 8. ed. 2011. p. 232.

relação com a ideia de mútuo interesse e entender o seu conteúdo, que é explicado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha com as seguintes palavras:

as verbas repassadas não têm natureza de preço ou de remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido. O valor do convênio fica vinculado ao seu objeto, durante toda a execução, motivo pelo qual o executor deve comprovar que o valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados; não basta demonstrar o resultado final obtido. Por essa razão, o executor do convênio é visto como um administrador de dinheiro público, obrigado a prestar contas ao ente repassador, como também ao Tribunal de Contas<sup>17</sup>.

Também sobre a nota do mútuo interesse foi construída a teoria que fundamenta a inexigibilidade de licitação para a transferência de recursos públicos por convênios. A esse respeito, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração<sup>18</sup>”.

Da igualdade entre os celebrantes, por seu turno, foram extraídas a ausência de vinculação contratual e a impossibilidade de aplicação de sanções, expressas por Hely Lopes Meirelles nos seguintes termos:

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar (...) A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes<sup>19</sup>.

É interessante notar que esses dois grandes pilares sobre os quais se sustenta o embasamento teórico dos convênios – o interesse comum e a igualdade das partes – foram originados não de razões ontológicas, mas de circunstâncias de ordem prática, relacionadas com o fato de o convênio ser, inicialmente, um instrumento de cooperação entre entes públicos

17 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2. ed. 2006. p. 64.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2011, 8. ed. p. 237.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 35. ed. 2009. p. 412.

dotados de autonomia. Amostra disso é que as características básicas do convênio se confundem com os principais traços da Federação.

Ocorre que, a partir de 1986, com a edição do Decreto nº 93.872, o direito positivo passou a prever a celebração de convênios entre entidades públicas e organizações particulares, o que gerou certo descompasso entre o conceito doutrinário e a realidade jurídica<sup>20</sup>.

O descompasso gerou uma necessidade de acomodação dos conceitos doutrinários tradicionais, que, de acordo com a hipótese aventada no presente trabalho, tem relação direta com alguns problemas práticos verificados na execução desses ajustes.

### 3. O movimento normativo

O direito há muito tempo prestigia formas de parceria entre o Estado e as entidades privadas sem fins lucrativos. Desde 1935, existe o tradicional título de utilidade pública, regulado pela Lei Federal nº 91, de 1935, que confere um tratamento diferenciado às entidades que tenham o fim exclusivo de servir desinteressadamente a coletividade.

Nos últimos anos, foi notado um crescimento da utilização do convênio como instrumento de parceria com essas entidades. Objetivando enfrentar os resultados da crise verificada no Brasil na década de 1980, o Executivo Federal decidiu, a partir do início da década seguinte, que deveria fortalecer o Estado. Para tanto, chegou-se à conclusão de que seu tamanho deveria ser reduzido. Como parte desse projeto, o governo optou por ampliar o financiamento de organizações públicas não estatais vinculadas à promoção de direitos humanos básicos. A esse respeito, observou Luiz Carlos Bresser Pereira:

se a proposta de um Estado mínimo não é realista, e se o fator básico subjacente à crise ou à desaceleração econômica e ao aumento

---

20 A esse respeito, observa Gustavo Alexandre Magalhães: “De lá para cá, toda a doutrina seguiu as lições de Meirelles, até que o direito positivo passou a admitir convênios com entidades particulares em todas as áreas. Ocorre que a doutrina majoritária acabou por aplicar o mesmo regime jurídico dos convênios entre entes públicos aos convênios que envolvem entes privados”. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

dos níveis de desemprego é a crise do Estado, a conclusão só pode ser uma: o caminho para resolver a crise não é provocar o definhamento do Estado, enfraquecê-lo ainda mais do que já está enfraquecido, mas reconstruí-lo, reformá-lo.

A reforma provavelmente significará reduzir o Estado, limitar suas funções como produtor de bens e serviços e, em menor extensão, como regulador, mas implicará provavelmente em ampliar suas funções de financiamento de organizações públicas não estatais para a realização de atividades nas quais exterioridades ou direitos humanos básicos estejam envolvidos necessitando serem subsidiadas<sup>21</sup>.

Na ausência de uma lei específica regente da matéria, foi sendo erigida uma estrutura normativa formada por decretos, instruções normativas e portarias que deram os contornos para a aplicação dos convênios ora estudados. A falta de parâmetros legais deu ensejo a uma vasta normatização por parte do Poder Executivo – principalmente no âmbito federal – que foi paulatinamente moldando o regramento de acordo com as experiências surgidas na prática administrativa.

Na esfera federal, a normatização foi iniciada a partir do Decreto Federal nº 93.872/86, que foi seguido do art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, da Instrução Normativa STN nº 1/97, do Decreto Federal nº 6.170/2007, da Portaria Interministerial nº 127/2008, do Decreto Federal nº 7.568/2011 e da Portaria Interministerial nº 507/2011. Recentemente, foi sancionada a Lei Federal nº 13.019/2014, destinada a estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as denominadas organizações da sociedade civil.

No Estado de São Paulo, a par da aplicação da Lei Estadual nº 6.544/89 “no que couber”, a principal norma sobre convênios era o Decreto Estadual nº 40.722/96, que foi recentemente substituído pelo Decreto Estadual nº 59.215/2013, com praticamente o mesmo teor do ato anterior. Além deste, outros atos trazem implicações para o regime

---

21 PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. Trabalho apresentado à Assembleia Geral Resumida das Nações Unidas sobre Administração Pública, outubro 1996. Revista de Economia Política, Vol. 17, nº 3 (67) julho-setembro de 1997. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/67-3.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

dos convênios, como o Decreto Estadual nº 41.165/1996, o Decreto Estadual nº 52.479/2007 e o Decreto Estadual nº 57.501/2011.

Embora não haja espaço neste trabalho para o detalhamento dos dispositivos contidos nesses atos, é possível dizer que a sequência de alterações representou um aumento do volume e da minudência das normas sobre convênios com entidades privadas. Ao que parece, na medida em que a utilização do convênio foi tornando-se mais comum na Administração Pública, os problemas e as preocupações com o controle jurídico sobre este instrumento foram ficando mais evidentes.

Em decorrência da pressão resultante de denúncias na imprensa, de investigações promovidas em CPIs e da atuação dos órgãos de controle, as regras paulatinamente foram sendo modificadas. A pretexto de combater a corrupção e o desvio de recursos públicos por meio de convênios, foi notada a tendência à estipulação de procedimentos e regras cada vez mais detalhados.

Quanto ao conteúdo veiculado por essas regras, é interessante notar a influência das ideias vinculadas às concepções doutrinárias formadas sobre a matéria. Muito embora destinadas a reger uma relação bem diferente daqueles ajustes originais entre entes públicos, as seguidas alterações continuaram a lidar com os conceitos de igualdade entre as partes e de interesses recíprocos, que foram mantidos e acomodados às características das novas parcerias. No presente ensaio, como já adiantado, serão discutidos alguns desdobramentos práticos da aplicação da noção de mútuo interesse aos convênios celebrados pelo Estado com entidades privadas.

#### **4. A influência do interesse comum**

Considerado como pressuposto básico do regime jurídico dos convênios, o mútuo interesse buscado pelas partes é mencionado em praticamente todas as definições doutrinárias do instrumento.

Essa ideia de comunidade de interesses efetivamente originou diversas consequências no âmbito jurídico, como a desnecessidade de licitação para a escolha da conveniente e a inexistência de preço como contraprestação às atividades realizadas. E destas, foram originados outros tantos desdobramentos concretos encontráveis na prática administrativa.

Ocorre que a transformação dessa abstração em realidade concreta tem demandado uma intensa atuação do regulador, que muito tem se esforçado para garantir, por exemplo, que a desnecessidade de licitação não vá implicar numa má escolha da entidade privada, ou para garantir que os recursos transferidos por convênio sejam efetivamente utilizados nos fins propostos. Ou seja, muita energia tem sido gasta pelo Estado para garantir que os interesses promovidos pelos convênios administrativos com entidades privadas sejam, realmente, mútuos.

O tratamento jurídico diferenciado dado aos convênios de fato tem relação com os aspectos teóricos que os definem. Mas a existência de tantas normas voltadas para dar consistência a esse conceito abstrato levanta uma série de dúvidas sobre as premissas da ideia que tem sustentado todo esse aparato normativo. A proposta seguinte é, assim, estudar um pouco mais a fundo o que seria o apontado interesse comum.

## 5. O que é interesse comum?

Em matéria de convênios, o interesse comum dos celebrantes é apresentado nas definições doutrinárias como um termo autoexplicativo. Ainda que praticamente todos os autores tirem dessa ideia uma série de consequências concretas, aparentemente nenhum deles se ocupou de aprofundar o estudo do conteúdo dessa expressão. Talvez uma pista do que entende a doutrina por interesses comuns nos convênios seja encontrada na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma:

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.<sup>22</sup>

De fato, a ausência de finalidade lucrativa parece estar no centro da ideia de comunidade de interesses e, segundo tem entendido a doutrina

---

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. 22. ed. p. 643.

majoritária, serviria de pressuposto básico para a utilização do convênio como instrumento de transferência de recursos públicos a entidades privadas. Esse entendimento doutrinário foi transposto para a normatização, que, efetivamente, tem admitido apenas a celebração de convênios de repasse de verbas com entidades sem finalidades lucrativas.

Além da ausência de finalidade lucrativa, a comunidade de interesses tem sido entendida como a dedicação da entidade privada a algumas atividades voltadas para o atendimento da sociedade. A ideia pode ser vislumbrada na posição de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que discorre:

Os entes que integram o terceiro setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.<sup>23</sup>

Uma descrição um pouco mais detalhada dessas atividades pode ser vista na definição de organizações de interesse (ou de caráter) público proposta por Eduardo Sabo Paes:

são aquelas voltadas para a defesa do interesse mais amplo da sociedade ou para o desenvolvimento de uma atividade que traz benefícios para a sociedade como um todo, mesmo que, aparentemente, ela se dedique apenas a beneficiar agrupamentos específicos (como, por exemplo, os aidéticos, ou as populações mais carentes)<sup>24</sup>.

É possível dizer, assim, que o conteúdo da ideia de interesses comuns entre Estado e entidade privada referida pela doutrina em matéria de convênios é encontrado no resultado da conjugação da ausência de finalidades lucrativas com a dedicação a algumas atividades específicas, entendidas como socialmente relevantes.

23 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. 2. ed. p. 15.

24 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social – Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 90.

## 6. Alguns questionamentos sobre o conceito

Uma primeira linha de questionamentos pode ser dirigida à ausência de finalidade lucrativa como elemento essencial da linha divisória entre as entidades privadas que podem receber recursos por convênio e aquelas que não podem.

No Direito Administrativo, a ideia de ausência de finalidades lucrativas não conta com uma definição legal específica para fins de convênios. O que ocorre é a genérica referência pelas leis orçamentárias e pelas normas infralegais à exigência de ausência de finalidade lucrativa como pressuposto para a celebração de parcerias que envolvam repasse de recursos públicos.

O conteúdo da expressão tem sido extraído de outros diplomas normativos, como a Lei Federal nº 91/1935, que estabelece a exigência da inexistência de remuneração aos cargos de direção para a conferência do título de utilidade pública<sup>25</sup>, e a Lei Federal nº 12.101/2009, que condiciona a certificação das entidades beneficentes de assistência social à ausência de distribuição dos resultados e impõe a aplicação de todos os recursos no desenvolvimento dos objetivos institucionais da entidade<sup>26</sup>.

É provável que a origem da relação entre finalidade lucrativa e os conceitos de remuneração dos dirigentes e de distribuição de resultados tenha raízes em princípios filosóficos<sup>27</sup> ou até mesmo religiosos<sup>28</sup>. Ainda

---

25 Art. 1º, c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados.

26 Art. 29, I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; (...)

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

27 Na filosofia de São Tomás de Aquino, por exemplo, não apenas a usura era considerada anti-natural, mas a própria atividade comercial. A esse respeito, observa Chersteron: S. Tomás foi muito mais a fundo. Chegou até a citar a verdade ignorada durante a longa idolatria do negócio, de que as coisas que os homens produzem apenas para vender tendem a tornar-se piores em qualidade do que as que produzem para consumir. CHESTERTON, C. K. S. *Tomás de Aquino*. Braga: Livraria Cruz, 1957. 3. ed. p. 254.

28 Um panorama histórico da influência da religião na economia pode ser vislumbrado na obra de Max Weber. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 13. ed. São



assim, uma explicação plausível de ordem eminentemente prática para essa associação pode ser encontrada nas teorias econômicas que buscam explicar o papel das entidades sem fins lucrativos na sociedade.

Uma das mais importantes a esse respeito é a teoria das falhas do contrato, proposta em 1980 por Henry Hansmann, no artigo denominado “The Role of Nonprofit Enterprise”<sup>29</sup>. De acordo com a teoria, em condições normais (entendidas como aquelas em que o mercado é transparente e as informações são perfeitas), os consumidores têm condições de: comparar preços e qualidades dos bens oferecidos antes de adquiri-los; estabelecer um acordo claro com a empresa escolhida e determinar se a empresa cumpriu o combinado. Quando, por qualquer circunstância, alguma dessas condições não puder ser alcançada, o mercado dá espaço para que uma empresa com finalidade lucrativa tire vantagem de seus clientes ao fornecer bens em menor quantidade, ou com qualidade mais baixa. Essa falha, segundo entende o autor, dá oportunidade para que as empresas não lucrativas surjam como uma opção vantajosa. A ideia é bem sintetizada em um trabalho publicado pelo mesmo autor em 1989:

“A noção, colocada de forma simples, é que os indivíduos preferem negociar com pessoas não lucrativas a negociar com pessoas lucrativas quando eles têm dificuldade em controlar a qualidade ou a quantidade dos bens ou serviços oferecidos. Sob essas circunstâncias, entidades não lucrativas – que operam sob uma restrição à distribuição dos ganhos para qualquer um que exerça controle sobre elas (como diretores, oficiais, ou membros) – carregam a promessa de se comportarem de forma menos oportunista do que as pessoas lucrativas”<sup>30</sup>.

---

Paulo: Pioneira, 1999. Especificamente sobre a relação da Igreja Católica com a concessão de ajuda pelo Estado às entidades privadas, dispôs a Encíclica *Centesimo Anno*, outorgada pelo Papa João Paulo Segundo, que o Estado não deve interferir nos corpos intermediários da sociedade, senão para apoiá-los em caso de necessidade e ajudá-lo a coordenar a sua ação com os demais componentes sociais, com vistas ao bem comum. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. 2. ed. pp. 17-18.

29 HANSMANN, Henry. The Role of Nonprofit Enterprise in Rose Ackerman, Susan (org.). *The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and Policy*. New York: Oxford University Press, 1986. pp. 57-84. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 05/07/2013.

30 HANSMANN, Henry. The Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the

A ideia central da teoria, assim, é proteger o adquirente de um bem ou serviço do oportunismo de entidades lucrativas em “situações de severa assimetria de informações<sup>31</sup>”. Mas para que as restrições à distribuição de resultados realmente sejam úteis para essa finalidade, é preciso, de um lado, que as entidades lucrativas estejam dispostas a se aproveitar dessa oportunidade e, de outro, que o pessoal vinculado à entidade sem fins lucrativos efetivamente se comporte de forma esperada (não oportunista). Isso nem sempre se verifica na prática.

De fato, esses pontos têm sido levantados por algumas pesquisas que, com base em dados empíricos, têm questionado os pressupostos da teoria de Hansmann. A esse respeito, menciona Vasco Almeida:

“Antes de mais, repare-se que a consistência da teoria é construída a partir de premissas nunca questionadas por Hansmann. Porém, quando analisadas com algum cuidado perdem toda a robustez. Por um lado, a hipótese de que a condição de não distribuição dos lucros oferece uma garantia de proteção ao consumidor contra comportamentos oportunistas é, sem dúvida, exagerada (Bacchiega e Borzaga, 2003). Há uma grande variedade de estudos mostrando que, frequentemente, os interesses de diretores, gestores e empregados não estão alinhados com os interesses da organização. Por outro lado, a teoria repousa igualmente na assunção de que as empresas lucrativas que concorrem nos mesmos setores econômicos das ONL não têm interesse em construir uma reputação de não exploração dos consumidores. Em transações que se repetem ao longo do tempo, as consequências de um comportamento não cooperativo levam os produtores a ter interesse na construção de uma reputação que inspire confiança aos consumidores (Kingma, 2003: 84-85)”<sup>32</sup>.

---

U.S. Savings Bank Industry in H. Anheier and W. Seibel, eds., *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations* (de Gruyter, 1989). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

31 HANSMANN, Henry. *The Changing Roles of Public, Private, and Nonprofit Enterprise in Education, Health Care, and Other Human Services* in Victor Fuchs, ed., *Individual and Social Responsibility: Child Care, Education, Medical Care, and Long Term Care in America* (University of Chicago Press, 1996). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

32 ALMEIDA, Vasco. Estado, mercado e terceiro setor: A redefinição das regras do jogo. *Revista Crítica de Ciências Sociais do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de*

Uma análise dos motivos concretos que fundamentam a ideia de finalidade lucrativa, portanto, indicam que os objetivos buscados com a utilização deste critério nem sempre podem ser alcançados.

Essa constatação traz consigo alguns questionamentos que estão começando a aparecer de forma mais clara no Direito Administrativo. A título de exemplo, pode-se mencionar a opinião de Fernando Dias Menezes de Almeida, que entende ser “desprovido de sentido o critério – tantas vezes invocado na legislação e tão arraigado no senso comum dos gestores públicos e dos cidadãos em geral – da entidade sem fins lucrativos, para fins de uma contratação facilitada”<sup>33</sup>. Posição semelhante pode ser vista na obra de Jorge Miranda Ribeiro, na qual é feita uma crítica sobre as leis orçamentárias e a Lei de Responsabilidade Fiscal que, lidas em conjunto, vedam transferências voluntárias para entidades privadas com fins lucrativos<sup>34</sup>. Nesse mesmo sentido, ainda, é a opinião de Gustavo Alexandre Magalhães, que afirma: “para os beneficiários das atividades sociais realizadas é irrelevante a finalidade lucrativa que consta no contrato social, sendo também irrelevante para o Poder Público e seu partícipe no convênio específico celebra outros negócios jurídicos nos quais busque o lucro”<sup>35</sup>.

Vistos alguns problemas práticos decorrentes da utilização do critério da finalidade lucrativa, cumpre apresentar uma segunda linha de questionamentos ao conceito de mútuo interesse, que são dirigidos à verificação das atividades a que se dedica a entidade privada.

Como adiantado, um dos pressupostos para que se considere uma entidade privada como apta para celebrar convênios com o Poder Público é a comprovação de ser ela institucionalmente voltada para finalidades tidas como socialmente interessantes. Ocorre que esta ideia também apresenta problemas práticos quando transformada em critério de seleção do parceiro privado.

---

Coimbra. Coimbra: 2011. pp. 85-104.

33 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012. p. 250.

34 RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso Avançado de Convênios da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 29-30.

35 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos. Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

Em primeiro lugar, é preciso observar que há uma deficiência da aferição feita pelo Estado, via de regra resumida a uma análise eminentemente documental dos atos constitutivos da entidade. Sobre este ponto, observa Rita Tourinho, ao discorrer sobre o ato de certificação de entidades:

Percebe-se assim que, em regra, as normas legais que abordam a certificação de entidades do Terceiro Setor não atentam para a necessidade de se verificar a eficiência na efetiva atuação da entidade, através de laudos apresentados por pessoas designadas, dotadas de fé pública. Limitam-se apenas a exigir uma série de documentos, facilmente fraudáveis, sem checar a sua veracidade<sup>36</sup>.

Prova da insuficiência dessa verificação documental, aliás, pode ser notada na prática – relativamente comum no país – de se criarem entidades com objetos sociais abstratos e inespecíficos<sup>37</sup>.

---

36 TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro. In: MODESTO, Paulo (org.). *Nova Organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 2. ed. p. 333.

37 Veja-se, por exemplo, o objetivo social da entidade denominada Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, registrada como apta para celebrar convênios no SICONV: “Executar e estimular a aplicação de políticas públicas relacionadas ao trabalho, à saúde, educação, habitação e à proteção de direitos conquistados; fomentar e promover ações de incentivo à cultura, à defesa e à preservação do patrimônio histórico e artístico brasileiros; executar projetos de qualificação e requalificação de recursos humanos, para redução da pobreza e das desigualdades sociais; realizar ações nas áreas de saúde e de educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações; desenvolver ações para a promoção da segurança alimentar e nutricional, a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável; promover, incentivar e incrementar a atuação social por ações de voluntariado; planejar, promover, realizar, patrocinar, apoiar e coordenar cursos, conferências, conclaves, simpósios, seminários, congressos ou outros tipos de eventos, destinados à formação, à qualificação, ao treinamento e à especialização nos campos científico, técnico, econômico, social, cultural, profissional e político; editar, patrocinar ou participar de publicações que se destinem ao desenvolvimento científico, técnico, econômico, social, cultural, profissional e político; proceder experimentos, de forma não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego, renda e crédito; apoiar o desenvolvimento, a pesquisa e o intercâmbio de tecnologias sociais na perspectiva de subsidiar, fomentar, apoiar, organizar e prestar assistência ao movimento cooperativista; prestar assessoria jurídica gratuita e desenvolver projetos que contemplem a qualificação, a ressocialização e o acompanhamento de jovens e adultos privados de liberdade ou em regime de liberdade assistida; elaborar, coordenar e executar projetos e programas para crianças, adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade social; realizar pesquisas e estudos relativos a problemas que constituam instrumentalização do empoderamento social.”. Disponível em: <https://www.convênios.gov.br>. Acesso em: 24/07/2013.

Mas talvez o principal problema contido nessa concepção seja o fato de ela pressupor uma divisão clara e estanque entre o mercado e as organizações de interesse público.

A complexidade da sociedade contemporânea, com sua imensa teia de relações humanas, tem embaralhado uma série de ideias que até pouco tempo atrás eram muito bem definidas. A linha divisória entre interesses públicos e privados vem ficando menos evidente, o que, no campo econômico, tem implicado em uma mudança na conduta das empresas.

Se no início do século passado a única meta de uma empresa era aumentar o seu lucro, mais recentemente, a massificação das relações sociais tem feito aparecer novos questionamentos a respeito do impacto da atividade empresária sobre toda a realidade que a circunda. Nesse quadro, têm surgido estudos e teorias voltados para situar a empresa na realidade social em que ela habita, o que a faz considerar uma série de outros fatores além do lucro em seu processo decisório. Essa ideia tem sido definida como governança empresarial, muito bem sintetizada por Fábio Nusdeo nos seguintes termos:

a empresa era considerada como uma espécie de caixa-preta, ou seja, não se entrava a fundo na sua dinâmica interna e externa. Apenas sabia-se estar ela a maximizar o seu lucro.

Este enfoque revela-se, hoje, um tanto simplista e vem provocando, de há alguns anos para cá, sobretudo nos Estados Unidos, no Japão e na Alemanha, um movimento acadêmico de estudos e pesquisas voltado a abrir a caixa-preta, ou seja, a conferir como, realmente, agem e decidem as unidades empresariais, sobretudo as de maior porte. Seria somente a maximalização do lucro o seu único parâmetro?

(...)

a empresa moderna não pode – e normalmente não o faz – pensar em maximizar uma única variável, o lucro, mas sim procurar maximizar uma função complexa na qual entram diversas variáveis, das quais a mais importante, a longo prazo, continua sendo o lucro, mas não necessariamente o máximo, mas sim aquele compatível com as demais variáveis. Entre estas variáveis estão aquelas ligadas ao meio ambiente onde está localizada a empresa.<sup>38</sup>

38 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: RT,

E essa nova realidade tem empurrado empresas para diversas atividades relacionadas com a responsabilidade social que nada têm a ver com seu objeto principal. Um exemplo dessa realidade é o McDia Feliz, citado por Gustavo Alexandre Magalhães<sup>39</sup>, no qual uma empresa dedicada à venda de alimentos promove a doação dos lucros obtidos com a venda de sanduíches para instituições que tratam crianças com câncer.

Também é demonstração da complexidade da atividade empresarial na atualidade o denominado empreendedorismo social, que tem sido definido como uma forma de conciliar ações destinadas a promover interesses sociais com a atividade empresária. Ou, em outras palavras, uma forma de lucrar trabalhando para a comunidade. Um bom exemplo deste movimento no Brasil é o *site* denominado Solidarium, que intermedeia vendas de produtos produzidos artesanalmente pela internet. A ideia é de um grupo de jovens que criou uma plataforma para servir de loja virtual a artesãos. O “objeto social” da empresa, nas palavras dos próprios criadores, é o seguinte:

Nossa missão é construir um Brasil de verdade, rico em diversidade e não desigualdade. Por isso, valorizamos as pessoas, as histórias, o contexto de cada empreendedor e de cada comunidade. Vamos reescrever a história do nosso País e mostrar o que ele tem de melhor. Faremos isto com você, com seu produto, com sua vontade. Juntos, somos uma rede de embaixadores, clientes, produtores, artesãos, cooperativas, associações, artistas, lojas e muito mais!

---

2010. 6. ed. p. 260.

39 De fato, pode-se questionar se realmente não existe interesse da empresa McDonald's quando atua 'gratuitamente' em favor das crianças portadoras de câncer no 'McDia Feliz'. Embora seja evidente o caráter filantrópico na doação do lucro com a venda do sanduíche 'Big Mac' para crianças doentes, a empresa multinacional McDonald's não só auferir lucro nos outros 364 dias do ano com a venda do mesmo sanduíche 'Big Mac' (venda essa impulsionada pela campanha de marketing realizada por sua fundação desinteressada) como tem lucro aumentado no próprio dia da promoção ('dia da filantropia') em virtude do aumento das vendas de batatas fritas, sorvetes e refrigerantes. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos – Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 72.

Juntos, somos Solidarium<sup>40</sup>.

Outro exemplo que também ganhou certa notoriedade é o da empresa Saútil, dedicada a fornecer informações na internet sobre onde encontrar medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS. De acordo com reportagem publicada na Folha de S.Paulo, a empresa, que se situa declaradamente na fronteira entre as empresas tradicionais e as ONGs, faturou R\$ 250 mil em 2012 e previa receita de R\$ 1,5 milhão no ano seguinte, oriunda de publicidade e de um serviço de informações por telefone disponibilizado para assinantes<sup>41</sup>.

Se as circunstâncias sociais têm provocado mudanças nas atividades mercantis para aproximá-las de atividades de interesse público, também é possível identificar algumas alterações nas entidades sem fins lucrativos que as têm aproximado, em muitos aspectos, das empresas. Atualmente, a busca por receitas tem levado as não lucrativas a imitar alguns comportamentos de entidades tipicamente comerciais, como a cobrança de taxas dos usuários, o estabelecimento de parcerias com empresas<sup>42</sup> e o exercício de atividades auxiliares. A esse respeito, observou Burton A. Weisbrod, na obra “To Profit Or Not To Profit. The Commercial Transformation of the Nonprofit Sector”:

Novas atividades comerciais são o maior caminho aberto às entidades sem fins lucrativos para gerar renda adicional; e uma vez que estas entidades entram no reino dos produtos negociáveis, elas entram no domínio do mercado, onde vender produtos e serviços é a fonte mais importante de receitas.

(...)

Taxas dos usuários e receitas de atividades auxiliares – aquelas que

---

40 Disponível em: <http://www.solidarium.net>. Acesso em: 31/07/2013.

41 EMPRESAS unem missão social a negócios. Folha de S.Paulo, Mercado MPME, p. 1, 18 de agosto de 2013.

42 Sobre as vantagens das parcerias entre entidades lucrativas e não lucrativas, apontam Porter e Kramer: “parcerias a longo prazo com corporações serviriam para melhor aplicar a expertise e os ativos do setor lucrativo para alcançar objetivos sociais das não lucrativas. Assim como as companhias podem construir infraestrutura para que o setor não lucrativo alcance seus objetivos de forma mais efetiva, as não lucrativas podem se beneficiar da utilização da infraestrutura comercial”. PORTER, Michel E., KRAMER, Mark R. *The Competitive Advantage of Corporate Philantropy*. Boston: Harvard Busines Review. 2002.

não contribuem diretamente para a missão da organização, a não ser pelo lucro gerado – estão se multiplicando, cada uma com importantes efeitos colaterais. Taxas de usuários podem tornar o preço incompatível para alguns integrantes do grupo visado pela entidade. Atividades auxiliares podem afastar a não lucrativa da sua missão central<sup>43</sup>.

Olhando para essa mesma realidade e constatando um enfraquecimento dos limites entre os setores, afirma Kramer, ao se referir à experiência norte-americana:

Para compensar o declínio do financiamento governamental durante os anos 1980, muitas não lucrativas passaram a impor taxas, começaram a cobrar por serviços ou se converteram em lucrativas (Ryan, 1999; Salamon, 1993; Skloot, 1988). Outras criaram novas formas estruturais híbridas ou pseudo não lucrativas nascidas de subsidiárias comerciais (McGovern, 1989; Scotchmer and Van Benschoten, 1999). Ao mesmo tempo, várias empresas comerciais e industriais se converteram para a forma não lucrativa ou estabeleceram filiais não lucrativas (Claxton et al., 1997; Gray, 1997; Kuttner, 1997; Weisbrod, 1998). Por exemplo, nas décadas recentes empresas lucrativas expandiram sua participação em hospitais, casas de saúde, bem-estar infantil e creche e tratamento medicamentoso (Clarke and Estes, 1992; Geen and Pollak, 1999). Na educação superior, cerca de dois terços da renda das faculdades e universidades privadas é derivada de taxas e receitas de atividades comerciais, que produzem aproximadamente um bilhão de dólares por ano (Weisbrod, 1998). Esses novos padrões de expansão e comercialização levaram a uma convergência e a uma diluição das fronteiras dos setores. Porque a maioria dos serviços sociais são ou poderiam ser prestados por qualquer tipo de organização – pública, privada ou não lucrativa – o conceito tradicional de setor perdeu muito de seu poder teórico e analítico<sup>44</sup>.

Todos esses exemplos servem para demonstrar que as barreiras en-

---

43 WEISBROD, Burton A. *To Profit Or Not To Profit The Commercial Transformation Of The Nonprofit Sector*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

44 KRAMER, Ralph M. Alternative paradigms for the mixed economy: will sector matter? In: EVERS, Adalbert, LAVILLE, Jean-Louis. *The Third Sector in Europe*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 220.



tre o mercado e as atividades de interesse público estão deixando, cada vez mais, de ser claras. Esta circunstância torna imprecisas as técnicas de investigação da atividade a que se dedica a entidade, dificultando a sua utilização como critério de seleção, ou mesmo de identificação de interesses pretensamente mútuos.

Diante desse quadro, é possível arriscar o palpite de que, atualmente, as principais dificuldades para identificação do interesse mútuo para fins de convênio situam-se na circunstância de os pressupostos fundamentadores da ideia serem voltados para a apuração de características ou comportamentos da pessoa privada. Busca-se em critérios como a ausência da finalidade lucrativa e a dedicação a atividades de interesse público a segurança necessária para repassar recursos públicos por um regime mais flexível, o que acaba esbarrando em dificuldades práticas decorrentes da complexidade da realidade social.

A ausência de finalidades lucrativas não resulta, necessariamente, em maior proteção ao parceiro público, da mesma forma que a perquirição sobre as atividades a que se dedica a entidade privada (se seriam de interesse público ou não) tem resultados práticos muito reduzidos, exatamente em razão da riqueza da vida econômica e social.

## **7. Aumento das normas fundadas na distinção entre repasse e remuneração como indício das dificuldades apontadas**

Um indício de que a corporificação do interesse recíproco a partir de comportamentos e características da conveniente não tem funcionado da forma esperada pode ser encontrado no crescente número de normas destinadas a regulamentar a gestão interna da entidade privada.

Ao emprestar a simplicidade e a ausência de vínculos contratuais dos convênios para repassar recursos públicos a entidades privadas, o Poder Público teve de refinar a ideia de interesses recíprocos, o que foi feito mediante o emprego do conceito de ausência de finalidade lucrativa e da identificação de algumas atividades específicas.

A ausência de finalidade lucrativa é objeto de praticamente todas as normas relacionadas com convênios administrativos atualmente em vigor, como as leis orçamentárias, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Decreto nº 6.170/2007 e a Portaria Interministerial nº 507/2011. A veri-

ficação da atividade a que se dedica a entidade também é regulada pelas normas da União<sup>45</sup>.

Mas talvez pela insuficiência desses dois critérios, foi sendo notado um incremento das normas baseadas na distinção entre o valor repassado por convênio e o preço. Conforme relatado, também sobre a ideia de interesses comuns foi construída a concepção teórica de que os valores repassados por convênios a entidades privadas não poderiam ser confundidos com uma remuneração por serviços prestados. A consequência básica dessa concepção é que tais recursos deveriam ser considerados como públicos durante toda a execução do convênio.

Essa ideia gerou inúmeras restrições à vida gerencial das entidades privadas, que acabaram tornando-se sujeitas a condicionamentos muito parecidos com aqueles próprios das repartições públicas. Uma síntese do atual estado dessas restrições pode ser encontrada na Portaria Interministerial nº 507/2011, que, a partir do art. 57, dispõe sobre como as entidades privadas devem gerir os recursos recebidos por convênio. Vejamos:

#### DA CONTRATAÇÃO POR ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

Art. 57. Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação pré-

---

45 Na Portaria Interministerial nº 507/2011, mais recente ato normativo sobre o assunto na esfera federal, vários são os dispositivos nesse sentido:

Art. 1º, § 3º: “A descentralização da execução por meio de convênios somente poderá ser efetivada para entidades públicas ou privadas para execução de objetos relacionados com suas atividades e que disponham de condições técnicas para executá-lo.”;

Art. 10: “É vedada a celebração de convênios: VII - com entidades públicas ou privadas cujo objeto social não se relacione às características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio”;

Art. 18: “O credenciamento será realizado diretamente no SICONS e conterà, no mínimo, as seguintes informações: II - razão social, endereço, endereço eletrônico, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, transcrição do objeto social da entidade atualizado, relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e CPF de cada um deles, quando se tratar das entidades privadas sem fins lucrativos”.

Art. 22: “Para a realização do cadastramento das entidades privadas sem fins lucrativos será exigido: I - cópia do estatuto ou contrato social registrado no cartório competente e suas alterações”;

via de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade. Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Art. 58. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:

I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens; II - a convocação para cotação prévia de preços permanecerá disponível no SICONV pelo prazo mínimo de 5 (cinco) dias e determinará:

a) prazo para o recebimento de propostas, que respeitará os limites mínimos de 5 (cinco) dias, para a aquisição de bens, e 15 (quinze) dias para a contratação de serviços;

b) critérios para a seleção da proposta que priorizem o menor preço, sendo admitida a definição de outros critérios relacionados a qualificações especialmente relevantes do objeto, tais como o valor técnico, o caráter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade; e

c) prazo de validade das propostas, respeitado o limite máximo de sessenta dias.

III - o SICONV notificará automaticamente, quando do registro da convocação para cotação prévia de preços, as empresas cadastradas no SICAF que pertençam à linha de fornecimento do bem ou serviço a ser contratado;

IV - a entidade privada sem fins lucrativos, em decisão fundamentada, selecionará a proposta mais vantajosa, segundo os critérios definidos no chamamento para cotação prévia de preços; e

V - o resultado da seleção a que se refere o inciso anterior será registrado no SICONV.

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

I - quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.

§ 2º O registro, no SICONV, dos convênios celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subsequentes do instrumento, conforme previsto no art. 3º desta Portaria. § 3º Nos casos em que o SICONV não permitir o acesso operacional para o procedimento de que trata o caput, deverá ser realizada cotação prévia de preços mediante a apresentação de, no mínimo, 3 (três) propostas.

Art. 59. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV contendo, no mínimo, os seguintes elementos:

I - os documentos relativos à cotação prévia ou as razões que justificam a sua desnecessidade;

II - elementos que definiram a escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço;

III - comprovação do recebimento da mercadoria, serviço ou obra; e

IV - documentos contábeis relativos ao pagamento.

Art. 60. A entidade privada sem fins lucrativos beneficiária de recursos públicos deverá executar diretamente a integralidade do objeto, permitindo-se a contratação de serviços de terceiros quando houver previsão no plano ou programa de trabalho ou em razão de fato superveniente e imprevisível, devidamente justificado, aprovado pelo órgão ou entidade concedente.

Art. 61. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do sistema de registro de preços dos entes federados.

As normas realmente chamam a atenção. Não apenas pelo volume, mas também pelo conteúdo altamente restritivo da atividade privada. Ainda assim, o que merece ser destacado para complementar as críticas apresentadas no item anterior é o momento em que elas incidem. Uma boa olhada nesse grande número de normas revela que elas são destinadas a viabilizar um controle posterior à escolha da entidade.

Essa circunstância mostra um sinal importante de que os critérios de seleção utilizados talvez sejam, mesmo, insuficientes. Ou seja, se, mesmo depois de selecionar entidades sem fins lucrativos e dedicadas a atividades de interesse social, o Poder Público continua cercado de amarras toda a cadeia de atos praticados para aplicar os recursos repassados, há indícios de que o interesse identificado na entidade talvez não seja assim tão afinado com o do Estado.

## **8. Consequências**

De acordo com a hipótese apresentada nos itens anteriores, a influência da ideia de interesses recíprocos gerou um regime normativo voltado para identificar características e comportamentos das entidades privadas que teria por objetivo garantir a segurança necessária para que o Estado se utilizasse de um instrumento mais flexível de repasse de recursos públicos ao setor privado.

A insuficiência do modelo para oferecer a segurança esperada deu ensejo ao adensamento de outro feixe de normas, que, incidindo sobre um momento posterior à escolha da parceira, foram destinadas a impor controles e vínculos a toda a cadeia de atos praticados pela entidade privada com os recursos públicos recebidos.

O implemento desse grande número de normas, contudo, tem representado um peso significativo para as organizações privadas. O SICONV, sistema digital previsto no Decreto Federal nº 6.170/2007, que registra o cumprimento desse aparato normativo, tem sido alvo de críticas por parte dos funcionários e dirigentes das entidades.

No Relatório de Pesquisa denominado Modernização do Sistema de Convênio da Administração Pública com a Sociedade Civil, apresentado pelo Núcleo de Estudos Avançados em Terceiro Setor da PUC/SP ao Ministério da Justiça no Projeto Pensando o Direito, foram consoli-

dados os dados obtidos em entrevistas feitas com usuários do SICONV. Entre as críticas e sugestões, podem ser destacados: necessidade de aperfeiçoamento do mecanismo de cadastro e validação das entidades no SICONV; grande dificuldade para manter as certidões atualizadas no sistema; além do cadastro, a manutenção das certidões atualizadas demanda muito tempo da equipe da instituição; as capacitações em SICONV oferecidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, bem como o apoio do órgão público, não esclarecem todas as dúvidas e, não raro, são conflitantes entre si; a exigência de atestado de funcionamento por autoridade local demonstra caráter formalista e reforça a ideia de clientelismo; a comprovação de atuação de uma organização deveria se dar por meio de relatórios da entidade ou de declarações de outras entidades públicas e privadas, nacionais ou internacionais, bem como de especialistas da área de atuação; falta de uniformização dos procedimentos por parte dos diversos órgãos da administração gera dúvidas e muita duplicação de trabalho; o lançamento no sistema de notas fiscais e pagamentos é extremamente difícil, pela necessidade de se cadastrar cada um dos componentes de cada Nota Fiscal, o que consome grande parte do tempo das organizações nesta tarefa; dificuldades com o cadastro do relatório financeiro e inserção dos contratos; duplicidade de trabalho – fazer o processo de compra e depois registrar; é impossível cadastrar no SICONV na mesma sincronia da realização das atividades; dificuldade de inserir dados no sistema: os Ministérios às vezes têm que inserir novas abas para a entidade poder cadastrar dados; o SICONV não é aberto e tem perfis diferentes de usuário e acesso a informações diferentes, o que dificulta a interação com os Ministérios e o apoio às entidades usuárias pelos servidores; dúvidas sobre a interpretação: algumas despesas, num determinado projeto, podem ter caráter meramente administrativo e, em outros, assumem caráter técnico; a vedação à contratação celetista em convênios, apesar de não ter amparo legal, é uma prática consolidada na Administração Pública; o SICONV não se presta a ser um instrumento gerencial, pois não avalia nem pretende avaliar os resultados técnicos e qualitativos dos projetos nele cadastrados; grande dificuldade em lidar com o SICONV: falta de clareza e diferentes possibilidades de interpretação das solicitações, instabilidade do sistema na internet, que acabam exigindo, na prática, a disponibilização de uma pessoa para trabalhar exclusivamente nesta tarefa; os entendimentos e as orientações das áreas

técnica e de prestação de contas dos órgãos costumam ser contraditórios entre si, o que dificulta muito a escolha da organização sem fins lucrativos sobre como agir em determinadas situações<sup>46</sup>.

Note-se que a utilização da tecnologia e a ampla informatização dos processos não têm diminuído as dificuldades relacionadas com o cumprimento desse grande número de normas. Uma reflexão sobre as críticas e sugestões apresentadas mostra-se importante, porque a existência de todo esse arcabouço normativo revela pelo menos dois problemas concretos. O primeiro deles é a subversão da lógica que impulsionou a reforma gerencial dentro da qual o convênio com entidades privadas se insere. O segundo, inegavelmente ligado ao primeiro, é o aumento dos custos desta espécie de parceria.

De fato, a reforma gerencial promovida a partir dos anos 1990 objetivou a substituição da Administração burocrática por uma Administração gerencial. Os convênios com entidades privadas ocuparam um espaço importante nessa mudança de paradigma, porque sua regulamentação simples e voltada para o cumprimento de planos muito se afeiçoava aos objetivos da reforma, voltada, essencialmente, para a concentração nas metas em detrimento dos procedimentos.

O incremento das normas relativas aos convênios foi na direção do aumento do número e da minudência das regras, ou seja, da valorização dos procedimentos. Esta constatação evidencia uma inversão da lógica da reforma do Estado, porque o cumprimento dos planos e das metas foi sendo colocado em segundo plano e paulatinamente substituído pela necessidade de observância de um procedimento cada vez mais complexo. Ou seja, a Administração burocrática foi tomando (ou retomando) o lugar destinado à Administração gerencial.

O aumento dos custos decorrente dessa complicação dos procedimentos também é uma circunstância que merece realce. A redução do Estado produzida pelas reformas gerenciais tem um sentido claramente financeiro. Além de mais eficiência pela substituição da burocracia pelo controle gerencial, a utilização de parcerias com a iniciativa privada tem

---

46 Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/03/Volume-41.pdf>. Acesso em: 23/07/2013.

o objetivo de reduzir os custos da prestação direta pelo Estado de determinadas atividades.

Conforme aumentam os cuidados com procedimentos e obrigações decorrentes de minudências previstas na regulamentação, aumentam também os custos da parceria. Naturalmente, a cada preceito previsto na legislação deve corresponder uma atividade material de pessoas vinculadas à entidade privada ou ao Poder Público, seja para o cumprimento, seja para a fiscalização do seu atendimento. Isso custa dinheiro.

A complexidade do sistema normativo criado na matéria contrasta com a carência de estrutura do próprio Estado, que, comprovadamente, não tem se desincumbido sequer da função básica de examinar as prestações de contas dos convênios celebrados. Sobre o assunto, pode ser mencionado o Relatório de Levantamento do Tribunal de Contas da União nº 020.012/2010-1, que, após constatar um crescente número de prestações de contas não analisadas<sup>47</sup>, apontou:

Não obstante o farto arcabouço normativo e as cautelas que devem ser observadas nas decisões de aplicação dos recursos públicos, já tão escassos, o quadro que se constatou na administração pública federal é de desaparelhamento, em termos de recursos materiais, humanos e tecnológicos, para o bom desempenho das atividades, tanto desta quanto de todas as demais fases das transferências voluntárias.

É possível vislumbrar no modelo voltado para a aferição de características e comportamentos da entidade privada uma falta de clareza nos objetivos buscados pelas normas. Se a finalidade lucrativa e a dedicação a atividades específicas são critérios fluidos no atual contexto econômico e social, as normas formuladas com base nesses pressupostos necessariamente terão chances reduzidas de atingir seus objetivos.

Além disso, o grande número de normas destinadas a regular os aspectos internos da gestão dos recursos repassados para a entidade privada levanta o questionamento sobre os custos inerentes ao cumprimento de todo esse aparato normativo. Uma normatização excessiva pode,

---

47 De 2006 a 2009, esse número cresceu de 42.000 para mais de 50.000 prestações de contas não analisadas em convênios da União. Disponível em: [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). Acesso em: 15/07/2013.



inegavelmente, anular as principais vantagens buscadas pelo Estado com uma parceria dessa natureza. O engessamento da capacidade gerencial da entidade privada pode suprimir a leveza, a agilidade e a criatividade da iniciativa privada, ao mesmo tempo em que os altos custos envolvidos no cumprimento e na fiscalização dessas normas podem eliminar por completo as vantagens econômicas esperadas.

## **9. A Lei Federal nº 13.019/2014 e o novo marco regulatório das parcerias com organizações da sociedade civil**

A matéria ora estudada foi objeto de recente disciplina pela Lei Federal nº 13.019/2014. Resultado do aproveitamento de propostas de um grupo de trabalho promovido pela Presidência da República e fruto de intensos debates, o projeto foi aprovado no Senado em dezembro de 2013 e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde ganhou o número de PL 7168/2014. Após aprovação por esta Casa, a lei foi finalmente sancionada pelo Executivo Federal, em 31 de julho de 2014.

O objetivo do diploma – que tem sido chamado de marco regulatório do terceiro setor – é estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. A denominação e a disciplina dos convênios passam, nos termos da lei, a ser reservadas aos ajustes celebrados entre entes federados. Por outro lado, as parcerias entre Estado e entidades privadas passam a ser formalizadas por instrumentos denominados termos de colaboração ou de fomento.

Embora com nova denominação, os termos regidos pela lei não se diferenciam ontologicamente dos tradicionais convênios, sendo possível notar traços característicos destes institutos nos novos instrumentos criados pela lei.

A ideia de mútuo interesse continua a ser a essência do ajuste<sup>48</sup> e,

---

48 Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

(...)

V - emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:

(...)

embora regida por um processo objetivo e simplificado<sup>49</sup>, a escolha do parceiro privado segue orientada pela ausência de finalidades lucrativas<sup>50</sup> e pela investigação das atividades às quais a entidade, estatutariamente, é dedicada<sup>51</sup>.

Ainda que diversos dispositivos da lei sejam endereçados à preservação da autonomia da entidade privada em relação ao Poder Público, foram mantidos controles destinados a regular a gestão do dinheiro já nas mãos da entidade particular, como a previsão de um regulamento de compras aprovado pela Administração para as contratações de bens e serviços pela entidade privada<sup>52</sup> e as vedações a algumas espécies de despesas<sup>53</sup>. A circunstância já havia sido notada por um estudo elaborado pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas a respeito do anteprojeto que deu origem à lei, como pode ser notado do seguinte excerto:

Apesar de elevar a autonomia das organizações a princípio estruturante dessa relação e dar alguns passos nesse sentido, o anteprojeto recai no vício de estipular, de antemão, um conjunto de regras a determinar como elas podem e devem utilizar os recursos de origem pública que lhe foram transferidos. A prévia fixação de um limite para despesas administrativas (art. 35), a enumeração taxativa das despesas de caráter

---

b) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;

49 Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos, simplificados e, sempre que possível, padronizados, que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos órgãos da administração pública, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

50 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

51 Art. 33. Para poder celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por estatutos cujas normas disponham, expressamente, sobre:

I - objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

52 Art. 43.

53 Art. 45.

institucional que podem ser suportadas (art. 34) ou, ainda, a fixação de preceitos que precisam constar do regulamento “próprio” (sic) que a OSC utilizará para compras e contratações com recursos de origem pública (art. 28, parágrafo único) são emblemáticos nesse sentido.

O TFC, portanto, aperfeiçoa, mas não rompe com a cultura que dá excessiva atenção à forma como os recursos são gastos. E as OSCs, nesse contexto, permanecem sendo tratadas como *longa manus* da própria Administração Pública, e não como organizações com capacidade para decidir no melhor interesse do projeto. São reputados como legítimos apenas aqueles dispêndios que foram antecipadamente pactuados e aprovados pela Administração, e executados de acordo com procedimentos por esta estabelecidos; caso contrário, serão provavelmente glosados no futuro, independentemente de terem contribuído para o sucesso do projeto<sup>54</sup>.

A escolha por esse controle procedimental vem acompanhada da inevitável dependência de uma pesada máquina administrativa, fato comprovado pela previsão, na lei, da criação de um órgão específico para a realização de um monitoramento paralelo à prestação das contas devida pela entidade privada<sup>55</sup>.

Não caberia, neste trabalho, uma análise pormenorizada da nova lei. O que efetivamente se enquadra nos objetivos propostos é tão somente um exame de como e em que medida as críticas formuladas ao longo do texto continuarão a ser aplicadas a partir da vigência do novo marco. E nesses estritos termos, é possível dizer que, apesar de inegáveis avanços, a lei insiste em um sistema de seleção baseado em critérios anacrônicos, porque dissociados da atual realidade social e econômica. Talvez por apego à tradição sedimentada pelo uso desses mesmos critérios, o diploma também conserva um sistema de controle do uso

---

54 DORA, Denise. PANNUNZIO, Eduardo. Comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo grupo de trabalho “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”. Disponível em: [http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco\\_regulatorio\\_das\\_oscs.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco_regulatorio_das_oscs.pdf). Acesso em: 17/08/2013.

55 Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil.

privado dos recursos repassados, o que o torna vulnerável às críticas relacionadas com o custo de uma burocracia fiscalizatória nem sempre eficaz – como a experiência tem demonstrado – para as finalidades a que se destina.

## **10. Proposta de mudança do foco: das características da entidade para um objeto específico**

Vista de uma forma objetiva, a opção pelo estabelecimento de convênios apenas com entidades sem fins lucrativos e dedicadas a atividades de interesse público tem por objetivo reduzir possíveis riscos decorrentes de uma assimetria de informações. Ou seja, o Poder Público busca, na investigação de características específicas da entidade privada, uma maior segurança para repassar recursos públicos por um regime pretensamente mais flexível. Essa opção é reforçada por uma série de restrições à gestão dos recursos repassados destinadas a incidir em um momento posterior à escolha da parceira.

Mas, uma vez constatadas as dificuldades práticas da investigação pretendida e os custos inerentes ao sistema de amarras impostas à gestão privada, fica aberto o espaço para um questionamento mais franco sobre o sistema normativo existente.

Uma alternativa interessante que surge desses questionamentos é a possibilidade da mudança do foco escolhido para a caracterização do mútuo interesse. Uma vez constatadas as dificuldades para a redução dos efeitos de uma assimetria de informações pela investigação de comportamentos e características das entidades privadas, torna-se factível a proposta de substituição desses critérios de seleção por outros que se voltem exclusivamente ao objeto do convênio.

Ou seja, em vez de procurar entidades com interesses abstratamente comuns, buscar entidades interessadas em realizar um objetivo específico de interesse público. A ideia, que faz toda a diferença, pode ser inferida da opinião de Fernando Dias Menezes de Almeida: “para um convênio, importa a identificação de um parceiro que comungue a mes-

ma finalidade a ser atingida, finalidade definida em torno de um objeto contratual especificamente individualizado”<sup>56</sup>.

Uma mudança de foco nos moldes propostos permitiria que as normas deixassem de se voltar para as características e comportamentos das entidades privadas. Ao invés de buscar uma identidade de propósitos nas atividades alegadamente desempenhadas por uma pessoa privada, o Estado simplesmente elegeria um objeto específico e o colocaria à disposição de qualquer possível interessado. Em vez de investigar os mecanismos internos de distribuição de resultados da entidade, o Estado se ocuparia simplesmente de definir com clareza os encargos inerentes àquele objeto. Bastaria, por exemplo, excluir do montante repassado todas as despesas indiretas, ou, ainda, qualquer a margem de lucro embutido no preço, para que se verificasse a intenção de atuar de forma desinteressada.

A concentração no objeto em detrimento das características da entidade privada implica numa mudança essencial não apenas na forma de seleção do parceiro privado, mas em relação ao momento em que o controle estatal incide. Ao definir com clareza o objeto e os encargos envolvidos, o Estado passa a concentrar o controle em um momento prévio à celebração da parceria. O planejamento passa a ser a atividade de controle mais importante, na qual os riscos de qualquer disparidade de informações são eliminados pela precisa descrição tanto do objeto quanto dos encargos previstos.

Essa concepção libera o Poder Público dos atos materiais relacionados com a verificação das características da entidade e de uma série de vínculos destinados à gestão dos recursos repassados. Uma vez aprofundadas as cautelas com o planejamento e descritos todos os detalhes, custos, preços, etapas, fases de execução, há condições para a definição de metas claras. Se o Estado sabe perfeitamente o que quer, quanto custa e como é feito, terá condições para exercer uma fiscalização concentrada no cumprimento de metas e no atingimento de objetivos. Essa possibilidade foi expressamente aventada pelo Ministro Chefe da Controladoria

---

56 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012. p. 251.

Geral da União, Jorge Hage Sobrinho, que, diante das deficiências do controle estatal apontadas durante a CPI das ONGs de 2010, sugeriu:

Não seria o caso de passar-se a cogitar de um controle mais rigoroso de resultados e menos formalista na utilização das mesmas formas de execução da despesa e de comprovação da despesa? Esta é, a meu ver, a resposta possível em termos de alternativas para o futuro que eu coloco apenas como uma sugestão para o debate no foro adequado que é esta Comissão<sup>57</sup>.

A concentração dos esforços fiscalizatórios em aspectos burocráticos desperdiça os escassos recursos materiais do Estado e acaba prejudicando uma fiscalização séria na parte principal, que é o cumprimento das metas e o atingimento das finalidades almejadas pela parceria.

Se o Poder Público se ocupar de conhecer o objeto, terá condições de fixar metas de forma clara e inteligente. Metas claras e facilmente aferíveis simplificam a prestação de contas pela entidade privada, tornando mais fácil e menos onerosa a fiscalização pelo ente público. A mudança do enfoque proposta, portanto, significa utilizar o planejamento como instrumento de simplificação da normatização fiscalizatória, que assim pode passar a ser voltada exclusivamente para o cumprimento das metas e a realização do objeto.

Da concentração dos esforços no planejamento e na precisa descrição do objeto, ainda, surge um ambiente propício para o estabelecimento de critérios isonômicos e objetivos de seleção do parceiro privado. Preocupando-se exclusivamente com a capacidade da entidade para realizar um objeto bem delimitado, pode o Poder Público selecionar propostas mais concretas e, por que não, mais vantajosas do ponto de vista econômico.

Isso tudo não implica, necessariamente, no abandono da tradicional ideia de mútuo interesse inerente às concepções doutrinárias dos convênios e parcerias congêneres, mas apenas em uma nova forma de constatá-lo.

---

57 Relatório Final. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194594>. Acesso em: 10/06/2013.

## 11. Conclusão

O convênio com entidades privadas tem sido, em nossa história recente, um importante instrumento das concepções políticas que orientam o movimento de diminuição do Estado. Muito embora o fundamento destas ideias seja exatamente a simplificação da estrutura estatal para a concentração de recursos e esforços em setores tidos como fundamentais, não tem sido essa a essência das normas que veiculam tais alterações.

A análise do caminho percorrido pela normatização dos convênios revela que as regras aumentaram em número e em complexidade, num processo de sobreposição e adaptação de um regime originariamente concebido para regular relações entre entidades estatais.

A transposição desse regime propositalmente simples e flexível para parcerias com entidades privadas demandou uma sofisticação do mecanismo de escolha da parceira privada, o que foi feito mediante a investigação da finalidade lucrativa e da vinculação a determinadas atividades entendidas como de interesse público.

A fluidez dos conceitos e a insuficiência dos critérios de escolha evidenciaram a necessidade de incremento de controles posteriores à celebração da parceria, o que foi traduzido por um amplo leque de restrições endereçadas a amarrar a gestão dos recursos públicos já nas mãos da entidade privada.

O presente trabalho buscou chamar a atenção para as possíveis falhas dos critérios de escolha voltados para características ou comportamentos da entidade privada e também para o custo relacionado com a manutenção de um grande número de normas destinado a regular a gestão interna da parceira privada.

A proposta nascida dessas constatações é abandonar alguns métodos de investigação das características da entidade e os instrumentos de restrição à gestão interna da parceira privada para uma concentração das normas e dos esforços estatais no planejamento. Do conhecimento do objeto, espera-se que possam nascer tanto um processo seletivo isonômico e objetivo quanto metas mais claras e facilmente aferíveis pelo Poder Público.

Neste ponto, aliás, é preciso reconhecer que o trabalho não traz nenhuma novidade. O planejamento, como revela uma mera consulta à evolução normativa referida, é dever do administrador desde longa data. A definição do plano de trabalho e sua conjugação ao cronograma de desembolso, por exemplo, são mecanismos que remontam ao Decreto nº 93.872/1986.

O que de fato tem alguma originalidade e, efetivamente, representa o ponto central do trabalho é a proposta de fortalecer o controle pela simplificação normativa. O foco é, em última análise, estabelecer um debate sobre os critérios tradicionais de escolha do parceiro privado, do qual se espera possam surgir propostas voltadas para a concentração dos controles em normas mais simples e objetivas.

## 12. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

ALMEIDA, Vasco. Estado, mercado e terceiro setor: A redefinição das regras do jogo. *Revista Crítica de Ciências Sociais do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra*. Coimbra: 2011. pp. 85-104.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHESTERTON, C. K. S. *Tomás de Aquino*. 3. ed. Braga: Livraria Cruz, 1957.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DORA, Denise. PANNUNZIO, Eduardo. Comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo grupo de trabalho “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”. Disponível em: [http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco\\_regulatorio\\_das\\_oscs.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/marco_regulatorio_das_oscs.pdf). Acesso em: 17/08/2013.



FILHO, Marçal Justen. Parecer Elaborado Sobre a Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, julho/agosto/setembro, 2005, disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11/06/2013.

HANSMANN, Henry. The Role of Nonprofit Enterprise. In: Rose Ackerman, Susan (org.). The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and policy. New York: 1986. Oxford University Press, p. 57-84. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 05/07/2013.

\_\_\_\_\_. The Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the U.S. Savings Bank Industry. In: H. Anheier and W. Seibel, eds., The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations (de Gruyter, 1989). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

\_\_\_\_\_. The Role of Nonprofit Enterprise. In: Rose Ackerman, Susan (org.). The Economics of Nonprofit Organizations: Studies. In: Structure and policy. New York: 1986. Oxford University Press, p. 57-84. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 05/07/2013.

\_\_\_\_\_. The Economic Role of Commercial Nonprofits: The Evolution of the U.S. Savings Bank Industry. In: H. Anheier and W. Seibel, eds., The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations (de Gruyter, 1989). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/faculty/hansmannpublications.htm>. Acesso em: 06/08/2013.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos – Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social*. As-

*pectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Trabalho apresentado à Assembleia Geral Resumida das Nações Unidas sobre Administração Pública, outubro 1996*. Revista de Economia Política, Vol. 17, nº 3 (67) julho-setembro de 1997. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/67-3.pdf>. Acesso em: 09/09/2012.

PORTER, Michel E., KRAMER, Mark R. *The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy*. Boston: Harvard Business Review, 2002.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso Avançado de Convênios da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO, Rita. Terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro. In: MODESTO, Paulo (org.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005. p. 825.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 13. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

WEISBROD, Burton A. *To Profit or Not To Profit. The Commercial Transformation of the Nonprofit Sector*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.



# Os requisitos da aposentadoria voluntária no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social – um breve estudo à luz da jurisprudência administrativa da PGE/SP.

Juliana de Oliveira Duarte Ferreira<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Tempo de contribuição – 3. Tempo de efetivo exercício no serviço público – 4. Tempo de efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria – 5. Tempo no cargo e na carreira – 6. Tempo de efetivo exercício das funções de magistério – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

---

## 1. Introdução

Até o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, que alterou drasticamente o Regime Próprio de Previdência Social, não havia grande dificuldade na verificação do preenchimento dos requisitos exigidos para a caracterização do direito à aposentadoria voluntária, em regra fulcrada na simples contabilização do “tempo de serviço”.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo, Chefe da Consultoria Jurídica da São Paulo Previdência. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

A Reforma Previdenciária iniciada em 1998, contudo, superou o modelo de aposentamento pelo mero “tempo de serviço”, atrelando o direito à aposentadoria voluntária à exigência de um tempo mínimo de contribuição, a que agregou, além do requisito etário, as condicionantes relativas ao tempo de efetivo exercício no serviço público, e ao tempo no cargo em que se dará a inativação. Eis a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 20 ao artigo 40 da *Lex Legum*:

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 e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

[...] III - voluntariamente, desde que cumprido *tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria*, observadas as seguintes condições:

- a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
- b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

[...] § 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, “a”, para o professor que comprove *exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio*. (destaquei).

A seu turno, as Emendas Constitucionais n. 41/2003 e 47/2005, ao perpetrarem novas mudanças quanto ao tema, também contemplaram, em regras de cunho transitório, outros requisitos temporais à concretização do direito à aposentadoria – interstício mínimo de efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria e tempo mínimo na carreira. Confira-se:

Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003:

Art. 2º. Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver *cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria*;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

[...] § 4º O *professor*, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, *desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério*, observado o disposto no § 1º. [...]

[...]

Art. 6º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de

publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - *vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e*

IV - *dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.*

Emenda Constitucional n. 47, de 05 de julho de 2005:

Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - *vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;*

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo. [...]. (destaquei).

Nesse novo cenário, afora o requisito relativo à idade mínima, é possível apontar as seguintes condicionantes postas pelo Constituinte ao reconhecimento do direito à aposentadoria voluntária: (i) tempo de

*contribuição*; (ii) tempo de *efetivo exercício no serviço público* (artigo 40, § 1º, III, da CF/88; artigo 6º, da EC n. 41/2003; artigo 3º, da EC n. 47/2005); (iii) tempo de *efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria* (artigos 2º e 6º, da EC n. 41/2003); (iv) tempo no cargo em que se dará a aposentadoria (artigo 40, § 1º, III, da CF/88 e artigo 3º, da EC n. 47/2005); (v) tempo de carreira (artigo 6º, da EC n. 41/2003 e artigo 3º, da EC n. 47/2005); (vi) tempo, *exclusivamente, em efetivo exercício das funções de magistério* (artigo 40, § 5º, da CF/88 e artigo 2º, § 4º, da EC n. 41/2003).

Muito embora as expressões em questão sejam bastante utilizadas na rotina da Administração Pública há mais de uma década, o fato é que a fixação do sentido de cada uma delas ainda hoje não constitui tarefa singela. Senão, vejamos.

## 2. Tempo de contribuição

Com a consagração do sistema contributivo pela Emenda Constitucional n. 20/1998, a exigência de tempo mínimo de contribuição passou a figurar em todas as modalidades de aposentadoria voluntária. E, no § 10 do artigo 40 da Lei Maior, estabeleceu-se vedação expressa à contagem de tempo de contribuição fictício.

Todavia, é importante lembrar que, até então, tal requisito não figurava na Constituição. Por isso, fez-se necessário disciplinar a situação daqueles servidores que, tendo ingressado no serviço público antes da implementação da Reforma Previdenciária, não poderiam contar tempo de contribuição, exatamente por esta não lhes ser exigida. Nesse intuito, a Emenda Constitucional n. 20/1998 estabeleceu:

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal<sup>2</sup>, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Por força de tal regra, será computado como tempo de contribuição

---

2 § 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.



aquele que, antes do advento da lei disciplinadora da indigitada contribuição previdenciária, era considerado pela legislação de regência como tempo de serviço a ser contabilizado para fins de aposentação. Com isso, resguardou-se o direito adquirido à qualificação jurídica do tempo trabalhado na ordem anteriormente vigente, garantindo a plena observância aos ditames da Segurança Jurídica.

Ao discorrer acerca da regra transitória, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>3</sup> obtempera:

[...] como a Emenda está incluindo requisito novo para aposentadoria, referente ao tempo de contribuição, foi preciso considerar como tal o tempo de serviço já prestado anteriormente pelo servidor, sob pena de impor-se ao mesmo condições que, em determinadas situações de longo tempo de serviço já prestado, tornariam difícil ou mesmo inviável a aposentadoria; apenas se vedou seja considerado como tempo de contribuição o tempo de serviço ficto.

No Estado de São Paulo, a contribuição previdenciária mensal para custeio das aposentadorias foi instituída pela Lei Complementar Estadual n. 943, de 23 de junho de 2003, e começou a ser efetivamente cobrada a partir de 23 de setembro daquele ano.

Portanto, é certo que, quanto aos servidores paulistas que ingressaram no serviço público antes da implementação da cobrança das contribuições previdenciárias para custeio das aposentadorias, o tempo de contribuição será computado até 22 de setembro de 2003, considerando-se aquilo que a legislação então vigente qualificava como tempo de serviço para fins de aposentadoria; a partir de 23 de setembro de 2003, considerando-se as contribuições efetivamente creditadas pelo servidor.

Importante notar que, para a contagem de tempo de contribuição referente aos períodos anteriores a setembro de 2003, o estudo da legislação de regência da atividade então realizada pelo servidor cumpre papel essencial.

Com efeito, só podemos saber que determinada pessoa, que esteve na folha de laborterapia do Estado de São Paulo nos idos de 1976, faz

---

3 In: *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 571.

jus ao cômputo de tal período como tempo de contribuição, porque o artigo 3º da Lei Complementar Estadual n. 300/1982<sup>4</sup> autoriza a contagem do interstício como tempo de serviço público para efeito de aposentadoria<sup>5</sup>.

De igual maneira, apenas o recurso à Lei Municipal n. 10.901/1990<sup>6</sup> permite-nos concluir que o período em que determinado indivíduo prestou serviços junto ao MOBREAL, no Município de São Paulo, na década de 1980, pode ser computado como tempo de contribuição, porquanto qualificado por tal norma como tempo de serviço para fins de aposentadoria<sup>7</sup>.

A contagem de tempo de contribuição em período posterior à implementação da cobrança de contribuições previdenciárias para fins de aposentadoria no Estado, contudo, é naturalmente simples: basta verificarmos se de fato houve recolhimento do tributo.

### 3. Tempo de efetivo exercício no serviço público

A exegese do requisito referente ao tempo de “efetivo exercício no serviço público”, revela-se bem mais tormentosa.

Nesse ponto, há dificuldade mesmo no delineamento do termo “serviço público” que, para fins de caracterização do direito à aposentadoria, não há de ser tomado em sentido amplo, concernente à natureza da atividade desenvolvida<sup>8</sup>.

---

4 Artigo 3º - Será computado, para efeito de aposentadoria, o tempo durante o qual os servidores de que trata esta lei complementar tiverem prestado serviço ao Estado, na qualidade de integrante da folha de laborterapia.

5 Sobre o tema: Parecer AJG n. 1708/2006.

6 Artigo 1º - O tempo de serviço prestado junto ao antigo MOBREAL – Movimento Brasileiro de Alfabetização, no Município de São Paulo, será computado para os efeitos de aposentadoria, disponibilidade, adicionais por tempo de serviço e sexta-parte.

Parágrafo único - Para os efeitos deste artigo, serão considerados os serviços que comprovadamente tenham sido prestados ao antigo MOBREAL.

7 Nesse sentido: Parecer PA n. 449/2004.

8 José dos Santos Carvalho Filho conceitua serviço público, em sentido lato, como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (*Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 305).

Releva notar, nos dispositivos adrede transcritos, que o Constituinte se valeu de tal expressão para estabelecer condicionante de um direito inerente aos ocupantes de cargos públicos efetivos ou vitalícios, àqueles que se vinculam ao Regime Próprio de Previdência, circunstância esta que há de servir como baliza interpretativa do termo. Lembre-se: a fixação do sentido das palavras utilizadas pelas normas jurídicas deve ter por norte o contexto em que inserido o comando normativo<sup>9</sup>.

Por isso, a Procuradoria Administrativa, em diversas oportunidades em que instada a manifestar-se quanto ao tema, lançou mão do estabelecido no artigo 76, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado<sup>10</sup>, *verbis*:

Artigo 76 - O tempo de serviço público, assim considerado o exclusivamente prestado ao Estado e suas Autarquias, será contado singelamente para todos os fins.

Parágrafo único - O tempo de serviço público prestado à União, outros Estados e Municípios, e suas autarquias, anteriormente ao ingresso do funcionário no serviço público estadual, será contado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

Ou seja, considerando que o direito à aposentadoria fulcrada no Regime Próprio socorre somente os ocupantes de cargos efetivos e vitalícios, entende-se que apenas o serviço público prestado no âmbito das pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações autárquicas<sup>11</sup> –, originaria-

9 Carlos Maximiliano adverte que “a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte...” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 106).

10 Nesse diapasão, dentre outros, os Pareceres PA-3 n. 290/1999, PA-3 n. 277/2000, PA-3 n. 91/2001.

11 Curial recordar que, embora ao Estado seja legítimo instituir fundações tanto subordinadas ao Código Civil quanto afetas ao regime jurídico administrativo, quando terão natureza autárquica, apenas estas últimas constituem pessoas jurídicas de direito público. Para melhor compreensão da distinção entre tais entes, recomenda-se a leitura do Parecer PA n. 144/2008, da lavra da Dra. Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, do qual se extrai: “É orientação da Procuradoria Geral do Estado que “a natureza jurídica de cada fundação instituída pelo Poder Público deve ser perquirida casuisticamente, a partir da análise da lei instituidora e respectivos estatutos.” O Parecer PA-191/2007 invoca ainda o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO no sentido de que o Estado quando institui fundação pode atribuir a ela regime jurídico-administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, com derrogações

mente concebidas para agregar servidores admitidos sob o regime de cargos efetivos, há de ser admitido para fins de aposentação.

É o que leciona a doutrina desde momento antecedente às Reformas Previdenciárias mencionadas:

O tempo de serviço público prestado a qualquer das entidades estatais, por determinação constitucional, será integralmente computado para a aposentadoria e a disponibilidade (Const. Rep., art. 40, § 3º) [...]. Serviço público é o prestado a entidade pública – União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações públicas – de modo que, nos termos do preceito constitucional, não é computável o tempo de serviço prestado a entidades paraestatais, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que não são entes públicos, mas organizações de direito privado, salvo quando declarado por lei especial do estabelecimento prestador de serviço público<sup>12</sup>.

Por serviço público deve ser entendido o prestado a qualquer das pessoas públicas (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município, autarquia e fundação pública). [...]<sup>13</sup>

---

por normas de direito público, devendo ser extraída do exame da lei instituidora e dos respectivos estatutos a natureza jurídica – pública ou privada. Assim, temos fundações de direito público que nada mais são do que uma modalidade de autarquia (autarquia fundacional), que, no regime jurídico de direito público, têm no princípio da legalidade um de seus pilares, e fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo Poder Público (entidades com personalidade privatística nas quais, por exemplo, os planos de funções e salários não são fixados por lei, mas sim aprovados pelo Governador mediante proposta da Fundação). O Grupo de Trabalho criado pela Portaria GPG nº 212, de 07.10.1988, em parecer publicado no segundo volume de pareceres sobre a “Aplicação da Nova Constituição Federal”, expressou o seguinte: “O cerne da questão aqui examinada reside efetivamente na distinção entre as chamadas fundações públicas e as fundações de direito privado criadas pelo Estado. A admitir-se que se trate de duas realidades diferentes, o regime jurídico a que terão que se submeter haverá de ser também distinto.” (p. 84) “Dada a diversidade de locuções utilizadas pela Constituição Federal para referir-se às fundações, parece que não se pode igualar o significado de fundação utilizando-o indistintamente em qualquer caso. Em outras palavras, haverá de extrair-se, em cada caso concreto, o tipo de fundação a que faz referência determinado dispositivo.” (p. 86) “As fundações de direito público se distinguem das fundações de direito privado, ainda que estas últimas tenham sido instituídas e sejam mantidas pelo Poder Público, porque as primeiras não ficam sujeitas às regras do Código Civil concernentes às fundações.”

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 384.

13 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 148.

Opta-se, portanto, quando o assunto é aposentadoria no âmbito do Regime Próprio de Previdência, pela *acepção subjetiva* do termo “serviço público”, albergada, dentre outros, pelo Parecer PA-3 n. 211/1999<sup>14</sup>, *verbis*:

9 - A Caixa Econômica Federal é empresa pública federal. [...] 9.1 - Tratando-se de empresa pública, o tempo de trabalho dedicado à Caixa, em consonância com a lição doutrinária colacionada, não é tempo de serviço público, por não haver sido prestado a entidade pública (União ou suas autarquias corporativas ou fundacionais), mas a organização com personalidade jurídica de direito privado.

[...]10 - O entendimento ora preconizado, no sentido de ser inviável o cômputo, para todos os fins, de tempo de serviço prestado a empresa pública, está em consonância com orientação há anos assente no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

Recentemente, por meio da aprovação do Parecer PA n. 105/2013<sup>15</sup>, a Procuradoria Geral do Estado reafirmou a orientação de que apenas os períodos de labor perante a Administração Direta, suas autarquias e fundações públicas poderá ser computado como tempo de serviço público para fins de preenchimento do requisito em foco.

Do opinativo, colhe-se o seguinte trecho, que em muito auxilia na compreensão do assunto:

É desimportante, isto precisa ficar bem compreendido, o tipo de atividade desempenhada pela pessoa jurídica a que se vincula o agente público. Ainda que essa pessoa seja prestadora de serviço público – aqui, sim, compreendido como atividade destinada à satisfação da coletividade – e não de atividade econômica, não será o agente *servidor público* nem desempenhará ele mesmo *serviço público*, na acepção de que cuidamos, se não estiver vinculado ao Estado ou a seus entes autárquicos.

Fixado o sentido a ser conferido à expressão “serviço público” para fins de aposentação no bojo do Regime Próprio de Previdência, torna-

---

14 Parecerista Dra. Patrícia Ester Fryszman.

15 Parecerista Dr. Demerval Ferraz de Arruda Junior.

-se necessário estabelecer o que vem a ser o “exercício” a que se refere o Legislador Constituinte no mesmo contexto.

Ora, de acordo com o artigo 57 da Lei Estadual n. 10.261/1968, “exercício é o ato pelo qual o funcionário assume as atribuições e responsabilidades do cargo”. E, no dizer de Hely Lopes Meirelles<sup>16</sup>, “é o exercício que marca o momento em que o funcionário passa a desempenhar legalmente suas funções”.

Sendo assim, infere-se que, ao exigir interstício mínimo de “exercício” no serviço público para aquisição do direito à aposentadoria voluntária, o Constituinte está determinando que o cômputo de tal período abarque somente o tempo em que o servidor desempenhou as atribuições inerentes à função pública.

Mas o Constituinte Reformador, ao editar a Emenda Constitucional n. 20/1998, não se satisfaz em exigir mero “exercício no serviço público”, impondo que tal exercício seja “efetivo”.

Segundo o entendimento assentado pela Procuradoria Geral do Estado, a tal vocábulo deve ser conferido o sentido de “real”, de maneira que apenas há de ser contabilizado como “efetivo exercício no serviço público” o “tempo de exercício real aí incluídos eventos comuns a todos os servidores, que se verificam em condições de normalidade e têm assento constitucional (exemplo: períodos de férias, dias de repouso semanal remunerado e feriados)”<sup>17</sup>.

Tal orientação tem origem no Parecer PA-3 n. 70/1993, que cuidou de delinear o sentido do termo “efetivo exercício” no cerne do artigo 41 da *Lex Legum*, antes mesmo da Reforma Previdenciária que se valeu da mesma expressão para estabelecer novos requisitos à aquisição do direito à aposentadoria voluntária. Da referida peça opinativa, de autoria do Dr. Carlos Ary Sundfeld, extrai-se:

[...] no que tange ao tempo para aquisição da estabilidade, a Carta exige o efetivo exercício e, sem violá-la, não se pode aceitar que o legisla-

16 *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 465.

17 Despacho de aprovação do Parecer PA n. 05/2006, aposto pela então Subprocuradora Geral da Área da Consultoria Jurídica, Dra. Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi.

dor, através de ficções arbitrariamente construídas, custeie a exigência constitucional. Em outros termos: se a Constituição usou de palavra com um sentido comum e se não deferiu expressamente à lei o poder de redefini-la – e mais: se o fez de modo eloquente – deve-se entender que a interpretação do preceito em que inserida há de considerar o sentido comum.

[...] Daí a conclusão de que só podem ser computados, para fins de integralização do estágio probatório, os períodos de exercício real, efetivo, concreto, no específico cargo em que o servidor tenha sido admitido. Daí, também, a *impossibilidade de cômputo de tempo de exercício ficto*, mesmo que, para outros fins (como aposentadoria, adicional por tempo de serviço, férias etc.), o legislador o considere como de efetivo exercício.

Assim, não podem ser contados:

[...] d) Tempo de afastamento, licença ou ausência do cargo – pois, nesse período, o servidor não está no efetivo exercício do cargo no qual deve ser avaliado. (destaquei).

Vale dizer, o Parecer PA-3 n. 70/1993 deixou consignado que, por imperativo do artigo 41 da Constituição Federal, as normas infraconstitucionais que equiparam determinados dias não trabalhados a dias de efetivo exercício de serviço público não haverão de ser aplicadas para fins de cômputo do interstício necessário à aquisição de estabilidade no cargo. Ressalvados os afastamentos próprios de “um ano de trabalho normal” (férias, repouso semanal remunerado e feriados) e aqueles intimamente ligados ao exercício do cargo (dias de trânsito, afastamento para missão ou estudo de interesse público, ou para congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos), nenhuma forma de “exercício ficto” poderia ser admitida para tal propósito.

Ora, com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, considerando que as expressões utilizadas pela Carta Política merecem aceção uniforme ao longo do Texto Magno, a Procuradoria Geral do Estado não titubeou ao aplicar ao termo “efetivo exercício”, agora contido no artigo 40, § 1º, III, da Constituição Federal, o mesmo sentido estabelecido no mencionado opinativo. Empregou-se, *in casu*, o método sistemático de interpretação.

Nesse sentido, o Parecer PA n. 05/2006, da lavra do Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio, afirmou a inviabilidade do cômputo do período de afastamento para exercício de mandato eletivo como tempo de “efetivo exercício” no cargo público. E, seguindo a mesma linha de raciocínio, o Parecer PA n. 274/2006, de autoria da Dra. Patrícia Ester Fryszman, estabeleceu:

[...]10.1 - Tendo em vista, porém, o sentido restritivo que a jurisprudência do STF e o entendimento prevalente na PGE têm atribuído à expressão “efetivo exercício”, quando constante do texto constitucional, consideramos que o tempo de licença para tratamento de saúde, mesmo quando puder ser considerado “tempo de contribuição”, não poderá ser considerado como “tempo de efetivo exercício no serviço público” para fins de aposentadoria. (destaques e grifos no original).

Disso deflui que, por força da orientação vinculante emanada da Procuradoria Geral do Estado, não haverão de ser computados como efetivo exercício no serviço público, para fins de contabilização do interstício mínimo exigido, os períodos de afastamento para gozo de licença saúde e faltas médicas.

Tal entendimento, reafirmado com a aprovação do Parecer PA n. 50/2012<sup>18</sup>, encontra eco na seara doutrinária, valendo transcrever as lições de Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>19</sup> que, ao tratar do requisito em mira, discorre:

Para a aposentadoria voluntária com proventos integrais são quatro os requisitos:

a) O primeiro requisito a ser cumprido é o *tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público*. Esta é uma das formas de carência para a concessão do benefício. Este tempo não precisa ser necessariamente contínuo, pode também ser descontínuo, desde que a soma resulte no mínimo de dez anos. Este tempo também não precisa ser na mesma unidade federada, desde que seja de efetivo exercício em serviço público de qualquer das unidades federadas, já que se admite a

18 Parecerista Dr. Demerval Ferraz de Arruda Junior.

19 *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. Paraná: Juruá Editora, 2011. pp. 173-174 (destaquei).



contagem recíproca dos tempos de serviços públicos (CF, art. 40, § 9º). *Ainda, deve ser ressaltado que se exige efetivo exercício no serviço público, de forma que as licenças não se computam para essa modalidade de aposentadoria.*

Novamente recorrendo às lições traçadas no Parecer PA n. 105/2013, é possível afirmar que, em suma, o preenchimento do requisito de tempo mínimo no *efetivo exercício no serviço público* exige:

a) a pendência de um vínculo profissional, ou de vínculos sucessivos, com a União, os Estados ou os Municípios ou respectivas descentralizações de direito público, condição satisfeita por quem seja servidor público, como sujeito exercedor de serviço público; b) o exercício real em concreto, nos termos da jurisprudência administrativa antes mencionada, das atribuições inerentes a esses mesmos vínculos.

#### **4. Tempo de efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria**

Antes de iniciar o estudo da exigência de tempo mínimo de “*efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria*”, cumpre esclarecer que apenas os servidores interessados em alcançar a aposentadoria nos termos dos artigos 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003 deverão observá-la.

De fato, embora a redação do artigo 40 da Constituição Federal dê margem a dúvidas quanto à incidência desse requisito nas aposentadorias por ele disciplinadas, com a aprovação do já mencionado Parecer PA n. 105/2013 assentou-se o entendimento de que essa norma exige mero vínculo ao cargo, e não “*efetivo exercício*” no cargo. Eis as lições extraídas do opinativo:

21. Temos para nós que, desta vez, o constituinte não exigiu efetivo exercício, o que significa afirmar que se contentou com o mero fato jurídico do vínculo em caráter efetivo, por cinco anos, do servidor com o Estado.

22. Rejeitamos a hipótese de eclipse – “dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos [de efetivo exercício] no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria” – pela simples razão de que o legislador

não se pauta por questões estilísticas, muito menos é dado a figuras de linguagem.

23. Comparada a outras disposições constitucionais em que textualmente se lê “*cinco anos de efetivo exercício no cargo*” (v. os artigos 2º e 6º da Emenda 41/2003), a redação do artigo 40, parágrafo 3º, III, há de ser desvendada como um silêncio eloquente do constituinte: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (“quando a lei quis determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”).

Esclarecido o ponto, curial perceber que, embora muitas das considerações traçadas no tópico anterior possam ter valia no exame do requisito em estudo, o termo “efetivo exercício *no cargo efetivo* em que se dará a aposentadoria” abrange um espectro de situações bem mais estreito que a expressão “efetivo exercício no serviço público”. Enquanto esta abarca diversas possibilidades de vínculos entre o servidor e a Administração, aquele alcança somente o vínculo efetivo em que o indivíduo pretende alcançar a inatividade.

Quanto ao tema, é entendimento pacífico no âmbito da Procuradoria Geral do Estado que o efetivo exercício do cargo “exige o desempenho real e concreto das funções do cargo durante o interregno previsto em lei”<sup>20</sup>.

Donde se extrai que resta obstado o cômputo, como tempo de “efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria”, de todos os períodos de afastamento em que o servidor deixa de exercer as funções inerentes a tal vínculo.

Inviável considerar, desta feita, o afastamento para exercício de mandato eletivo como “efetivo exercício no cargo efetivo”. Em tal situação não há, por óbvio, exercício das funções inerentes ao cargo em que se dará a aposentadoria.

Analisando a questão, o já referido Parecer PA n. 05/2006 foi incisivo ao afastar a incidência do artigo 38, IV, da Constituição Federal para fins de contabilização do tempo de exercício no cargo efetivo. De acordo com o douto autor da peça opinativa, a ficção prevista em tal norma

---

20 Pareceres PA-3 n. 70/1993 e 279/1994.

verga-se diante da exigência de “efetivo exercício no cargo”, prevista no artigo 40 da Lei Maior.

Convém atentar, todavia, para uma peculiaridade apontada no Parecer PA n. 258/2004<sup>21</sup>: embora os afastamentos lastreados nos artigos 65/67 da Lei Estadual n. 10.261/1968<sup>22</sup> em regra não integrem o cômputo do tempo de “efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria”, em se tratando de *afastamento meramente geográfico*, no qual o servidor permanece exercendo as funções inerentes a seu cargo, o período haverá de ser incluído na contagem. Atente-se: o efetivo exercício do cargo se dá sempre que o servidor desenvolve as funções inerentes ao cargo efetivo, independentemente do local em que o faz.

Eis as lições traçadas no aludido opinativo, que obteve integral aprovação das instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado:

Em tese o servidor pode ser afastado de seu local de trabalho para exercer seu cargo em outro por necessidade do serviço público. Em geral, no entanto, os afastamentos ocorrem para que ele exerça outros cargos ou funções em órgãos, entidades ou poderes diversos. Por conseguinte, é indispensável, a meu ver, correta e precisa análise da finalidade do afastamento. Se o servidor foi afastado do local de seu exercício para desempenhar as funções de seu cargo em outra localidade, continuou no exercício do cargo por ele titulado, descabendo, assim, aludir-se a afastamento funcional, não surtindo o deslocamento geográfico qualquer efeito para a finalidade ora sob exame. No entanto, se o afastamento do servidor foi autorizado para que ele prestasse a outro órgão, entidade ou poder serviços de natureza diversa das funções de seu cargo, então o lapso tempo-

21 Parecerista Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio.

22 Artigo 65 – Nenhum funcionário poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquela em que estiver lotado, salvo nos casos previstos nesta lei, ou mediante autorização do Governador.

Artigo 66 – Na hipótese de autorização do Governador, o afastamento só será permitido, com ou sem prejuízo de vencimentos, para fim determinado e prazo certo.

Parágrafo único – O afastamento sem prejuízo de vencimentos poderá ser condicionado ao reembolso das despesas efetuadas pelo órgão de origem, na forma a ser estabelecida em regulamento. (NR).

Artigo 67 – O afastamento do funcionário para ter exercício em entidades com as quais o Estado mantenha convênios, reger-se-á pelas normas nestes estabelecidas.

ral correspondente não pode ser computado para satisfação do requisito constitucional de um quinquênio de efetivo exercício do cargo.

Seguindo a mesma trilha, o recente Parecer PA n. 20/2013<sup>23</sup> fixou orientação no sentido de que os períodos de afastamento em que o servidor apenas agrega novas atribuições às atividades inerentes ao cargo de origem devem ser computados como tempo no exercício deste. Confira-se:

*Nem sempre o servidor titular de cargo de provimento efetivo designado para função pública normalmente retribuída por gratificação ou pro labore abandona com isso o exercício real das atribuições de seu posto de origem. Isto porque, assim como existem funções na Administração que encerram um conjunto autônomo de competências, outras há cujo conteúdo ocupacional é apenas complementar das atribuições dos cargos de quem as vem a preencher. São todas, para a Constituição vigente, funções de confiança, embora ainda se distingam, no ordenamento infraconstitucional, sob o ponto de vista da suficiência de sua composição formal.*

Em resumo, o requisito relativo ao tempo mínimo de efetivo exercício do cargo efetivo em que se dará a inativação deve ser cumprido no real desempenho das funções inerentes ao respectivo cargo, ainda que isso se verifique durante afastamento meramente geográfico, ou designação em que o servidor simplesmente agrega novas atribuições.

## **5. Tempo no cargo e na carreira**

A interpretação das condicionantes referentes ao “*tempo na carreira*” e “*tempo no cargo*” já apresenta menor grau de dificuldade.

Com efeito, de acordo com entendimento assente na Procuradoria Geral do Estado, o tempo na carreira é aquele em que o servidor mantém vínculo com a carreira na qual pretende a aposentação, ainda que não desempenhe as funções a ela inerentes. Na lição do Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio, exarada no sempre citado Parecer PA n. 05/2006, basta, aqui, que o servidor continue “pertencendo aos quadros da respectiva carreira”.

---

23 Parecerista Dr. Demerval Ferraz de Arruda Junior.

E, conforme posição firmada pela Procuradoria Geral do Estado no bojo da aprovação do aludido Parecer PA n.05/2006, o tempo no cargo é o período em que o servidor mantém a titularidade do cargo, ainda que não exerça as funções a este atinentes.

Por isso, tem-se que os afastamentos e licenciamentos vivenciados ao longo da vida funcional do servidor em regra não repercutem na aferição do preenchimento dessas condicionantes.

Quanto ao requisito de tempo mínimo na carreira, faz-se mister atentar para alerta constante do Parecer PA n. 123/2004<sup>24</sup>, elaborado por ocasião do advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, do qual se extrai:

1. Se o(s) cargo(s) não é (são) estruturado(s) em carreira, o requisito estatuído pelo inciso IV, do art. 6º, da EC 41/2003, não pode ser cumprido; suficiente, assim, a satisfação do outro (5 anos de efetivo exercício no cargo).

O entendimento, reafirmado na manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria ao analisar o recente Parecer PA n. 52/2013, parte da premissa de que não cabe ao intérprete impor condição não prevista no texto, e exigir de quem exerce cargo isolado que cumpra, no cargo, a carência relativa ao tempo de carreira.

Especificamente com relação à exigência de tempo mínimo no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, o mesmo Parecer PA n. 123/2004 ponderou:

2. Se os cargos estão dispostos em níveis, entendo que os 5 (cinco) anos exigidos devem ser satisfeitos no nível em que deva ocorrer a inatividade. Essa interpretação já foi adotada no Parecer PA-3 n. 32/2000, mas não restou acolhida pelo Procurador Geral. Posteriormente foi renovada no Parecer PA-3 n. 103/2001, aprovado pelo Procurador Geral sem, no entanto, explicitar se revia a orientação antes estabelecida.

---

24 Parecerista Dra. Ana Maria de Oliveira Toledo Rinaldi.

Tal orientação foi reafirmada no Parecer PA n. 69/2010<sup>25</sup> e, malgrado o Supremo Tribunal Federal esteja acenando em sentido oposto, do ponto de vista técnico não há razões para alteração do entendimento vigente.

Com efeito, tanto a interpretação literal quanto a interpretação teleológica das normas que contemplam o requisito impõem a conclusão de que, se os cargos estão dispostos em níveis ou classes, os cinco anos de efetivo exercício devem ser satisfeitos no nível ou classe em que ocorrer a inatividade.

De rigor lembrar que, em diversas carreiras estruturadas em níveis ou classes, a ascensão de um nível a outro, ou de uma classe a outra mais elevada, constitui forma de provimento derivado, implicando efetivamente a alteração do cargo do servidor<sup>26</sup>.

Ora, quando o constituinte exige que, para obter direito à aposentação, o servidor deve cumprir carência equivalente a cinco anos de efetivo exercício do cargo efetivo “em que se der a aposentadoria”, decerto não se refere ao cargo em que se deu o provimento originário, como vem sustentando o STF, mas ao cargo em que irá ocorrer a inativação.

Entender de modo diverso implicaria despir de qualquer utilidade o termo “em que se der a aposentadoria”, expediente proscrito na seara da hermenêutica jurídica, na qual ainda vigora o velho brocardo “*verba cum effectu, sunt accipienda*”.

Logo, é certo que a interpretação literal das normas em foco conduz à conclusão de que, nas hipóteses nas quais a ascensão a outro nível ou classe implica alteração de cargo, para que o servidor possa obter o jubramento no cargo ocupado no novo *status*, deverá exercê-lo ao menos por cinco anos. Caso contrário, a aposentadoria deverá ocorrer no cargo anterior, se o servidor o exerceu por tal período.

---

25 Parecerista Dr. Elival da Silva Ramos.

26 É certo que, por conta do disposto no artigo 37, II, da CF, há doutrina e jurisprudência no sentido de que a alteração de nível/classe não configuraria mudança de cargo. Todavia, a maioria dos doutrinadores vislumbra nesta movimentação do servidor autêntica mudança de cargo que, contudo, não fere a exigência de concurso público prevista na Lei Maior, na medida em que o funcionário persiste na mesma carreira.

Note-se que não é outra a conclusão a que se chega a partir da exegese teleológica das normas que contém a exigência de “cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria”.

Decerto, com tal requisito, objetivou o Constituinte Reformador impedir que, nos cinco anos anteriores à inativação, as contribuições previdenciárias fossem calculadas sobre os vencimentos do cargo de remuneração inferior àquele que servirá de parâmetro para o cômputo dos proventos da aposentadoria, o que prejudicaria o equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas previdenciários.

E, se uma das razões de ser do requisito em estudo é estabelecer um tempo mínimo de contribuição sobre a base estipendiária que equivalerá aos proventos da aposentadoria, o fato de o provimento originário do servidor ter ocorrido há mais de cinco anos não basta ao cumprimento de tal exigência, na medida em que às sucessivas alterações de nível ou classe correspondem também níveis remuneratórios mais elevados.

Ou seja: nas carreiras estruturadas em níveis ou classes, o requisito de “cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria” deve ser satisfeito no exato nível/classe em que ocorrer o jubramento, porquanto a cada nível/classe equivale efetivamente um novo “cargo”, com nova remuneração. Nesse sentido, a Corte Bandeirante:

MANDADO DE SEGURANÇA – Agente de Segurança Penitenciário – Aposentadoria voluntária em classe inferior a qual ocupava enquanto em atividade – Legalidade – Não preenchimento do requisito de cinco anos de efetivo exercício no mesmo cargo (CF, artigo 40, parágrafo 1º, III) – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação nº 994.09.003953-0 – 13ª Câmara de Direito Público do TJ/SP – Acórdão Unânime – Relator Peiretti de Godoy – 10/03/2010).

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – APOSENTADORIA – RECLASSIFICAÇÃO. Agente de Segurança Penitenciária Classe VII teve reduzido proventos para o cargo da Classe IV quando da concessão de sua aposentadoria. ADMISSIBILIDADE: Embora a aposentadoria tenha ocorrido enquanto estava já na Classe VII, para a qual fora promovida, a autora não preencheu requisito temporal de cinco anos no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, conforme exigência da Constitui-

ção Federal. Ausência de direito adquirido – Sentença reformada para improcedência da ação. (Apelação nº 994.09.264676-5 – 6ª Câmara de Direito Público do TJ/SP – Acórdão Unânime – Relator ISRAEL GÓES DOS ANJOS – 23/08/2010).

Em arremate, curial lembrar que o cumprimento da exigência de tempo mínimo no cargo independe de continuidade no exercício. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

[...]para a aposentadoria voluntária de servidor público titular de cargo efetivo, a Lei Maior exige o cumprimento do tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e de cinco anos no cargo efetivo em que se dará o desligamento, observadas as condições etárias e de tempo de contribuição ali elencadas. *A Constituição Federal, entretanto, nada dispõe acerca da forma de exercício dos cinco anos de efetivo exercício no cargo, se contínua ou não, sendo vedado ao intérprete criar restrições por ela não explicitadas.* (STF – RE 453032 AgR/SP – Rel Min Ricardo Lewandowski – destaquei).

## 6. Tempo de efetivo exercício das funções de magistério

Com relação ao requisito previsto no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal para a aposentadoria especial dos professores – o tempo de “*efetivo exercício das funções de magistério*” –, há farta produção doutrinária e jurisprudencial a auxiliar na exegese do termo.

A valer, o Pretório Excelso, à luz do vetusto princípio de hermenêutica segundo o qual *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*, há muito firmou orientação de que o preceito que prevê a aposentadoria especial dos docentes, por constituir norma excepcional, merece interpretação estrita.

Nesse passo, durante décadas prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, exegese sobremaneira restritiva do aludido dispositivo, de modo a compreender, na expressão “funções de magistério”, somente as atividades estritamente docentes, exercidas em sala de aula. Nessa linha, a Súmula n. 726 advertia que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.



Mais recentemente, porém, a Corte Maior fixou entendimento de que o termo “*funções de magistério*”, *ainda em sua acepção estrita*, abarca, além do serviço prestado em sala de aula, as atividades desenvolvidas, por professores de carreira, no desempenho das funções de direção de unidade escolar, coordenação e assessoramento pedagógico.

Como cediço, o enquadramento legal das funções exercidas por professores na *direção de unidade escolar, na coordenação e no assessoramento pedagógico* dentre as funções de magistério foi realizado pela Lei n. 11.301/2006, que alterou o artigo 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, agregando-lhe a seguinte norma:

§ 2º – Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

O Pretório Excelso, ao julgar a ADI n. 3.772-DF, decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade de tal norma no que tange à equiparação das funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, quando exercidas por professores de carreira, à atividade de docência propriamente dita, para fins de aposentadoria especial. A ementa do aresto produzido na oportunidade foi assim grafada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ACESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME.

I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção da unidade escolar.

II - *As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidas, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.*

III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra. (destaquei).

Considerando que os efeitos vinculantes do *decisum* impedem que a Administração Paulista lhe negue incidência, a Procuradoria Geral do Estado alterou sua orientação quanto ao ponto e, no Parecer PA n. 61/2010<sup>27</sup>, assentou:

Por força da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, deve-se admitir que ocupantes de cargos e funções-atividades docentes não percam a condição de professores, para fins de observância dos requisitos temporais da aposentadoria especial, quando alçados, pela via do afastamento ou mesmo por investidura derivada ou secundária no regime anterior ao da Lei Complementar Estadual n.º 836/1997, a cargos e funções não docentes de magistério que a Lei Federal n.º 11.301/1996 rotulou genericamente de especialistas em educação, desde que continuem exercendo atividades educativas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades e que essas atividades sejam de direção, coordenação ou assessoramento pedagógico.

Embora haja notícia de que, a partir do julgamento da reportada ADI, a Corte Suprema “assentou que o período em que o professor esteve readaptado por problemas de saúde, exercendo funções administrativas ou burocráticas fora da sala de aula, seja computado para fins de aposentadoria especial de professor de educação infantil ou ensino fundamental ou médio”<sup>28</sup>, não é esse o entendimento da Procuradoria

27 Parecerista Dr. Demerval Ferraz de Arruda Junior.

28 Min. Cármen Lúcia, na decisão monocrática ARE 656486/SP, DJe 25.11.2011. Seguindo a mesma linha: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1) POSSIBILIDADE

Geral do Estado quanto ao tema. De fato, o Parecer PA n. 150/2012<sup>29</sup> preleciona:

APOSENTADORIA CONTAGEM DE TEMPO. PROFESSOR. READAPTAÇÃO. Quando do julgamento da ADIn n. 3.772-DF, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento de que os professores de carreira não perdem a condição de professores, para fins da aposentadoria especial constitucionalmente prevista, com o redutor de cinco anos, quando, dentro de estabelecimentos de ensino básico, exercerem funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, assim compreendidas as atividades de direção, organização, gestão do estabelecimento escolar, de fixação da orientação pedagógica da escola, de coordenação dos professores, que impliquem o desempenho de atribuições de envergadura maior do que o trabalho em sala de aula. Professor que, em decorrência de readaptação, desempenhou suas atribuições

---

DE CÔMPUTO DO TEMPO DE READAPTAÇÃO DO PROFESSOR E DO TEMPO DE EXERCÍCIO DOS CARGOS DE COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO E DE DIREÇÃO ESCOLAR. PRECEDENTES. 2) CONTROVÉRSIA SOBRE O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE MAGISTÉRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 831.266-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 24.3.2011). Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão assim ementado: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSORA READAPTADA – APOSENTADORIA ESPECIAL – CÔMPUTO DO PERÍODO DE READAPTAÇÃO COMO DE EFETIVO SERVIÇO – POSSIBILIDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS. A partir da decisão proferida, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 3772, onde restou garantido aos professores o direito à aposentadoria especial, utilizando na contagem o tempo de exercício também prestado fora da sala de aula, nos cargos de diretor, coordenador e assessor pedagógico, o Grupo de Câmaras de Direito Público, acompanhando o novo entendimento, tem orientado no sentido de que a professora readaptada, independente da atividade que passe a desempenhar, seja de direção, coordenação pedagógica, ou ainda, alguma função burocrática, tem direito à contagem do tempo de readaptação para fins de aposentadoria especial”. No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, sustenta-se ofensa ao artigo 40, § 1º, III e § 5º, da Carta Magna. O recorrente insurge-se, em síntese, contra decisão do tribunal de origem que computou o período em que a recorrida esteve readaptada por motivos de saúde, para fins de aposentadoria especial. Decido. O recurso não merece prosperar. O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI n° 3772, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 29.10.2009, assim decidiu: [...] No mesmo sentido, cito os seguintes julgados: RE-AgR 552.172, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 12.3.2010 e AI-AgR 565.710, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 26.3.2010 e AI-AgR 705.588, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 20.11.2009. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso. (AI 829.754, Re. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe 13.12.2012).

29 Parecerista Dr. Demerval Ferraz de Arruda Junior.

fora da sala de aula, não havendo tampouco exercido funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. Inviabilidade do cômputo do período da readaptação para fins da aposentadoria especial.

Portanto, apenas haverá de ser computado como tempo de “efetivo exercício das funções de magistério” aquele em que o professor de carreira desempenhou atividades de docência, de direção de unidade escolar, de coordenação e de assessoramento pedagógico. Nada mais.

A valer, também quanto ao ponto incide a lição de que faltas médicas e licença para tratamento de saúde não constituem efetivo exercício das funções atinentes ao cargo, orientação esta pacificada pela Procuradoria Geral do Estado quando do advento do Parecer PA n. 44/2012<sup>30</sup>.

## 7. Conclusão

De todo o exposto é possível concluir, em síntese: (i) o tempo de *contribuição* exigido para aposentadoria no âmbito do RPPS deve ser computado, quanto ao período anterior à implementação da cobrança das contribuições previdenciárias para custeio das aposentadorias, considerando-se aquilo que a legislação então vigente qualificava como tempo de serviço público para fins de aposentadoria; a partir de tal marco temporal, considerando-se as contribuições efetivamente creditadas pelo servidor; (ii) o requisito de tempo mínimo no *efetivo exercício no serviço público* exige liame com a Administração Direta, suas autarquias e fundações públicas, bem como exercício real das atribuições inerentes a tal vínculo; (iii) a condicionante relativa ao tempo mínimo de *efetivo exercício do cargo efetivo em que se dará a aposentadoria* deve ser cumprida no real desempenho das funções inerentes ao respectivo cargo, ainda que isso se verifique durante afastamento meramente geográfico, ou designação em que o servidor simplesmente agrega novas atribuições; (iv) enquanto o tempo na *carreira* equivale ao período em que o servidor persiste compondo aos quadros da respectiva carreira, o tempo no *cargo* é o interstício em que o servidor mantém a titularidade do respectivo cargo, ainda que não exerça as funções a este inerentes; (v) apenas haverá de ser computado como tempo de *efetivo exercício das*

---

30 Parecerista Dr. Demerval Ferraz de Arruda.

*funções de magistério* aquele em que o professor de carreira efetivamente desempenhou atividades de docência, de direção de unidade escolar, de coordenação e de assessoramento pedagógico.

## 8. Referências bibliográficas

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DARTORA, Cleci Maria. *Aposentadoria do Professor. Aspectos Controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora.

MAXIMILIANO, Carlos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. Paraná: Juruá Editora, 2011.

Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO