

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021



Diretor

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

Vice-Diretor

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho

Desembargador Dácio Tadeu Viviani Nicolau

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia

Desembargador Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Moacir Andrade Peres

Desembargador Renato Rangel Desinano

Juiz Carlos Bortoletto Schmitt Corrêa

Coordenadores da edição

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Cadernos Jurídicos

Direito Administrativo

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 58, p. 1-176, Abril-Junho/2021

Bimestral

2000, v. 1 (1 - 2)
2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)
2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)
2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)
2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)
2005, v. 6 (25)
2006, v. 7 (26 - 27 - 28)
2007, v. 8 (29 - 30)
2008, v. 9 (31)
2009, v. 10 (32)
2011, v. 11 (33)
2012, v. 12 (34 - 35)
2013, v. 13 (36 - 37)
2014, v. 14 (38)
2015, v. 15 (39 - 40 - 41)
2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)
2017, v. 17 (46)
2019, v. 18 (47 - 48 - 49 - 50 - 51 - 52)
2020, v. 19 (53 - 54 - 55 - 56)
2021, v. 20 (57- 58)

Direito
Jurisprudência

CDU 34(05)

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar
CEP 01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

1. Ato administrativo, processo e presunção de legalidade <i>Adilson Abreu Dallari</i>	9
2. Direito administrativo e pandemia Algumas questões candentes: governança, improbidade e processo <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	23
3. Responsabilidade extracontratual do Estado: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação comportamento administrativo? <i>Ana Rita de Figueiredo Nery</i>	35
4. Cessão de contratos administrativos: possibilidades e limites <i>Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara</i>	55
5. Limitações ao direito de propriedade <i>Kiyoshi Harada</i>	65
6. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública <i>Marçal Justen Filho</i>	79
7. O conceito da democracia tal como desenvolvido pela Justiça Constitucional <i>Marcelo Figueiredo</i>	101
8. A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar? <i>Maria Sylvia Zanella Di Pietro</i>	113
9. Transformações do Direito Administrativo <i>Odete Medauar</i>	121
10. Regime jurídico dos agentes públicos <i>Wallace Paiva Martins Junior</i>	127
11. Apontamentos sobre a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de serviços médicos <i>Wanderley José Federighi</i>	153

Apresentação

A Escola Paulista da Magistratura, ciente da necessidade de atualização e aperfeiçoamento dos conhecimentos a respeito das diversas alterações dos muitos ramos da ciência do Direito, que, em especial nas últimas duas décadas, são múltiplas, vem se empenhando na realização dos denominados *núcleos de estudos* - ou seja, cursos direcionados *especificamente à classe dos magistrados*, abordando as questões mais ingentes, surgidas através da permanente evolução e transformação das leis de nosso País.

Tais núcleos nasceram, há alguns anos, dessa noção de que as mencionadas transformações do Direito pedem atenção e constante cuidado por parte de nossos juízes, para o fim de bem aplicar a lei e distribuir corretamente a justiça. Assim, principiou-se pela realização de cursos *presenciais* nas instalações de nossa Escola, cursos estes que, como referido, são voltados especificamente para a classe dos magistrados, ainda que a EPM traga sempre juristas do mais renomado escol para ministrar as palestras e para a necessária troca de ideias com o público.

Outrossim, verificou-se rapidamente que tais núcleos poderiam abranger um número limitado de participantes, na medida em que os magistrados das comarcas do interior teriam dificuldades para frequentá-los presencialmente e ainda retornar às referidas comarcas a tempo de dar regular expediente nas varas nas quais exercessem as suas atividades judicantes.

A solução foi a utilização dos recursos da informática. Assim, já há alguns anos, tais palestras, além da plateia presencial, também tiveram aquela *virtual*, transmitindo-se aos colegas das comarcas do interior as referidas palestras, visando ampliar o alcance da efetividade dos cursos, o que se logrou fazer com sucesso. Mesmo agora, por conta da pandemia de Covid-19, a Escola manteve-se ativa e atuante, continuando a organizar cursos e núcleos, ainda que, nos dias atuais, ao menos até o fim da referida pandemia, sejam apenas virtuais.

E o sucesso de tais atividades tem se verificado através do maciço comparecimento de colegas (e, quando não há tal restrição, de público externo interessado), como ocorreu, recentemente, por exemplo, com o curso sobre a *Nova Lei das Licitações e Contratos*, organizado e ministrado com aclamação pela nossa Escola.

Atualmente, núcleos como o de Direito Tributário, sob a organização do Desembargador Eurípedes Faim e a minha, vêm atraindo inclusive magistrados *de outros estados da Federação*, que vêm acompanhando com atenção e dedicação nossas trocas de ideias. Em 2019, juntamente com o magistrado Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, tive a oportunidade de organizar e acompanhar o *Núcleo de Estudos em Direito Administrativo* de nossa Escola.

A imensa importância das matérias desse ramo do Direito Público é inconteste e reflete-se no dia a dia do cidadão. Definido pelo *papa* do Direito Público Hely Lopes Meirelles como o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”¹, cuida também de inúmeras matérias de cabal importância no Brasil contemporâneo.

¹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, p. 40.

Temas como o regime jurídico dos *agentes públicos*; a *responsabilidade civil do Estado*; as *limitações ao direito de propriedade* e as *ações de desapropriação*; a imprescindível legalidade do *ato administrativo*; a *nova LINDB* e o *Direito Administrativo*; as *transformações do Direito Administrativo* e diversos outros temas de inegável atualidade são tratados nesta edição dos *Cadernos Jurídicos* da Escola Paulista da Magistratura, como fruto de tal núcleo de estudos.

De evidente atualidade, ainda, o estudo sobre *Direito Administrativo e pandemia*, que trata do terrível momento pelo qual passa o País e seus reflexos na matéria.

Magistrados com atuação na área em questão vieram oferecer a sua visão sobre os temas abordados nesses núcleos, como os juízes Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Ana Rita de Figueiredo Nery, autêntica “prata da casa”. Também se contou com a presença de alguns dos juristas mais conhecidos e respeitados no meio jurídico (e acadêmico), como os professores Adilson Abreu Dallari, Carlos Ari Sunfeld, Odete Medauar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros, que trazem a sua visão sobre temas dos mais diversos e complexos ligados ao Direito Administrativo.

Desta maneira, espera-se que tenha a EPM mais uma vez contribuído para a análise das matérias aqui trazidas, neste número da revista *Cadernos Jurídicos*, matérias estas, como já tive a oportunidade de escrever em outra ocasião, na pauta dos temas jurídicos modernos relevantes, trazendo o entrever das respostas para as grandes questões aqui examinadas.

Wanderley José Federighi

Desembargador coordenador da Área de Direito Público da EPM

Ato administrativo, processo e presunção de legalidade

Adilson Abreu Dallari¹
Professor e consultor jurídico

Sumário: 1. Noção de ato administrativo; 2. Perfeição, validade e eficácia do ato administrativo; 3. Requisitos, elementos ou pressupostos do ato administrativo; 4. Atributos do ato administrativo; 5. Classificação dos atos administrativos; 6. Desvio de poder; 7. Processo administrativo; 7.1. Princípios do processo administrativo; 8. Presunção de validade dos atos administrativos.

1. Noção de ato administrativo

O entendimento daquilo que se qualifica como um ato administrativo exige o desenvolvimento de um raciocínio que toma como ponto de partida a noção de “fato”, ou seja: de um acontecimento no mundo físico e na vida social.

Certos fatos são juridicamente irrelevantes, por não acarretarem qualquer alteração na ordem jurídica, como, por exemplo, a queda de um lápis, chover, tomar um copo de água, dizer “bom dia” a um amigo, escrever um lembrete.

Porém existem fatos que provocam repercussões no mundo jurídico, por estarem regidos por alguma lei, pelos costumes de uma sociedade ou pela jurisprudência. Imagine uma colisão de veículos, o desabamento de um prédio, um assassinato ou mesmo a morte natural de uma pessoa.

Quando pessoas, físicas ou jurídicas, adotam um comportamento e manifestam sua vontade visando exatamente a obtenção de um efeito jurídico, aí se tem aquilo que se designa como ato jurídico. Tais atos podem ser regidos por diferentes plexos de normas. Quando, por exemplo, se tratar da compra e venda de um objeto, entre particulares, temos uma relação de direito civil; se esse negócio for entre um particular e uma empresa, pode ser uma relação de consumo; se for entre empresas, pode ser uma relação de direito comercial.

Atos administrativos são atos praticados por agentes da administração pública, que devem observar um plexo de normas que configuram uma relação de direito administrativo. Obviamente, nem todos os atos praticados por um agente público são atos administrativos, somente os atos destinados à produção de específicos efeitos jurídicos. Ou seja, estão excluídos os atos materiais, como a limpeza de uma via pública ou a pavimentação de uma rodovia.

O que se pretende destacar, agora, são os traços principais desse plexo de normas, que configuram o regime jurídico administrativo.

¹ Professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP; membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos - CONJUR, da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas - NAT, do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

Esse regime jurídico é extremamente complexo, mas, para os fins do presente artigo, basta referir dois traços fundamentais, sempre salientados pela doutrina tradicional, quais sejam: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade dos interesses públicos. Cabe alertar que esses princípios foram bastante relativizados com a evolução doutrinária e jurisprudencial, mas ainda servem como referência para um breve estudo do ato administrativo.

A supremacia do interesse público sobre os interesses dos privados justifica uma série de prerrogativas, vantagens e poderes de que desfruta o agente público no relacionamento jurídico com os particulares. Por outro lado, a indisponibilidade dos interesses públicos limita a liberdade do agente público, que não pode abrir mão daquilo que a ordem jurídica qualifica como sendo de interesse público.

2. Perfeição, validade e eficácia do ato administrativo

Feitas essas noções introdutórias, passa-se agora ao exame do ato administrativo, ou seja, daquele ato jurídico praticado por um agente público, sob aquele plexo de normas configuradoras do regime jurídico administrativo.

A prática de um ato administrativo tem um caminho a ser percorrido até que se dê como tal, assim, só se tem um ato administrativo quando este estiver perfeito. Esta palavra nada tem a ver com as qualidades do ato, significa apenas que algo está completo e acabado.

Um ato administrativo começa com a redação de seu texto e termina com a assinatura do agente público que o produziu. Imagine a nomeação de um servidor público; a mera assinatura em um papel em branco, sem qualquer texto, não se configura como um ato administrativo, mas, da mesma forma, um texto contendo a nomeação de alguém para algum cargo, sem a assinatura da autoridade competente, também não é um ato administrativo.

Em síntese, perfeição é a condição de existência de um ato administrativo; ele não existe enquanto não estiver completo e acabado.

Havendo, pois, um ato administrativo, cabe examinar o segundo requisito, qual seja o da validade, que depende de sua conformidade (ou desconformidade) com a ordem jurídica; com as normas que regem sua produção. É preciso verificar se a autoridade que praticou o ato tinha competência legal para isso, se o ato praticado não configura abuso ou desvio de poder, se o próprio objeto do ato (a alteração que ele provoca na ordem jurídica) tem amparo legal. Em caso de inconformidade, o ato será ilícito ou nulo.

Considerando que um determinado ato é perfeito e válido, resta agora examinar sua eficácia, ou seja, sua aptidão para produzir os efeitos por esse almejados. O normal é que o ato, perfeito e válido, produza efeitos de imediato, porém, em certos casos, ele pode estar sujeito a prazo ou a condição. Em alguns casos, o ato pode ser praticado para que entre em vigor num determinado momento posterior, algo como, por exemplo, dez ou trinta dias. Pode também acontecer que sua eficácia esteja condicionada a alguma ocorrência, um evento futuro e incerto; se algo vier a acontecer, por exemplo se houver greve dos serviços de transporte coletivo, fica suspenso o rodízio de veículos.

3. Requisitos, elementos ou pressupostos do ato administrativo

As condições de validade do ato administrativo devem ser examinadas em relação a cada um de seus requisitos, elementos ou pressupostos, quais sejam: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Sujeito do ato é quem o pratica ou assina; no caso, o agente público que confere existência ao ato. É sempre preciso verificar se o sujeito é competente, se ocupa um cargo ou exerce uma função que, de acordo com a ordem jurídica, o habilita a praticar aquele determinado ato.

Objeto é o próprio conteúdo do ato, o seu resultado jurídico. Ou seja: a específica alteração que ele provoca na ordem jurídica, como, por exemplo, uma licença ou uma autorização.

A forma do ato é a maneira pela qual ele deve ser praticado, conforme determina a ordem jurídica. Por exemplo, a outorga de um direito, ou uma restrição, pode ter uma forma especificamente estabelecida. No caso dos atos normativos, pode-se ter a exigência de um decreto, de uma resolução, de uma portaria etc. A inobservância da forma determinada pode gerar a nulidade do ato.

O motivo do ato é a razão pela qual determinado ato foi praticado, por exemplo, deferindo ou indeferindo uma solicitação formulada por um particular. O motivo que justifica a prática do ato é previsto em lei, mas o grande problema está na aferição da ocorrência ou inoocorrência do motivo no caso concreto. Daí a necessidade de se examinar a motivação, ou seja, as razões pelas quais a autoridade competente decidiu desta ou daquela maneira. Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 202)²: *“Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram”*.

Daí a importância do princípio da motivação, em qualquer processo administrativo, em qualquer tomada de decisão administrativa. Sobre esse assunto, na confortável companhia de Sérgio Ferraz³, já tivemos oportunidade de salientar o seguinte:

O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. “Motivar” significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados.

Sem a explicitação das razões torna-se extremamente difícil sindicá-las, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Sem a motivação fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer, inclusive perante o Poder Judiciário. Não basta que a autoridade invoque determinado dispositivo legal como supedâneo de sua decisão; é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos de sua decisão, pois, conforme a conhecida lição de Giorgio Balladore Palieri, no Estado de Direito não existe apenas a exigência de que a autoridade administrativa se submeta à lei; é essencial que se submeta também à jurisdição. Este ponto é adequadamente salientado por Lúcia Valle Figueiredo ao afirmar que a falta de motivação viola as garantias constitucionais do acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constituindo-se, portanto, em vício gravíssimo.

No passado já houve quem sustentasse que a motivação era dispensável no caso da prática de atos discricionários. Atualmente tal entendimento é absolutamente insustentável, diante da evolução

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

doutrinária e jurisprudencial quanto ao conceito e ao significado da discricionariedade. Já se tem claro que discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois nunca é absoluta, sendo indiscutivelmente sujeita a controle judicial (pelo menos para se aferir se houve, ou não, desbordamento de seus limites). Sem a motivação do ato discricionário fica aberta a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dificultando ou, mesmo, impossibilitando o efetivo controle judicial. (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 94)

É preciso insistir que a falta de motivação é vício autônomo, ensejando, por si só, a nulidade do ato praticado. Pelo menos há de ficar perfeitamente claro que a motivação serôdia, a apresentação dos motivos depois de praticado o ato, deve ser objeto de exame especialmente cuidadoso, pois pode estar ocultando um abuso ou desvio de poder.

Em qualquer caso de alegação de desvio de poder, é dever do juiz esmerar-se no exame da consistência dos motivos invocados, não sendo suficiente apenas constatar que motivos foram apresentados. Isso é o que já vem dizendo, desde longa data, com precisão e elegância o consagrado Caio Tácito (1975, p. 133)⁴:

É por meio da análise criteriosa da motivação do ato administrativo, dos indícios veementes que defluem da conferência entre os motivos invocados e os resultados alcançados ou pretendidos que o desvio de poder virá à tona.

Longe de ser um erro grosseiro e ostensivo, ele se distingue pela sutileza com que procura esconder-se sob a capa de regularidade, esmerando-se o agente em ocultar a desfiguração substancial do ato administrativo.

É mister, assim, que o intérprete não se contente com a letra dos motivos determinantes, mas mergulhe em seu espírito, atente a suas omissões e contradições, pondere a veracidade e a proporcionalidade dos meios em razão do fim colimado, preferindo, em suma, verificar sob a roupagem do ato os verdadeiros contornos de sua ossatura.

Preocupados em realmente fazer Justiça, setores mais avançados e mais preparados do Poder Judiciário já abandonaram a apreciação meramente formal (“burocrática”, no pior sentido). Para investigar as razões pelas quais os atos administrativos são produzidos e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valem-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Por último, no tocante aos atributos do ato administrativo, cabe assinalar que finalidade é o objetivo almejado pela prática de um ato administrativo. Observe-se que todo ato administrativo tem um caráter instrumental: visa atingir uma finalidade consagrada pela ordem jurídica. A finalidade última sempre será a satisfação de algum interesse público, mas, em cada caso, será preciso examinar qual o objetivo específico do interesse público almejado com a prática daquele determinado ato, para se avaliar se a decisão tomada satisfaz ou viola o fim objetivado.

⁴ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

4. Atributos do ato administrativo

A supremacia do interesse público confere à administração pública uma série de prerrogativas que repercutem na prática de atos administrativos, os quais são dotados dos seguintes atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

A presunção de legitimidade, ou de legalidade, significa que, em princípio, todo ato administrativo é válido e assim deve permanecer, salvo se demonstrada sua inconformidade com o sistema jurídico. Em caso de controvérsia, o ônus da prova da ilicitude incumbe a quem postula o desfazimento do ato. Vale dizer, portanto, que essa presunção de validade é relativa (*juris tantum*).

O atributo da imperatividade deriva da presunção de validade e significa que o ato administrativo, uma vez praticado, é de observância obrigatória. Pela simples prática de um ato administrativo, pode a administração pública constituir particulares em obrigação, como, por exemplo, na aplicação de uma multa. Essa imperatividade cessa caso seja declarada a invalidade do ato, cabendo ao particular postular essa declaração pela via administrativa ou judicial.

A obrigação criada pelo ato administrativo é imediatamente exigível; gera um dever de obediência. Cabe ao particular cumprir a determinação administrativa ou postular, formalmente, a sua desconstituição.

Por último, a executoriedade é um atributo do ato administrativo que confere à autoridade administrativa compelir o particular a dar cumprimento à obrigação criada pelo ato, até mesmo com o uso da força, caso haja resistência.

5. Classificação dos atos administrativos

Obviamente, atos administrativos admitem várias classificações, conforme o critério utilizado para sua ordenação. Neste estudo, enfoca-se apenas a classificação tradicional, em atos vinculados ou discricionários, conforme a competência conferida pela ordem jurídica ao agente que o pratica. Note-se, pois, de imediato, que não há, exatamente, atos vinculados ou discricionários, mas, sim, atos administrativos praticados no exercício de competência vinculada ou discricionária.

A competência é vinculada quando a lei determina ao agente um único e determinado comportamento; e é discricionária quando a lei confere ao agente o poder/dever de optar, diante do caso concreto, entre comportamentos legalmente admitidos. Essa distinção pode ser explicitada mediante uma comparação entre competência vinculada e competência discricionária. Quando a lei confere ao agente público competência vinculada, isto significa que a lei já escolheu previamente qual a única e melhor conduta para a plena satisfação do interesse público. Quando a lei confere ao agente público competência discricionária significa que a lei atribuiu ao agente o dever/poder de escolher a melhor conduta, dentre um universo de condutas possíveis, para a plena satisfação do interesse público.

Resulta daí uma enorme diferença entre a competência em tese e o exercício dessa competência diante do caso concreto. Em tese, é possível afirmar que a lei estaria validando previamente qualquer das condutas possíveis, mas, diante do caso concreto, sempre haverá uma só conduta mais adequada à plena satisfação do interesse público.

O titular da competência discricionária, diante de uma específica situação, não está autorizado a adotar qualquer conduta, mas, sim, tem o dever de desvendar e adotar o único comportamento que as circunstâncias indicarem como o mais adequado.

6. Desvio de poder

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético: o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Em razão dessa intenção do agente, diversa da finalidade com a qual se anuncia que o ato foi praticado, a doutrina costuma designar o desvio de poder também como desvio de finalidade. Usando essa nomenclatura, Diógenes Gasparini (1992, p. 59)⁵, assim, expõe o que é o desvio de poder:

De fato, ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público. Vale dizer: o agente público que somente pode praticar ato ou agir voltado para o interesse público acaba por praticar ato ou atuar para satisfazer a um interesse privado. É o que ocorre quando o agente público desapropria para vingar-se de seu desafeto político que é o proprietário do bem expropriado, ou quando determina a construção de uma escola para valorizar o plano de loteamento de seu correligionário. Nessas hipóteses costuma-se dizer que o desvio de finalidade é genérico: o interesse passa de público para particular. Ainda há desvio de finalidade quando a autoridade administrativa vale-se de um dado instrumental jurídico destinado por lei a alcançar um certo fim para obter outro, ainda que de interesse público.

Com sua insuperável clareza, o saudoso Hely Lopes Meirelles (2012, p. 119)⁶ assim descreve esse fenômeno:

O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

Linhas adiante, esse mesmo notável mestre resume o problema em exame neste estudo, qual seja o da dificuldade de correção judicial dessa conduta ilícita e imoral (MEIRELLES, 2012, p. 119):

⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

O ato praticado com desvio de finalidade - com todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito já decidiu o STF que “Indícios vários e concordantes são prova”. Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes, do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes. Dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade e para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exige um especial cuidado por parte do Poder Judiciário.

7. Processo administrativo

O processo administrativo pode ser definido como uma série de atos, lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação da vontade da Administração. A Administração decide por meio de um ato administrativo final (decisório) que é resultante de uma série de atos instrumentais, voltados para esse fim.

Como foi visto, cada ato administrativo tem suas características e peculiaridade, mas os processos administrativos (cada conjunto específico de atos) também têm suas particularidades, conforme a decisão final, seja uma simples declaração ou constituição de um direito, ou, ainda, a extinção de um direito ou a aplicação de uma sanção. Quanto a estas últimas finalidades, convém transcrever suas raízes no texto da Constituição Federal, no Art. 5º, em que estão as declarações de direitos e garantias fundamentais, cujos incisos especificamente referidos ao processo administrativo se transcrevem:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

A garantia do devido processo legal abrange a liberdade em seu sentido mais amplo (de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe) e também qualquer espécie de bem, inclusive o patrimônio moral. Sempre que da atividade administrativa puder decorrer uma lesão a esses valores (liberdade e propriedade), deve ser observado o devido processo legal.

O disposto no inciso LV se refere ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Esta é uma garantia (instrumento de defesa de direitos) que nenhuma lei pode suprimir ou enfraquecer, significando que a defesa deve ser ampla, com os meios necessários ao seu exercício, não se confundindo com um simples ritual burocrático, uma pura formalidade desprovida de eficácia concreta.

Durante muitos anos não existia no Brasil uma lei geral dispendo sobre processo administrativo, mas apenas normas isoladas sobre processos específicos. Como os processos de outorga de licenças e autorizações, os processos tributários, os processos de licitações e os processos sancionatórios, especialmente nos estatutos de funcionários públicos. Essa situação mudou com o advento da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Não obstante, literalmente, em sua ementa e em seu Art. 1º, essa lei se dissesse aplicável a todos os órgãos administrativos dos três poderes da União. O fato é que ela foi sendo paulatinamente aplicada em âmbito nacional, em todos os níveis de governo, com amplo amparo jurisprudencial, por conter dispositivos que apenas explicitavam as exigências constitucionais para a realização de qualquer processo administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 190-191)⁷ demonstra, com argumentos incontestáveis, que a Lei nº 9.784/99, por seu conteúdo, é efetivamente uma lei nacional:

Note-se que a Lei não estabeleceu procedimento específico a ser adotado pelos órgãos administrativos. Ela estabeleceu normas básicas sobre os processos administrativos em geral. O objetivo da Lei não foi apenas estabelecer normas sobre processo; se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso. Ela foi além. O seu principal objetivo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União. Como conceber que normas que constituem aplicação de princípios constitucionais não sejam de âmbito nacional? A alguém pode ser negado o direito de vista? O direito à informação? O direito de recorrer? O direito ao contraditório e à ampla defesa? O direito à observância dos princípios constitucionais, como legalidade, moralidade, segurança jurídica, razoabilidade, boa-fé?

Pela mesma razão, as normas da Lei nº 9.784/99, sendo de caráter principiológico, são de âmbito nacional. Isso não impede que Estados e Municípios também legislem sobre a matéria de processo administrativo, com vistas à aplicação dos mesmos princípios constitucionais. Com relação às leis estaduais e municipais validamente promulgadas, a Lei federal terá aplicação subsidiária, da mesma forma que ocorre com relação às leis federais sobre procedimentos específicos.

A preocupação do legislador, ao editar a Lei nº 9.784/99, foi a de reunir, em um texto bastante objetivo, de fácil assimilação e aplicação, tudo aquilo que as legislações esparsas, a doutrina e a jurisprudência já consagravam como peculiaridades do processo administrativo. Como o fato de o julgador ser parte interessada, tendo o dever de impulsionar o andamento do feito, em busca da verdade material, proporcionando ao particular interessado a ampla possibilidade de produção de provas.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs.). *Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

A Lei cuida também da competência para decidir, admitindo, expressamente, a delegação e a avocação. De qualquer maneira, a autoridade competente para decidir fica obrigada a proferir a decisão (tem o dever de decidir) no prazo de trinta dias após concluída a instrução. Outro ponto voltado para a celeridade da decisão da questão examinada no processo é a possibilidade de que a autoridade recorrida pode reconsiderar sua decisão diante das razões do recurso, evitando a remessa a uma instância superior.

Em seu Art. 50, a Lei cuida de fixar claramente a exigência de que a decisão seja devidamente fundamentada e motivada. Não basta apontar os dispositivos legais que serviram de suporte legal para a prática de um ato ou para uma decisão, é absolutamente necessário indicar os motivos de fato e de direito que ensejaram a opção pela decisão adotada. A motivação é a explicitação das razões de decidir, nos termos do §1º do Art. 50, “a motivação deve ser explícita, clara e congruente”. A motivação é absolutamente essencial para o controle de legalidade das decisões administrativas, especialmente nos casos de atos praticados no exercício de competência discricionária e, muito especialmente, quando houver suspeita de desvio de poder.

7.1. Princípios do processo administrativo

Em livro escrito na honrosa companhia do renomado jurista Sérgio Ferraz⁸, teve-se a oportunidade de destacar a importância dos princípios jurídicos, bastando transcrever o que foi dito, sublinhando os pontos mais relevantes:

Em primeiro lugar, é preciso deixar ainda mais claro que os princípios não são meras declarações de sentimento ou de intenção, desprovidos de qualquer positividade. Princípios também são “normas”, ou seja, são dotados de positividade, determinam condutas obrigatórias, ou, pelo menos, impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis. Além disso, os princípios são vetores interpretativos; servem para orientar a correta interpretação das normas isoladas. É pacífico na doutrina que as normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis, diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico. Diante de uma lacuna normativa, diante da falta de normação expressa para uma determinada situação, diante de uma dúvida interpretativa, deve-se decidir o caso concreto à luz dos princípios, da maneira mais condizente com o significado do princípio ou dos princípios aplicáveis à específica questão em exame. (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 79)

Dito isto, resta apenas enumerar o que, nesse mesmo livro, foi apontado como princípios do processo administrativo, apresentando o rol deles seguidos de uma brevíssima indicação do que deve ser entendido em cada um: Igualdade e Impessoalidade; Legalidade; Finalidade; Motivação; Razoabilidade e Proporcionalidade; Moralidade; Ampla defesa; Contraditório;

⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Segurança Jurídica; Interesse Público; Eficiência, Informalidade; Boa-fé; Publicidade; Oficialidade; Verdade Material; Duplo Grau de Jurisdição Administrativa e Reconsideração.

A igualdade e a impessoalidade são decorrências do mandamento constitucional, no sentido de que todos são iguais perante a lei, vedando discriminações, favorecimentos ou prejuízos. Assim também é o princípio da legalidade, pedra angular das atividades administrativas. A finalidade indica que todos os atos ou processos administrativos são instrumentais, visando sempre um objetivo que o sistema jurídico qualifica como sendo de interesse público (o que justifica a inclusão do interesse público entre os princípios). A motivação já foi suficientemente examinada acima. Razoabilidade e proporcionalidade abrigam valores cada vez mais exaltados na doutrina e na jurisprudência, vedando decisões aberrantes, desarrazoadas e desproporcionais. A moralidade é um valor universal, que também deve estar presente nas decisões administrativas. A ampla defesa é expressamente assegurada pela Constituição Federal, com os meios e recursos a ela inerentes. A instrução deve ser contraditória, permitindo que cada parte se manifeste sobre os argumentos da outra.

A segurança jurídica é um super princípio configurando-se como a própria razão de ser de todo o ordenamento jurídico. Eficiência é o novo princípio introduzido no texto constitucional pela EC nº 19/98. A informalidade (em benefício do administrado) indica que o processo administrativo não deve ter o rigor formal dos processos judiciais, prezando-se a boa-fé dos administrados. A publicidade indica que não deve haver processos reservados ou secretos, a não ser nos casos expressamente qualificados por lei. A oficialidade indica o dever da autoridade no sentido de impulsionar o processo na busca da verdade material, verdadeira de fato, e não meramente formal. O duplo grau de jurisdição indica a garantia da possibilidade de recorrer, sendo que a autoridade pode reconsiderar sua decisão.

8. Presunção de validade dos atos administrativos

Este tema merece um capítulo especial, diante da evolução da legislação mais recente. A doutrina tradicional sempre afirmou que os atos administrativos são presumidamente válidos, ou seja: devem ser sempre tidos como válidos, até que sejam expressamente declarados inválidos. Merece transcrição a lição do saudoso Celso Bastos (1994, p. 102-103)⁹:

É a qualidade de se presumirem válidos os atos administrativos até prova em contrário, é dizer, enquanto não seja declarada a sua nulidade por autoridade competente. Há, pois, uma presunção juris tantum de que o ato foi editado conforme ao direito, ou seja, com observância das normas que regulam a sua produção. É que o Estado tem a seu favor a presunção legal de que sua atividade é legítima. Consequentemente, há uma igualação provisória dos atos praticados pelos seus agentes, sejam esses atos legítimos e ilegítimos, anuláveis e nulos, pois, embora portadores de vícios, enquanto não forem revogados ou anulados gozam de uma vigência precária.

A presunção de legitimidade dos atos administrativos, portanto, não significa um valor absoluto, tanto que se qualifica como presunção juris tantum, ou seja, relativa, admitindo prova em contrário.

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994

Todavia, qualquer irregularidade ou invocação de nulidade deve ser necessariamente alegada e provada em juízo.

Havia, portanto, uma dicotomia incindível: é válido ou é inválido, terceiro excluído. Também era cediço que de atos nulos não podem emanar efeitos válidos. Mas, pouco a pouco, a doutrina foi avançando, no sentido de assegurar maior estabilidade nas relações jurídicas e admitindo que, em certas situações, o interesse público justificaria a manutenção dos efeitos do ato administrativo eivado de nulidade. Um dos pioneiros na sustentação desse posicionamento foi Almiro do Couto e Silva (1987, p. 61-62)¹⁰:

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existem quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade.

Mais recentemente, de maneira mais concisa, Odete Medauar (1996, p. 180)¹¹ reiterou esse entendimento, afirmando também a regra geral do poder dever de anular, mas que não é absoluta e admite exceções sempre que a satisfação do interesse público determinar a manutenção do ato inválido e de seus efeitos:

Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e em sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato.

Esse entendimento doutrinário, também consagrado na jurisprudência, acabou por ser acolhido na legislação, mais exatamente, pelo acréscimo feito pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, de algumas normas à antiga Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, atualmente designado como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Para os fins deste estudo, basta transcrever os artigos 20 e 21:

¹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, n. 84, 1987.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996;

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Essas novas normas correspondem a uma corrente da doutrina do Direito Administrativo, designada como “consequencialismo”, que, abandonando a antiga dicotomia entre válido ou inválido, atenta para com as consequências da invalidação e admite soluções alternativas negociadas. Para melhor entendimento desse posicionamento, cabe transcrever parte dos comentários feitos por Egon Bockmann Moreira (2015, p. 33-35)¹² ao Art. 26 do projeto, que corresponde ao Art. 21 da Lei:

O artigo 26 determina que as decisões (administrativas, controladoras e/ou judiciais - isto é, todos os atos de aplicação do Direito) que porventura invalidem atos e negócios jurídicos administrativos pretéritos (ato, contrato, ajuste, processo ou norma - pouco importa o nome) tenham de levar em consideração os seus efeitos futuros.

A previsão almeja positivar algo de muito significativo: as decisões que determinam a invalidade de atos e fatos pretéritos não se dão em abstrato (no maravilhoso e inexistente “mundo do dever-ser”). Tampouco a invalidação se encerra em si mesma - como se o tempo nela parasse. Ela não eclode num mundo ideal, endonormativo, sem que haja consequências práticas. Ao contrário: o ato de invalidar irradia os seus efeitos para além das suas fronteiras lógico-normativas (objetivas e subjetivas).

...

Claro que não se pode pretender que a pessoa/órgão decisor tenha conhecimento de todos os eventos futuros, sobretudo os imprevisíveis. O que importa dizer que os previsíveis/averiguáveis devem ser levados em consideração e sopesados - a fim de serem colocados à luz do dia e motivadamente acolhidos ou rejeitados. Por isso também, importante será a ouvida dos interessados, com a possibilidade de participação/colaboração nas alternativas decisórias.

¹² MOREIRA, Egon Bockmann. Artigo 26. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 33-35.

A doutrina mais recente avançou bastante quanto às possibilidades de convalidação do ato produzido com algum vício de legalidade, já identificando as diversas espécies de aproveitamento do ato e de seus efeitos. É o que mostra a primorosa lição de Edmir Netto de Araújo (p. 2011, p. 56-57)¹³:

Já dissemos, em outra oportunidade, que convalidação é gênero que se divide nas espécies ratificação, conversão, reforma e confirmação. Esta última é atualmente mencionada pelos arts. 172/177 do Código Civil vigente, oferece algumas diferenças em relação às modalidades tradicionalmente apontadas.

Ratificação é a modalidade de convalidação de ato viciado relativamente à competência, mediante declaração expressa da própria autoridade se competente for, ou da autoridade que for a competente, confirmando ato anulável considerando-o íntegro desde a origem, suprindo requisito ausente ou sanando defeito existente.

Na conversão, são reaproveitados os elementos válidos de ato relativamente nulo, para estruturar novo ato, legal, sem convalidar elementos do primeiro (portanto não seria convalidação, mas conversão de um ato em outro). O princípio da conservação dos valores jurídicos (art. 184 do Código Civil) informa que as nulidades parciais de um ato, se não absolutas, não prejudicam as partes legítimas, se separáveis (utile per inutile non vitiatur), como em uma nomeação sem concurso para cargo efetivo em nomeação para cargo em comissão.

A reforma se dá quando, por ato idôneo, se suprime de certo ato administrativo sua parte viciada, ilegal, mantendo-se a eficácia da parte não comprometida pela ilegalidade. É claro que isso só é possível se o ato puder subsistir sem a parte afetada, obedecendo ainda os requisitos de validade da formação do ato.

Finalmente, a confirmação, agora mencionada pelo Código Civil vigente, arts. 172/177, pela qual o negócio jurídico anulável pode ser confirmado pelas partes, por declaração que deve conter a substância do negócio e a vontade expressa de mantê-lo como está. Será, portanto, ato jurídico bilateral de concordância, para negócios jurídicos, e que só os interessados (partes) podem concretizar.

Como se sabe, o direito está em constante evolução, acompanhando o desenvolvimento científico, tecnológico e social. Neste estudo procurou-se partir do ato administrativo isolado, de sua produção por meio do processo administrativo e, por último, da quebra da rigidez formal, com sua substituição pela avaliação das consequências das decisões administrativas. E, o que é mais importante, eliminando a suposta antiga oposição entre o interesse público e o interesse dos particulares, buscando-se soluções concertadas e participativas em benefício da coletividade.

¹³ ARAÚJO, Edmir Netto. A convalidação dos atos administrativos e as leis de processo administrativo. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (orgs.). *Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

Direito administrativo e pandemia

Algumas questões candentes: governança, improbidade e processo

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Governança; 3. Improbidade; 4. Processo administrativo; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Chegamos ao fim de mais um ciclo de atividades do Núcleo de Direito Administrativo da Escola Paulista da Magistratura, o NEDA, que se deu entre os anos de 2019 e 2020.

Nesse período tive a grata oportunidade de ajudar a coordenar os trabalhos junto ao desembargador Wanderley Federighi, exemplo de magistrado e ser humano, uma companhia sempre agradável e inspiradora.

Na magistratura de hoje, premida pelos números², contribuir para que a nossa escola permaneça oferecendo um espaço de debate qualificado de temas atuais entre os magistrados não é algo ordinário.

É uma verdadeira trincheira que precisamos reforçar dia a dia, de modo que a chama pela busca da excelência na prestação jurisdicional mantenha-se acesa no coração dos juízes, sobretudo em tempos tão adversos³.

Pois bem, eis que é chegada também a minha vez de entregar uma produção escrita marcando o encerramento dessa etapa.

Minha proposta a respeito é tratar de um assunto que é vivo na mente de muitos dos estudam o Direito Público nos dias que correm, que é o de pensar como o Direito Administrativo pode contribuir para o bom encaminhamento de impasses (para usarmos um substantivo suave) advindos da pandemia de Covid-19.

Dentro do tema, teceremos considerações sobre três questões envolvendo governança, improbidade e processo administrativo.

Começemos.

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado. Coordenador adjunto do NEDA no ciclo 2019/2020.

² Sobre o fenômeno, ver MANCUSO, Rodolfo de C. *Acesso à justiça - condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3 ed., Salvador, JusPODIVM, 2018, p. 205 e ss.. Para mais elementos sobre nossa visão a respeito, ver CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Alexandra F. de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da Unimed paulistana? In COSTA, Daniel Castro G. da; FONSECA, Reynaldo Soares de; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas - estudos em homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso*, p. 311-327, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

³ Afora a grave crise sanitária, econômica e política experimentada, há pesquisadores que vem o aparato de justiça brasileiro sob ameaça constante, em especial após o julgamento de rumores de corrupção envolvendo figuras de destaque na arena política e econômica. A respeito confira-se entrevista de Paul LAGUNES, professor da Columbia University's School of International and Public Affairs in *Estado de São Paulo*, 13 de julho de 2020, p. A 12.

2. Governança

Em que medida a grave crise sanitária experimentada pelo país traz à tona o problema da governança pública?

Governança, entendida como um modelo de atuação estatal que, atendendo a determinados pressupostos e bem manejando certos instrumentos⁴⁻⁵, persiga maior eficiência no gerir a coisa pública, é uma noção fundamental neste período.

A população há algum tempo vem revelando sua insatisfação para com a qualidade dos serviços que lhe são prestados pelo nosso Estado, o que foi muito marcante nas jornadas de 2013, momento que inaugurou um ciclo de agudas contestações a nossas instituições, em um movimento que ainda não arrefeceu.

Num cenário de crise econômica, política e ética, as dificuldades da nossa burocracia em oferecer resultados palpáveis ao bem-estar coletivo passou a alimentar discursos populistas que vendem o seu simples desmonte como melhor solução para o país, como se os atores privados, por conta própria, cada qual perseguindo egoisticamente seus interesses, fossem capazes de levar nossa nação à prosperidade, em cumprimento ao projeto entabulado na Constituição de 1988 (que prevê dentre seus objetivos, é bom lembrar, a redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais⁶).

Não bastasse o quadro bastante desafiador que se desenhou nos últimos anos, chega a pandemia e, como um meteoro, exige a pronta atuação estatal em inúmeras searas, sobretudo no que se refere à tutela da saúde e à prestação de assistência social a milhões de pessoas.

Em um momento subsequente será o Estado chamado a desenvolver políticas econômicas anticíclicas, capazes de apoiar iniciativas públicas e privadas que gerem empregos e renda, para o que é pressuposto o exercício racional do poder que está à sua disposição.

⁴ Tal como defendido por nós em estudo de meio fôlego: *Governança Pública - um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁵ O signo *governança*, que entre nós vem assumindo diversas significações, passa a ser usado com cada vez mais frequência pela nossa doutrina do Direito Público na busca da proposta de um modelo de ação estatal eficiente. Odete Medauar, ressaltando a existência de noções díspares a respeito do conceito, destaca como pontos comuns na sua caracterização a participação, a regulação e a consensualidade (*O direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 359). Para um exemplo recente de abordagem nesse sentido: "(...) podemos dizer que governança pública abarca a estruturação da Administração Pública que incorpore adequados mecanismos de liderança, estratégia e controle, para que se possa exercer a gestão pública de forma eficiente, com objetivos claros a serem avaliados, monitorados e direcionados, segundo os interesses da coletividade expressos na Constituição Federal" (ALENCAR, Leandro Z. A. de. *O novo direito administrativo e governança pública - responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 104).

⁶ Para uma visão crítica a essa perspectiva do fenômeno econômico: "(...) não existem mercados em 'estado puro', isto é, não existe capitalismo sem o papel constitutivo e a ação reguladora e corretiva do Estado. Mercados autorreguláveis, como advogam certos desavisados defensores do liberalismo econômico, são ficção científica. Compreender como e com que fins o Estado forja e delinea mercados - fazendo-os surgir onde não existiam, desenhando seus limites, protegendo a concorrência e os consumidores - é, a propósito, uma das tarefas mais interessantes e relevantes do direito econômico" (COUTINHO, Diogo R. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o "abuso de poder regulatório" na Lei nº 13.974/2019 in SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, p. 169-180, São Paulo: RT, 2020, p. 175).

Seja em uma ou em outra frente a eficiência da atuação estatal, sob uma perspectiva maior de melhor governança a reger o funcionamento dos diferentes órgãos de nossa organização política, é tarefa inescapável dos nossos gestores⁷⁻⁸.

O descumprimento de tal encargo, além de contribuir para a trágica perda de um cem número de vidas que estão em perigo neste momento, ainda enfraquece a confiança do cidadão no serviço público, em uma marcha cujo desfecho é imprevisível.

3. Improbidade

Condutas equivocadas dos nossos gestores nesse período de crise sanitária podem ser enquadradas nos ditamos da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA)?

ALIA, como se sabe, tipifica três blocos de condutas lesivas à moralidade administrativa, a saber: as que conduzem ao enriquecimento ilícito de agentes (art. 9), as que implicam danos ao erário (art. 10) e as que violam princípios da Administração Pública (art. 11).

Neste momento nos parece evidente sua aplicação, em reforço à legislação penal pertinente, no que se refere às contratações públicas, atividade no bojo da qual vislumbra-se risco de superfaturamento de compras de equipamentos e insumos hospitalares, as quais realizam-se, de modo justificado, com dispensa de licitação⁹.

Ressalvando-se que não se pode fechar os olhos à dificuldade de oferta de muitos desses produtos em um momento em que boa parte do mundo pretende sua aquisição, o que naturalmente conduz à prática de preços mais elevados que os rotineiros para operações análogas, infelizmente, mesmo em circunstâncias tão adversas, é possível que delinquentes vejam oportunidade de lucrar indevidamente às custas da desgraça que alcançou todo o país.

⁷ Ilustrando a dificuldade que se tem, sob uma perspectiva jurídica, de tratar da questão da eficiência da ação administrativa, em especial quando esse valor se contrapõe, em tese, ao princípio da legalidade, ver CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 239 e ss.

⁸ Sendo que para os juristas poderem contribuir para o êxito dessa missão desponta como relevante uma abertura epistemológica do Direito a conhecimentos produzidos por outros ramos do conhecimento, como a economia, a psicologia e a ciência política, como pondera BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 232 e ss.. Ao tratar da adoção de políticas públicas inspiradas em estudos de economia comportamental no Reino Unido, a autora afirma: “*adotam-se medidas simples, mas, que baseadas em estudos comportamentais, são capazes de economizar recursos públicos. Pretende-se ainda incentivar os cidadãos a pensarem sobre as suas escolhas. Desde a sua criação, em 2010, a unidade Nudge já gerou uma economia de L 300 milhões de libras esterlinas. Como medidas bem sucedidas, citam-se o aumento do número de multas pagassem função do envio de mensagens de texto personalizadas aos infratores e o aumento da arrecadação tributária em 15% ao se informar aos contribuintes devedores que a maior parte dos habitantes da cidade já havia quitado seus tributos*”(p. 235/236). Também defendendo uma maior interdisciplinariedade e pragmatismo como métodos a balizar a pesquisa em Direito, é a reflexão de MENDONÇA, José Vicente S. de. A verdadeira mudança de paradigmas no direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo *in Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 179-198, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014, p. 188 e ss.

⁹ Para uma leitura quanto aos diferentes níveis de formalidade legal que seriam exigíveis das autoridades em contratações públicas determinadas por desastres naturais, isso a depender do grau de urgência que marca a celebração de tais vínculos, fator que inclusive pode aproximá-las do instituto da requisição administrativa, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. Desastres naturais e as contratações emergenciais *in Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 149-178, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014, p. 161 e ss.

De se perguntar, ainda, se no manejo do poder de polícia¹⁰ seria possível alguma malversação capaz de atrair a incidência da LIA?

A questão, que nos foi colocada por Thais Marçal em evento da Escola Superior da Advocacia do Rio de Janeiro¹¹, foge um pouco do lugar comum nessa matéria.

Poder de polícia, como se sabe, é o nome pelo qual se designam as atividades administrativas que, restringindo a esfera de liberdade dos particulares, busquem a preservação de valores caros à comunidade, os quais são bastante diversos e normalmente sintetizados sob o (elástico) conceito de ordem pública.

Para as condutas tipificadas nos arts. 9 e 10 da LIA, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, teríamos que pensar em ações ou omissões imputadas aos gestores públicos que, no bojo de sua competência ordenadora¹², produzissem tais efeitos.

Um exemplo para a primeira hipótese seria uma decisão restritiva de direitos (como uma determinação para fechamento de estabelecimentos comerciais) que tivesse por fim não o resguardo da saúde pública por meio da limitação da circulação de pessoas, mas sim o propósito de favorecer alguns agentes econômicos em detrimento de outros.

Ou seja, estaríamos diante de um caso típico de desvio de poder, mas que, pelo menos, pela experiência acumulada a respeito em nosso país, não seria de fácil caracterização, seja pela generalidade dos comandos editados por Estados e Municípios no sentido de paralização em seus territórios de atividades industriais e comerciais consideradas não essenciais, seja pela adoção de medidas do mesmo tipo por inúmeros países em todo o globo, amparadas no conhecimento técnico-científico que vem se mostrando mais coerente com políticas públicas que priorizem a preservação de vidas neste momento.

Já para a segunda hipótese (art. 10 da LIA), difícil vislumbrar conduta dolosa da autoridade que, para enfrentamento da crise sanitária, estabeleça ou deixe de estabelecer restrições à liberdade individual de modo a gerar prejuízo ao patrimônio público. Ainda que a imposição de óbices ao desenvolvimento de negócios presumivelmente acarrete perda de receitas tributárias, isso acaba sendo um efeito colateral de uma decisão que se pauta por um interesse público maior.

Por outro lado, a não adoção de medidas restritivas à liberdade individual, ou a sua adoção em nível menos intenso do que recomendado pelos técnicos da área sanitária, pode implicar um aumento de casos de contaminados pela Covid-19, mas é tão difícil quantificar o fenômeno quanto relacioná-lo a prejuízo ao erário.

Se o quadro delineado já é difícil com o filtro do elemento anímico do dolo, quanto mais com o da culpa grave, na visão que vem sendo dada pelos Tribunais à “culpa” constante do *caput* do art. 10 da LIA.

¹⁰ Para uma leitura contemporânea do clássico tema do poder de polícia/faceta autoritária da atuação estatal como elemento da função regulatória a cargo da Administração, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163 e ss.; VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil - justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 136 e ss.

¹¹ Evento realizado em 06 jun. 2020 juntamente com Estevão Gomes e Leonardo Rocha com o tema Poder de Polícia e Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=go08ltihQEI>. Acesso em: 26 jun. 2020.

¹² Nome usado por parte da doutrina para designar a competência de polícia administrativa a cargo das autoridades. Ilustrando tal abordagem, ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 2003.

Resta, então, perquirir se o mau manejo do poder de polícia durante a pandemia poderia ser tipificado nos termos do art. 11 da LIA, que prevê como ato de improbidade aquele que atente contra os princípios da Administração Pública.

Ainda que compartilhem das preocupações apontadas por importante parte da doutrina contemporânea quanto à necessidade de alguma reserva no enquadramento dos comportamentos dos nossos gestores nos termos do art. 11 da LIA, sobretudo quando se persegue sua punição por atos que não impliquem uma violação clara da lei, é possível que o dispositivo possa desempenhar função relevante no contexto examinado.

Além do reforço à reprimenda ao *desvio de poder* já devidamente constante do inciso I do art. 11¹³, a não motivação de atos que impliquem severa restrição a liberdades individuais em prol da saúde pública durante a crise sanitária, poderia, em tese, justificar a aplicação da Lei de Improbidade.

Os atos administrativos, por serem praticados por servidores públicos no exercício de poderes que lhes são conferidos para o cumprimento de tarefas caras à coletividade, devem ser motivados, ou seja, serem passíveis de explicação para os seus destinatários¹⁴⁻¹⁵.

Os atos administrativos não motivados são nulos, isso nos termos do que é previsto de modo expresso na Lei nº 4.717/1965 (art. 2^a, “d”), cuja alínea “d” do parágrafo único do seu art. 2º estabelece: “*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”¹⁶”.

Numa situação como a exposta, a inexistência de motivação idônea para limites graves impostos aos cidadãos ofenderia, pois, a letra da lei.

Tal fato, por si só, conduziria a incidência do *caput* do art. 11 da LIA?

Sem prejuízo de melhor reflexão quanto ao ponto, nos parece que só a inobservância do art. 2º, “d” da Lei nº 4.717 pode não ser o suficiente para revelar o dolo do administrador público em agir de modo desonesto ou temerário, que seriam os bens jurídicos

¹³ Art. 11 da Lei nº 8.429/92 – “*Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (...)*”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 28 jun. 2020).

¹⁴ Essa possibilidade de definição que propomos para “motivação” leva em conta que a dinâmica da vida no âmbito das repartições públicas, embora inviabilize que todo ato seja acompanhado de prévia motivação por escrito, pelo menos exige que a autoridade, após questionada quanto ao seu comportamento, ofereça as razões que o justificam. Em outra oportunidade alocamos tal ônus sob a perspectiva de um dever mais geral de “prestação de contas” (*Governança Pública - um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 144 e ss.).

¹⁵ Sobre o dever de motivação dos atos administrativos, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2007. Para comentários acerca do reforço do ônus argumentativo imposto à Administração por força de alterações recentes ocorridas em nosso direito positivo, dentre as quais se destacam as promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, ver NOHARA, Irene Patrícia. *Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 3-20, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. *O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 51-72, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹⁶ Art. 2º da Lei nº 4.717/1965 - “*São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) d) inexistência dos motivos; (...). Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 28 jun. 2020).

mais relevantes tutelados pela Lei nº 8.429/92, justificando a vigência autônoma desse diploma em nosso sistema jurídico.

Nada obstante, imagine uma hipótese em que a autoridade, mesmo intimada por órgãos de controle a justificar um ato restritivo de direitos adotado neste período, seja esse de índole geral e abstrata ou individual e concreta, simplesmente não o faça, dando de ombros à requisição de esclarecimentos que lhe é dirigida.

Será que uma circunstância como a descrita não qualificaria a ofensa à legalidade decorrente da ausência de motivação, revestindo-a de maior gravidade, a ensejar a aplicação da LIA?

Note-se que um raciocínio análogo pode ser aplicado ao anverso da moeda, ou seja, à hipótese na qual uma autoridade é questionada por não adotar medidas restritivas à liberdade individual vocacionadas a preservação da saúde pública, isso apesar de instada a tanto por setores técnicos da burocracia estatal.

4. Processo administrativo

Por que o processo administrativo deve ser valorizado tanto no curso desses dias difíceis como após o fim da calamidade pública?

No mesmo contexto do ônus de motivação das medidas excepcionais adotadas (ou não) durante a pandemia pelas diversas esferas de governo, emerge a preocupação com o papel a ser cumprido pelo instituto do *processo administrativo* nesse período.

Isso por duas razões principais.

Como se sabe, o *processo administrativo* é um instrumento para o aprimoramento da decisão estatal tanto sob uma perspectiva interna como externa.

Isto é, seguindo-se um iter preordenado para a realização de escolhas que terão impacto na vida das pessoas, o qual envolve a criação de oportunidades para ouvi-las e a colheita de evidências em instrução adequada, busca-se, de um lado, a eficiência da política a ser adotada e, de outro, a tutela dos direitos e interesses dos cidadãos¹⁷.

Logo, sob essas duas perspectivas a valorização do *processo administrativo* é vital para a própria legitimidade do nosso Estado, já que, como é intuitivo, os cidadãos tendem a ser mais “favoráveis a” e a “agir colaborativamente com” governantes cujo poder seja exercido em bases racionais e de modo a produzir efeitos palpáveis em prol do bem-estar coletivo¹⁸.

¹⁷ Sobre os papéis a serem desempenhados pelo processo administrativo no aprimoramento da função estatal, ver MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008, p. 65 e ss.; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 169 e ss.. Em especial no que se refere a sua importância para o controle da discricionariedade administrativa, ver PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 236 e ss.. Para uma reflexão acerca da sua função em prol da garantia da segurança jurídica, ver DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica* in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 685-699, São Paulo: Atlas, 2013. Sobre o processo administrativo como uma ferramenta a serviço da Democracia, ver SCHIRATO, Vitor R.. *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia* in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*, p. 9-51, São Paulo: RT, 2010.

¹⁸ “Legitimação, eficiência e garantia são os principais objetivos dos processos administrativos no Estado Democrático de Direito. Todavia, não se esgotam aí as suas finalidades. Além dessas, a doutrina costuma ainda acentuar o papel que os processos administrativos exercem como meio de controle da Administração Pública, sobretudo no que se refere ao exercício do poder discricionário, que resta substancialmente limitado quando conformado à via processual participativa” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 172).

Para a formulação de políticas públicas para lidar com os efeitos da crise sanitária, tanto no hoje como no amanhã, os gestores deverão: 1) proceder a um diagnóstico preciso dos problemas a serem enfrentados; 2) eleger prioridades; 3) estabelecer metas a serem atingidas; e 4) planejar adequadamente de como fazê-lo, com a mobilização de fatores materiais e humanos indispensáveis para tanto.

A forma de levar a cabo tal missão em conformidade com os ditames do nosso ordenamento jurídico é pelo *processo*, que, vale lembrar, em termos de direito positivo, ainda mereceu atenção em três leis recentes.

Se sob o prisma individual as garantias previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, aliadas à disciplina da Lei nº 9.784/1999, já vinham servindo de anteparo aos cidadãos em face do arbítrio, tanto não vinha se dando sob a perspectiva coletiva, sobretudo no que concerne ao exercício do poder regulamentar¹⁹.

Neste contexto surgem o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁰, art. 5º da Lei de Liberdade Econômica²¹ e art. 6º da Lei das Agências Reguladoras²².

¹⁹ “Sem ignorar a importância de soluções de caráter institucional, avulta crescentemente o relevo das medidas de natureza procedimental. Assim sucede não apenas quanto à formação dos atos e dos contratos administrativos, mas também a respeito do procedimento de formação de regulamentos administrativos. Numerosos regulamentos contêm disposições que afetam de modo direto e imediato direitos e interesses legalmente protegidos. O imperativo de audiência dos interessados coloca-se que tais circunstâncias em termos idênticos aos respeitantes à necessidade tal diligência antes da emissão de atos administrativos desfavoráveis. Mas, mesmo quando a incidência dos preceitos contidos nos regulamentos pareça apenas de natureza geral e abstrata, o papel destes na acomodação de interesses públicos e particulares justifica - designadamente sob inspiração da práxis norte-americana - um maior grau de fundamentação e de escrutínio sobre a ponderação levada a cabo para efeito da determinação das soluções e sobre a consonância destas com os fins visados pelas leis regulamentadas”(CORREIA, J. M. Sérulo. O direito administrativo ao longo das últimas décadas in MARQUES, Francisco P.; COIMBRA, José D.; FREITAS, Tiago F. de. (org.). *Escritos de direito público*, v.I, Direito Administrativo, p. 193-209, Coimbra: Almedina, 2019 - texto de 2015, p. 208-209)

²⁰ Art. 29 do Decreto-lei nº 4.657/1942 - “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

²¹ Art. 5º da Lei nº 13.874/2019 - “As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

²² Art. 6º da Lei nº 13.848/2019 - “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito. § 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários. § 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo. § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

Não sem resistências e contramarchas²³, já que a exigência de processo como condição para o exercício de poder significa justamente limite às autoridades públicas, tem-se que o tema avança entre nós, isso em um momento em que se exige Estado mais responsivo, o que implica necessariamente uma Administração Pública como um espaço de realização de Justiça (função que, assim, deixa de ser vista como atribuição exclusiva - ou quase exclusiva - do Judiciário²⁴).

Quanto a este último aspecto deve-se ressaltar que, além do seu papel fundamental no desenho de políticas públicas eficientes, o *processo* ainda é o caminho pelo qual as repartições públicas deverão oferecer respostas fundamentadas aos pleitos que a população lhe apresentar em razão da pandemia²⁵.

Dessa forma, em havendo regulamento que determine o fechamento de um dado tipo de estabelecimento por risco de propagação do Covid-19, caso um empreendedor afetado entenda que haveria forma de continuar a exercer suas atividades com algumas restrições, com implantação de protocolos de serviço capazes de mitigar risco à saúde pública de seus funcionários e clientes, este deve formular seu pleito à repartição pública competente, a qual deverá respondê-lo de forma fundamentada, justificando a proporcionalidade da medida de força manejada.

O mesmo se diga quanto a inúmeras pretensões de natureza tributária que possam surgir no período, especialmente envolvendo impostos sobre propriedade cujo uso restou impossibilitado em razão de determinação do Poder Público, ou dificuldades para empresas manterem os termos de programas de parcelamento já assumidos durante os meses nos quais tiveram seu funcionamento total o parcialmente interditado.

Todas essas situações envolvem milhares de contribuintes e precisam ser detidamente analisadas pela Administração, no bojo de um devido processo²⁶, redundando em decisões suficientemente motivadas, do que deve resultar precedentes a serem considerados para

²³ Confira-se, a respeito, o art. 21 do Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório prevista na Lei de Liberdade Econômica e na Lei das Agências Reguladoras: “a inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm. Acesso em: 25 jul. 2020. O dispositivo, como se vê, surpreende, já que tende a minar de ineficácia a própria ideia de processualidade que subjaz o esforço legal em obrigar a Administração a cumprir um devido processo antes da expedição de atos normativos.

²⁴ “O processo administrativo oferece possibilidade de atuação administrativa com justiça. Encontra-se mesmo a afirmação de que o ‘núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo’. O procedimento administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses que envolvem uma situação” (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008, p. 71-72).

²⁵ “Tem-se por óbvio que quando a Constituição assegura o direito de petição, isso não pode se resumir ao direito de protocolar um pedido perante a Administração Pública. É ululantemente óbvio que o direito de petição traz implícito o direito a uma decisão fundamentada da petição apresentada” (DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 685-699, São Paulo: Atlas, 2013, p. 687).

²⁶ O que pressupõe a sua abertura para a participação popular, com a possibilidade de oitiva de todos os potenciais interessados nas medidas examinadas. Sobre o tema: “(...) a participação democrática se incorpora à Administração moderna como instrumento de gestão, possibilitando ao administrador conhecer melhor o problema a ser enfrentado, e, a partir da participação dos atores envolvidos, buscar a melhor adequação entre objetivos e resultados, com racionalidade econômica” (ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na Administração - o procedimento da reforma do plano diretor da cidade de São Paulo - fase do Executivo - Gestões Kassab (2006-2012) e Haddad (2013-2016)*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 29).

apreciação de pretensões futuras análogas²⁷, bem como a emissão de novos regulamentos a conferir caráter geral às deliberações mais relevantes, isso haja vista o dever que incumbe ao gestor quanto à garantia da isonomia e proporcionalidade nas suas ações²⁸⁻²⁹.

5. Conclusão

Neste ensaio tratamos de alguns temas atinentes ao Direito Administrativo cuja relevância emerge nesse período de crise sanitária.

Nos propusemos a discorrer sobre *governança*, *improbidade* e *processo*, pensando como essas noções e institutos podem ou devem ser trabalhados enquanto enfrentamos a situação de calamidade pública e, em especial, nos momentos subseqüentes ao seu estágio mais crítico, quando estivermos reorganizando nosso Estado e sociedade para o que está por vir.

As pessoas estão perdendo, com uma boa dose de razão, a paciência com uma Administração ineficiente, que exige altos impostos para sua manutenção e devolve, como contrapartida, serviços de baixa (quando não péssima) qualidade.

Uma situação difícilima como a ora experimentada recoloca luzes sobre o serviço público como um todo, sobre sua importância para a interdependência social, sobre a imprescindibilidade de um governo que consiga adequadamente coordenar esforços públicos e privados em prol do bem comum.

Que não deixemos essa chance passar.

Oxalá nossos governantes e servidores despertem para as exigências dos novos tempos, pensando, cada qual dentro de suas atribuições, como podem produzir melhores resultados para a população através do uso inteligente/econômico dos recursos à sua disposição.

O não despertar, como já ponderado, pode acarretar resultados imprevisíveis para a manutenção de nossa ordem democrática, em desdobramentos que podem ser altamente prejudiciais para a grande maioria da população.

Referências

ALENCAR, Leandro Z. A. de. *O novo direito administrativo e governança pública - responsabilidade, metas e diálogos aplicados à Administração Pública do Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

²⁷ Sobre o tema precedentes administrativos, ver LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017.

²⁸ Note-se que o art. 30 da LINDB inclusive determina que a Administração atue “para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”, instrumentos que tem caráter vinculante pelo respectivo órgão emissor, até oportuna revisão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2020. Comentando o dispositivo, pontuam Floriano de A. MARQUES NETO e Rafael Vêras de FREITAS: “O racional dos precedentes é, de um lado, garantir a previsibilidade a propósito de entendimentos administrativos, e, de outro, não tratar situações iguais de forma distinta - o que afrontaria a isonomia” (*Comentários à Lei nº 13.655/2018 - Lei da Segurança para a Inovação Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 168).

²⁹ Valendo ainda ressaltar que o êxito em se encontrar soluções de equilíbrio em todos esses pleitos em boa medida dependerá da disposição de os gestores buscarem soluções consensuais para os impasses, o que hoje encontra um dos seus fundamentos legais expressos no art. 26 da LINDB. Acerca do tema transação extrajudicial na Administração, ver SANTOS, Bruno Grego. *Transação extrajudicial na administração pública*, São Paulo: RT, 2019; OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Acordos administrativos no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2020 (obra coletiva).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na Administração - o procedimento da reforma do plano diretor da cidade de São Paulo - fase do Executivo - Gestões Kassab (2006-2012) e Haddad (2013-2016)*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CORREIA, J. M. Sérvulo. O direito administrativo ao longo das últimas décadas in MARQUES, Francisco P.; COIMBRA, José D.; FREITAS, Tiago F. de. (org.). *Escritos de direito público*, v.I, Direito Administrativo, p. 193-209, Coimbra: Almedina, 2019 (texto de 2015).

COUTINHO, Diogo R. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o “abuso de poder regulatório” na lei 13.974/2019 in SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo V. B.; FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*, p. 169-180, São Paulo: RT, 2020.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. *Governança Pública - um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente*, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Alexandra F. de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da Unimed paulistana? In COSTA, Daniel Castro G. da; FONSECA, Reynaldo Soares de; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (coord.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas - estudos em homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso*, p. 311-327, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica in MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene P.; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública - estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, p. 685-699, São Paulo: Atlas, 2013.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de C. *Acesso à justiça - condicionantes legítimas e ilegítimas*, 3 ed., Salvador, JusPODIVM, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de A.; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 - Lei da Segurança para a Inovação Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente S. de. A verdadeira mudança de paradigmas no direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 179-198, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. Desastres naturais e as contratações emergenciais in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 149-178, Rio de Janeiro: FGV, jan.-abr. de 2014.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008.

- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 3-20, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Acordos administrativos no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2020 (obra coletiva).
- PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade - métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- SANTOS, Bruno Grego-. *Transação extrajudicial na administração pública*, São Paulo: RT, 2019.
- SCHIRATO, Vitor R. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*, p. 9-51, São Paulo: RT, 2010.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Leticia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*, p. 51-72, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil - justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Responsabilidade extracontratual do Estado: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação comportamento administrativo?

*Ana Rita de Figueiredo Nery*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Duas formulações necessárias sobre o tema da responsabilidade extracontratual do Estado; 1.1 O regime de responsabilidade patrimonial; 1.2 A jornada de progressiva extensão e flexibilização dos institutos que estruturam a responsabilidade do Estado; 1.2.1 Evolução da responsabilidade subjetiva para o regime de risco administrativo; 1.2.2 Colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização do agente público; 1.2.2.1 Análise dos temas 777 e 940 do Supremo Tribunal Federal; 2. Algumas funções possíveis para a responsabilidade extracontratual do Estado: recurso à filosofia do direito para compreensão da racionalidade subjacente à condenação do Estado por seus comportamentos lesivos; 3. Reflexões contemporâneas e as pistas que a prática nos dá sobre o que se quer com a responsabilização do Estado; 3.1 Flexibilização das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado: nexo causal, expansão do dano ressarcível, novos danos e a seleção dos interesses mercedores de tutela; 3.2 Despatrimonialização da reparação; 3.3 Acordos extrajudiciais; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

O artigo traz o tema da responsabilidade extracontratual do Estado como desdobramento de um relevante grupo de estudos sobre a Administração Pública. São eles os estudos comportamentais². Esses estudos, que observam a ação administrativa pelo prisma do comportamento de seus agentes e das interações entre seus órgãos e entidades, despertam nossa curiosidade para as consequências da condenação do Estado para o próprio Estado? É possível melhorar os serviços? É possível aperfeiçoar o comportamento do agente público?

¹ Doutora em Direito do Estado (USP). Pós-Graduação em Direito da Administração Pública (UFF) e em Direito para a Carreira da Magistratura (EMERJ). Professora Assistente da Escola Paulista de Magistratura (EPM). Autora do livro *A causa do contrato administrativo*, publicado pela ed. Lumen Juris.

² Em brevíssima síntese, sabe-se que os estudos sobre a Administração Pública sempre foram pautados na estrutura de seus atos e na forma de suas organizações. Os estudos comportamentais, por sua vez, propõem a retomada do tratamento do elemento voluntarista em prestígio à individualização do agente público, de sua qualificação para o debate público e, por consequência, do reconhecimento de que a Administração Pública reage aos incentivos e desincentivos propostos pelo meio, seja uma decisão judicial, seja uma crise institucional, seja a repercussão pública em uma tragédia. A análise comportamental foi um legado que a ciência política e os estudos psicanalíticos do início do século XX deixaram para as ciências sociais aplicadas nos anos 1930 e desde então tornou-se importante examinar o comportamento dos indivíduos no lugar de exclusivamente considerar que as pessoas são sempre guiadas por formas e estruturas; leis e regramentos. Um dos estudos precursores do tema, prêmio Nobel de ciências econômicas pelos estudos sobre escolhas públicas: BUCHANAN, James McGill. "Public Choice: Politics Without Romance". In: *The Quarterly Review of The Centre for Independent Studies*, p. 1-6, 2003. Outra obra de referência: SIMON, Herbert A. *Administrative Behavior: a study of decision-making processes in Administrative Organizations*, 4a ed., New York: The Free Press, 1997.

A proposta parte da premissa de que a responsabilidade civil tem um relevante papel na modelação de comportamentos. No ambiente privado, a responsabilidade civil impacta modelos contratuais, organizações societárias, comportamentos de consumidores e a economia doméstica. A opção pela securitização de bens e serviços bem exemplifica o papel da responsabilidade civil na indução de comportamentos.

O ambiente público não é diferente. A responsabilidade extracontratual do Estado repercute na organização de serviços públicos³, no planejamento financeiro dos entes federados e nas estratégias de pactuação de parcerias com particulares⁴. Isso porque toda vez que se condena o Estado a recompor prejuízos materiais ou morais sofridos pelos administrados, se deflagra – ou deveria ser deflagrada – uma engrenagem de ações internas na Administração Pública que vão desde a organização orçamentária para adimplemento da obrigação até a reorganização de posturas administrativas que se apresentaram falhas no caso concreto, passando pelo tratamento da função pública, pela capacitação ou mesmo pela punição administrativa.

O tema será exposto a partir de duas formulações necessárias. Tais formulações, de um lado, estabelecem um piso de compreensão sobre o panorama contemporâneo da responsabilidade extracontratual do Estado. De outro lado tais formulações revelam como a responsabilidade extracontratual do Estado foi evoluindo de forma a tornar mais eficaz seu potencial modelador de comportamentos administrativos.

A partir das duas formulações postas, serão discutidas algumas funções possíveis para a responsabilidade extracontratual do Estado. Que efeitos podem ser esperados da decisão que condena o Estado a promover a reparação por uma lesão extracontratual? Por fim, serão analisados dilemas contemporâneos sobre o tema, mais precisamente i) a aparente aproximação entre o regime de responsabilidade extracontratual do Estado e o regime de responsabilização dos particulares no que diz respeito à mitigação dos seus requisitos e à ampliação dos danos; ii) despatrimonialização da reparação devida pelo Estado; iii) celebração de acordos extrajudiciais por iniciativa do ente público responsável pela lesão extrapatrimonial.

Tomam-se da prática pistas sobre o que se quer – na doutrina e na jurisprudência – com a responsabilidade extracontratual do Estado, na busca de um horizonte ainda pouco investigado que é o da repercussão das condenações do Estado no aprimoramento da ação pública.

1. Duas formulações necessárias sobre o tema da responsabilidade extracontratual do Estado

1.1 Regime de responsabilidade patrimonial do Estado

A primeira formulação pode ser assim estruturada: *o regime jurídico de responsabilização patrimonial do Estado por lesões extracontratuais é mais rígido e contundente que o regime de responsabilização patrimonial dos particulares.*

³ Já se escreveu sobre a importância da criação de espaços de consensualidade para solução de problemas de responsabilidade extracontratual envolvendo falhas em serviços públicos (NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade Civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Rosenvald, Nelson; Milagres, Marcelo (org.) *Responsabilidade Civil: novas tendências*. 2ª Ed. Indaiatuba: FOCO, 2018, p. 541-550).

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2015, especialmente itens 5.3.1.7 e 7.5.2.

A afirmação acima decorre de três constatações, de ordem histórica e normativa. A primeira constatação é de que o ordenamento jurídico brasileiro ostenta um regime constitucional de responsabilização do Estado desde 1824. A Constituição Imperial previa, nos artigos 156 e 179, a responsabilização pessoal dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício da função:

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

[...]

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Há quem defenda que a responsabilização exclusiva do agente público, em verdade, representaria a irresponsabilidade do Estado. Entende-se, todavia, que o reconhecimento de que a ação pública se sujeita à responsabilidade extracontratual, seja a lesão imputada ao Estado ou ao agente, já é, do ponto de vista da construção de uma matriz republicana, um degrau importantíssimo para o modelo contemporâneo de responsabilização civil do Estado. Vale, afinal, a teoria de que o agente público nada mais é que o sujeito que serve ao poder público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação. É sobre essas premissas que se afirma que a Constituição imperial já trazia previsão da responsabilidade extracontratual do Estado.

Ainda sobre a Constituição de 1824, havia uma ressalva: o Imperador não poderia ser responsabilizado por danos causados a terceiros. Ele era detentor de um poder à parte, o Poder Moderador, que trabalhava ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, com a finalidade de controlar a organização política do Império. Esse poder era de titularidade exclusiva do Imperador e liberava-o de qualquer responsabilidade com base no artigo 99: “A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Todas as Constituições subsequentes trouxeram alguma previsão acerca da responsabilidade civil do Estado, cambiante apenas o regime de responsabilização.

Deve-se, por exemplo, à Constituição de 1934 o regime de responsabilização solidária entre o funcionário que causou o dano e a Administração Pública. Segundo o artigo 171, “os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. A responsabilidade solidária gerava, neste caso, um litisconsórcio passivo facultativo entre o agente e o ente público.

A segunda constatação é de que, ao lado do regime constitucional de responsabilização do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro se vale de um *regime constitucional de pagamento das dívidas do Estado*, através da sistemática dos precatórios.

Além da rigidez normativa, cara à disciplina constitucional, a União salvaguarda eventual estado de insolvência dos entes subnacionais, o que pode se dar por diversas iniciativas, a exemplo dos regimes de transferência de receita ou mesmo através da recuperação fiscal. Diversos são os instrumentos que protegem a receita corrente líquida dos entes federativos de forma a garantir o pagamento das dívidas de precatório. É bem verdade que o regime de precatório esvazia um pouco o otimismo inicial já que há entes devedores, especialmente estados, que acumulam quase 20 (vinte) anos de fila. De toda forma, em nada se aproxima dos índices de execuções frustradas no setor privado. No regime jurídico de direito público, ainda que tardiamente, o pagamento é feito, de forma integral e atualizada.

Em terceiro lugar, faz coro à formulação de que o regime de responsabilidade patrimonial do Estado é mais rígido e contundente que o dos particulares, a imposição indistinta do Estado à responsabilização por risco administrativo. Significa dizer que a regra, para o Estado, é a responsabilidade objetiva. Ainda que no caso da responsabilidade por omissão se defenda⁵, com base na teoria da falta do serviço, a necessidade de prova da culpa administrativa na abstenção de um dever juridicamente exigível, a regra – na doutrina e na jurisprudência – é a responsabilidade objetiva do Estado.

⁵ A despeito dos entendimentos em contrário, entendo que a Constituição Federal, no artigo 37, §6º não distingue se o ato jurídico causador do dano decorreu, naturalisticamente, de uma conduta omissiva ou comissiva. A propósito, desde 1946 o regime é da responsabilidade objetiva do Estado, independentemente da natureza da conduta. O que se coloca, por vezes, como “culpa administrativa” pela “falta do serviço” diz respeito, em verdade, à demonstração nexo de causalidade ou com a comprovação da juridicidade do ato causador do dano. Nesse sentido cita-se pela sua relevância histórica Recurso Extraordinário 109615/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, assim ementado: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais e de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material e entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da leicitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. A obrigação governamental de preservar a integridade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se acha sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE nº 109615-2/RJ, 1ª Turma, Rel. Min Celso de Mello, julg. 28.05.1996.

No plano da responsabilidade civil do direito privado, ainda que cada vez mais ampliado o cenário normativo da responsabilidade objetiva, a regra ainda é a necessidade de se provar a culpa do agente. A culpa, a propósito, é um filtro muito relevante para a responsabilidade civil aquiliana. Isso porque impacta a distribuição do ônus probatório, deflagra intercorrências no processo judicial e sofre as consequências do transcurso do tempo.

Os quadros histórico e normativo sobre o regime de responsabilidade do Estado revelam um ambiente bastante responsivo do ponto de vista da garantia patrimonial, mas essencialmente voltado à solução processual, conflituosa, das ocorrências de lesão extracontratual pelo Estado. Nessa esteira, a perspectiva de modelagem comportamental da ação pública deixa de ser uma consequência da lei e passa a ser uma consequência – se assim for – da decisão judicial. A decisão judicial, nesse contexto, passa a ter papel fundamental na calibragem dos efeitos da condenação do Estado sob a perspectiva da reação administrativa àquela lesão a bem jurídico.

1.2 A jornada de progressiva flexibilização dos institutos que estruturam a responsabilidade do Estado

Pela segunda formulação afirma-se que *a responsabilidade extracontratual do Estado observou uma jornada de progressiva flexibilização dos institutos que fundamentam a condenação do Estado*. Essa formulação, por sua vez, está fundada em três outras constatações, também de ordem histórica e normativa.

1.2.1 Evolução da responsabilidade subjetiva para o regime de risco administrativo

A primeira dessas constatações, bastante explorada pela doutrina, diz respeito à evolução da responsabilidade subjetiva para um regime de risco administrativo em que prepondera o regime de responsabilidade objetiva.

Deixando de lado o complexo e fragmentado regime de responsabilização vigente à época dos estados absolutos⁶, considerada exclusivamente a trajetória constitucional brasileira, o que se tem é uma primeira fase em que vigia o regime civilista de responsabilidade subjetiva, amparada pelas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937.

Já as Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 previram o regime publicista de responsabilidade objetiva, ou seja, retirando de forma definitiva o requisito da demonstração de culpa do roteiro de análise da lesão provocada pelo Estado, através de seus agentes.

⁶ A propósito, costuma-se dizer de forma geral que nos Estados absolutistas vigia um regime de irresponsabilidade do Estado. Essa afirmação, ainda que resuma de forma genérica a experiência preponderante dos cidadãos submetidos ao Estado absoluto, deixa de revelar algumas hipóteses bastante importantes para a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado. A doutrina da imunidade soberana em relação à responsabilidade extracontratual do Estado possuiu, tanto na França com na Inglaterra, espaços de excessão. É o caso, na Inglaterra, das “*petitions of rights*” que desde o século XIII veiculavam reclames de particulares perante conselhos locais ou à chancelaria por descumprimento de obrigações cabíveis à Coroa. O funcionário era pessoalmente responsabilizado, mas a obrigação de fazer era levada a efeito pela Coroa e, no caso de indenização, os valores saíam de fundos públicos. Também na França, mesmo durante a vigência do Estado absoluto, sob a égide do procedimento instituído pelo artigo 75 da Constituição de 1799, a construção pretoriana do Conselho de Estado admitia a responsabilização do funcionário público por danos causados no exercício de suas funções. Sobre esses e outros exemplos: CUADROS, Oscar Alvaro. *Responsabilidad por daños y Estado*. Buenos Aires: Astrea, 2018.

Nesse movimento de migração da responsabilidade subjetiva – teoria civilista – para a responsabilidade objetiva – regime publicista –, não é difícil observar que a função pública (a ação do agente público) perde espaço para a ação pública (a ação da Administração Pública) no momento da análise da causalidade. A investigação do elemento culposo, sem sombra de dúvidas, carregava a análise da responsabilidade extracontratual com um elemento anímico de difícil demonstração. A intencionalidade do agente público dificultava a análise probatória e expunha o lesado à necessidade de demonstrar, em meio à complexa estrutura administrativa, a falta de expertise, negligência ou imprudência daquele que atua em nome do Estado.

Na prática, uma análise que poderia servir para aperfeiçoar a ação pública incentivando boas práticas e bons comportamentos – exatamente pela perspectiva de individualização da função pública – se apresentava como uma barreira entre o cidadão e o Estado. A prova da lesão se tornava extremamente complexa e a distância entre o lesado e o agente público comprometiam em muito a responsabilização do Estado. Daí decorre um segundo movimento que também ampara a formulação ora explorada, que é o movimento de progressiva colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público.

1.2.2 Colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público

A progressiva colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público pode ser percebida a partir da seguinte escalada. Primeiro, como herança das incipientes regras de responsabilização do agente público vigentes ainda no sistema dos Estados absolutistas, vigia a responsabilidade subsidiária do Estado em relação ao agente público. Por aí, na hipótese de uma lesão praticada por agente público no exercício de sua função (de um médico, por exemplo) caberia a ele responder perante o particular, necessária a prova do elemento culposo. O Estado responderia em caráter subsidiário, apenas se demonstrada a culpa do agente público e se ele não pudesse, por algum infortúnio, pagar integralmente o valor da dívida.

Posteriormente passou-se a defender a solidariedade entre o agente público e o Estado. A responsabilidade extracontratual do Estado ainda era ditada pelo regime civilista, mas passou-se a entender que, demonstrada, a culpa do agente público, caberia ao Estado responder em regime de solidariedade com o agente público responsabilizado pela causação do dano.

A ideia da responsabilidade solidária entre o Estado e o agente público se manteve mesmo quando abandonado o regime civilista de responsabilização do Estado, isto é: mesmo quando já se entendia que a responsabilidade extracontratual do Estado deveria se submeter a regime publicista próprio, pautado na teoria do risco administrativo e, portanto, na responsabilidade objetiva. No âmbito processual, de forma a garantir ao cidadão lesado a possibilidade de executar tanto o patrimônio do agente público quanto os recursos estatais, prevalecia a tese do litisconsórcio facultativo entre o Estado e o agente público.

Recentemente, dois temas foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal – temas 777 e 940 – e levaram esse movimento de progressiva colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público para um novo patamar.

1.2.2.1 Análise dos temas 777 e 940 do Supremo Tribunal Federal

O Tema 777 tratou da responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções. Reconhecida a repercussão geral da temática levada à análise do Supremo Tribunal Federal pelo recurso extraordinário nº 842.846, publicou-se a seguinte tese “O Estado responde objetivamente pelos atos dos tabeliães registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”.

O relator do recurso extraordinário nº 842.846, Ministro Luiz Fux votou pela negativa de provimento ao recurso de forma a manter o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e reconhecer que o Estado responde objetivamente pelo dano, assegurado o direito de regresso contra o tabelião ou oficial em caso de dolo ou culpa. Ele foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes. O Ministro Edson Fachin, por sua vez, divergiu do relator e votou pelo provimento parcial do recurso, por entender que o ato notarial de registro que provoca dano a terceiro gera ao Estado responsabilidade objetiva, mas apenas subsidiária. Seu voto foi pelo acolhimento da tese da possibilidade de serem simultaneamente demandados na ação tanto o tabelião quanto o Estado.

O Ministro Luís Roberto Barroso adotou uma terceira via para o julgamento da matéria. Ele considerou, além da regra geral sobre responsabilização do Estado, prevista no artigo 37 da Constituição Federal, a regra específica prevista no artigo 236 com relação à responsabilização subjetiva de notários e registradores. Na avaliação do ministro, tanto a responsabilização do Estado quanto a dos tabeliães e registradores deve ser subjetiva, mas não se deve, segundo seu entendimento, transferir o ônus da prova totalmente para o demandante. Sugeriu, assim, uma reavaliação do ônus da prova, de forma a evitar desequilíbrio de armas nos dissídios entre um particular e o cartório, ou seja: responsabilidade subjetiva, mas com distribuição de ônus da prova. No caso concreto, no entanto, o Ministro Barroso acompanhou o relator pelo desprovimento ao recurso, em conformidade com a jurisprudência da Corte. Para fins de repercussão geral, propôs que novas ações em casos semelhantes sejam ajuizadas contra o tabelião ou registrador, sendo facultado ao autor incluir o Estado no polo passivo para fins de responsabilidade civil.

O Ministro Marco Aurélio foi o único a votar pelo provimento integral do recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina. Para ele, o cartório deverá responder pelos prejuízos causados a terceiros no exercício da atividade notarial, pois os serviços cartoriais são exercidos em caráter privado. A seu ver, a responsabilidade do Estado é apenas subjetiva, por omissão, no caso de falha do Poder Judiciário em sua função fiscalizadora da atividade.

A tese fixada no tema 777, coloca o Estado na posição jurídico-subjetiva de único responsável pelas lesões extracontratuais causadas por seus agentes. O agente público aparecerá apenas por ocasião da ação de regresso cabível – nos casos de dolo e culpa –, que deverá ser movida sob pena da prática de ato de improbidade. A tese trazida pelo tema 777 foi reforçada pelo tema 940, notadamente por expressar que o autor do ato lesivo é parte ilegítima para figurar na ação de responsabilidade extracontratual do Estado.

A tese representativa do entendimento do Supremo Tribunal Federal na análise do tema 940 é a seguinte: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica

de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O tema 940 tem como caso paradigma o Recurso Extraordinário nº 1.027633. No caso concreto um servidor público ajuizou ação indenizatória em que pretendia indenização por danos materiais e morais contra a prefeita do município de Tabapuã-SP, que o teria perseguido por processos disciplinares sem motivação adequada, submetendo-o a remoções compulsórias. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido ao argumento de que a ação deveria ser proposta contra a pessoa jurídica de direito público. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença reconhecendo a tese do litisconsórcio facultativo, sob o argumento de que o autor poderia ter demandado o agente público ou o Estado. Por esta tese, não existiriam motivos razoáveis para proibir o acionamento direto do servidor cujos atos tenham, culposa ou dolosamente, prejudicado o autor.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema 940, resgatou a tese da “dupla garantia”, que se tornou conhecida a partir do voto de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto no Recurso Extraordinário nº 327.904. Nesse voto, proferido em 15 de agosto de 2006, o Ministro acolheu a tese da ilegitimidade passiva *ad causam* de um prefeito afirmando que a responsabilidade direta do Estado serviria tanto para garantir que o particular fosse ressarcido quanto para garantir que o agente público ficasse protegido no exercício da função pública.

Observa-se que durante a análise do tema 777 o Supremo Tribunal Federal não havia se manifestado sobre o litisconsórcio que se estabeleceria entre o Estado e o agente público causador do dano. Ao decidir pela ilegitimidade do agente o Supremo Tribunal Federal reforça a relação jurídica administrativa que opõe o Estado ao administrado, sem a participação do agente público. O agente público, por sua vez, aparecerá para figurar em eventual ação de regresso e seu comportamento será habituado por ação exclusiva do poder público.

Do ponto de vista do uso da reparação civil como um instrumento modelador de comportamentos, vê-se com clareza que é a ação da Administração Pública que passa a ser o grande alvo de conformação da responsabilidade extracontratual do Estado, no lugar do comportamento do agente público. O comportamento do agente público que precisar ser corrigido, eventualmente revisto ou objeto de melhores práticas, o será não por força da instrumentalidade da responsabilidade civil do Estado, mas por força das medidas que a própria Administração Pública tomará a reboque de sua condenação. A propositura de ação de regresso é cogente, mas não se deve olvidar dos instrumentos de correção, disciplinares, caros à estrutura hierárquica do Estado e que independem da resposta do Poder Judiciário à ação indenizatória movida contra o Estado.

As duas formulações apresentadas atestam que, progressivamente, houve um reforço à posição dos administrados que sofrem danos provocados pelo Estado, tanto do ponto de vista patrimonial (garantia de ressarcimento) quanto do ponto de vista processual (legitimidade exclusiva do Estado e dispensa de prova relativa ao elemento culposo). Neste cenário, em que se consolidam as posições jurídicas da Administração Pública e do administrado pela ocorrência de eventos danosos, outras discussões se abrem: como então a responsabilização do Estado pode ser aplicada de forma a aperfeiçoar a conduta do Estado? Que funções podem ser extraídas do manejo da responsabilidade extracontratual do Estado? E ainda: a reparação deve almejar finalidades outras para além da estrita recomposição patrimonial do lesado?

2. Algumas funções possíveis para a responsabilidade extracontratual do Estado: recurso à Filosofia do Direito para compreensão da racionalidade subjacente à condenação do Estado por seus comportamentos lesivos

A filosofia do direito socorre a matéria administrativa ajudando a exibir a racionalidade por traz das opções jurídicas à disposição dos que manejam o tema da responsabilidade extracontratual do Estado. Algumas indagações dão conta da necessidade de se refletir sobre as funções que se podem extrair de uma condenação do Estado. Por que majorar o valor da indenização buscando um tratamento punitivo daquele agente causador do dano? Por que abrir mão da tutela específica em prestígio à recomposição pecuniária? Como buscar um efeito pedagógico para as condenações do Estado?

Há uma racionalidade por trás das opções jurídicas feitas em ações indenizatórias movidas contra o Estado e ela ecoa as expectativas do aplicador do Direito em relação ao comportamento do Estado frente ao cenário de causação de danos. O leque de possibilidades que será apresentado, longe de se tratar de um roteiro definitivo ou rígido, espelha uma investigação feita em outro trabalho⁷, no qual igualmente se recorreu à filosofia do direito para tratar da racionalidade por trás dos negócios jurídicos. As funções ora aventadas são hipóteses à luz de frentes filosóficas que influenciaram o Direito entre os séculos XIX e XX, e que podem servir para inspirar outras investigações sobre a responsabilidade extracontratual do Estado.

Um grupo de funções apresenta no seu DNA a racionalidade *utilitarista* ou *neo-utilitarista*, para falar das frentes nascidas no século XX. Está-se a enquadrar as funções da responsabilidade extracontratual do Estado em um conjunto de teses que vê “as decisões judiciais, a produção normativa e a atividade hermenêutica como subordinadas ao objetivo de maximização do bem-estar social”⁸.

O ponto de partida dessa família teórica é o postulado de que os indivíduos são dotados de necessidades múltiplas. Essas necessidades, chamadas “preferências”, podem ser satisfeitas através de bens e serviços das mais variadas espécies. Essas preferências seriam naturalmente satisfeitas no espaço do mercado. Diante de uma hipótese de responsabilização do Estado, portanto, a recomposição cabível é aquela que resgata para o particular a posição de sempre poder demandar por suas preferências individuais. Por essa linha, não há qualquer perspectiva coletiva ou externalidade cujo risco se assuma pela responsabilização do Estado. O limite é aquele do dano estritamente demonstrado, pena de gerar o enriquecimento da parte ou minimamente uma realocação indesejada de recurso do Estado para a sociedade.

A prescrição dada pelo pensamento neo-utilitarista para todos aqueles envolvidos na produção normativa é voltada à satisfação das preferências individuais e à garantia da eficiência econômica do Estado. O papel da responsabilidade extracontratual do Estado, neste contexto, é restrita à recomposição do prejuízo individual. Descabe impactar a organização econômica do Estado com o viés punitivo assim como descabe utilizar a responsabilidade extracontratual como instrumento substitutivo ao mercado de maximização de

⁷ MUNOZ, Alberto Alonso.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos Filosóficos do Negócio Jurídico: uma revisão dos modelos contemporâneos. In: Armando Sergio Prado de Toledo. (Org.). Negócio Jurídico. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 64-109.

⁸ MUNOZ, Alberto Alonso.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos Filosóficos do Negócio Jurídico: uma revisão dos modelos contemporâneos. In: Armando Sergio Prado de Toledo. (Org.). Negócio Jurídico. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 85.

lucros. Acima de tudo, deve-se garantir uma eficiência alocativa nos recursos, ou seja, não atribuir recursos aos agentes nem além nem aquém dos seus interesses individuais.

Não seria adequado, por essa ótica, utilizar a responsabilidade extracontratual para alocar recursos em outras áreas ou para finalidades distintas daquelas de recomposição do prejuízo experimentado pela pessoa lesada. Bem assim, estariam de fora das condenações dedicadas a verter condenações para fundos de direitos coletivos ou para organizações sociais, por exemplo. Não caberia à responsabilidade extracontratual do Estado, como função, propiciar a realocação de valores entre os atores. Sua função é preservativa, conservativa, não redistributiva.

Um segundo grupo de funções traz em seu DNA uma racionalidade *distributivista* para a responsabilidade extracontratual do Estado. Partindo da premissa de que a eficiência não é fim em si, mas um meio para que o desenvolvimento humano possa ser alcançado, a prática normativa de viés distributivista vai além da mera preservação ou conservação do estado de coisas, sendo permeável a soluções de realocação de recursos entre os atores econômicos.

Assim como no caso da racionalidade utilitarista, parte-se da premissa de que a responsabilização extracontratual do Estado se encarrega da função de modelar a ação administrativa. Quer na racionalidade utilitarista, quer na racionalidade distributivista, está-se a falar da repercussão das decisões judiciais para a ação pública e, portanto, das nossas expectativas em relação ao comportamento do Estado. Qualquer que seja a perspectiva filosófica subjacente, na responsabilidade extracontratual do Estado a jurisprudência interage com a Administração Pública dizendo, por exemplo, onde o Estado não está ou onde deveria estar por se encarregar da proteção dos cidadãos, das prestações de utilidades públicas e da função pública. A perspectiva distributivista, todavia, se apresenta mais intervencionista do que aquela utilitarista.

Diferentemente do modelo utilitarista, que advoga pela justiça comutativa e pela preservação do estado de coisas anterior à lesão, uma solução de viés distributivista sugere que sejam buscados efeitos econômicos agregados à solução dada ao conflito de responsabilidade extracontratual do Estado. Observadas em termos macrojurídicos, soluções como do dano punitivo, da tutela específica, da reparação pedagógica ou, notadamente, da indenização direcionada a fundos de direito coletivo, não apenas recompõem a lesão sofrida pelo requerente da ação como podem impactar a ação administrativa e reequilibrar o comportamento do Estado para que a coletividade, em tese, deixe de sofrer os mesmos danos. No lugar de se esperar o processo político-administrativo do Estado de aperfeiçoamento do serviço causador da lesão, vale-se o julgador de uma fórmula de deslocamento desconcentracionista da riqueza seja, de um lado, como forma de recomposição histórica das lesões praticadas pelo Estado seja, por outro, para acelerar o processo político-administrativo de aperfeiçoamento dos serviços do Estado.

A abordagem distributivista, em toda ciência do Direito, se faz especialmente presente quando o causador do dano (no caso, o Estado) se posiciona verticalmente em relação aos cidadãos. É o caso, por exemplo, das soluções encontradas em matéria ambiental ou consumerista.

A análise da função distributivista, em maior escala que a análise da função utilitarista, deflagra inúmeras dúvidas e questionamentos que vão desde a busca pela sua legitimação jurídica até a análise consequencialista dos reais impactos de suas soluções na atividade administrativa. A condenação do Estado tem a perspectiva de se tornar um

instrumento para universalização de direitos e para a melhoria dos serviços públicos. Os reais desdobramentos dessa intencionalidade dentro do ambiente administrativo, todavia, permanecem questionáveis.

A partir das funções apresentadas e das perspectivas filosóficas que podem orientar o manejo da responsabilidade extracontratual do Estado, passa-se à análise de algumas experiências práticas nessa matéria. As decisões judiciais e algumas respostas da Administração Pública dão pistas do que se espera do Estado contemporaneamente, e indicam uma abertura cada vez maior a respostas para decisões de viés distributivista, orientadas por soluções práticas que propiciem o aprimoramento do comportamento da Administração Pública, isto é: a reabilitação do ofensor, a evitação de novas ofensas e não apenas a recomposição do ofendido.

3. Reflexões contemporâneas e as pistas que a prática nos dá sobre o que se quer com a responsabilização do Estado

Foram apresentadas duas formulações para o estabelecimento de um piso comum sobre a matéria da responsabilidade civil do Estado e buscou-se, na filosofia, algumas explicações sobre a racionalidade das decisões de condenação do Estado a partir de uma perspectiva funcional. Passa-se agora a um *check up* da prática contemporânea em tema de responsabilidade extracontratual do Estado para verificar como estão ecoando soluções funcionais nas estruturas tradicionais da responsabilidade civil do Estado. O objetivo é extrair da prática algumas tendências que se revelem pela análise da experiência judicial com o instituto.

3.1 Flexibilização das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado: nexos causal, expansão do dano ressarcível, novos danos e a seleção dos interesses mercedores de tutela

Uma primeira indagação que se faz é se a responsabilidade extracontratual do Estado está passando pelo mesmo processo de “erosão dos filtros”⁹ da responsabilidade civil pelo qual passa a responsabilidade civil no direito privado. Em outras palavras, se, assim como percebido pela doutrina no direito privado, um *check up* das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado também apontaria deformações nos requisitos da reparação civil que favorecem soluções de responsabilização do Estado.

A resposta nos parece positiva.

A reflexão sobre a aproximação entre os regimes jurídicos de direito público e de direito privado não é nova. Está-se aqui diante da ideia que é muito clara na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro e de José Cretella Júnior **no sentido de que a grande parte dos institutos jurídicos são, em verdade, da teoria geral do direito, e não do direito privado ou do direito público**. Importante é perceber que tendências emergem dessa aproximação como subproduto do processo contemporâneo de crise do Estado¹⁰.

A primeira tendência que se extrai da prática da responsabilidade civil do Estado, bastante semelhante àquela observada no ambiente da responsabilidade do direito privado,

⁹ A expressão é de Anderson Shreiber. *Novos Para digmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2000.

¹⁰ CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

é a de flexibilização do nexo causal. A flexibilização do nexo de causalidade¹¹, grossíssimo modo, pode se dar pelo exercício de presunção de nexo ou pela escolha do nexo¹². Via de regra, a jurisprudência reitera que o nexo causal não se presume e que deve ser real, ou seja: demonstrado nos autos. O critério naturalístico subjacente às tradicionais teorias sobre nexo causal, todavia, não se apresentam sugicientes quando a tônica é a garantia da ampla reparação à vítima, exatamente por criar em desfavor da vítima um ônus processual de difícil superação.

Nesses termos, quando um dano, considerado juridicamente relevante, tiver como causa condutas diversas imputáveis a diferentes sujeitos, e se estabelece que o dano foi causado por uma delas, sem que se possa definir qual delas especificamente haja sido o agente causal, firma-se uma presunção de que cada uma delas concorreu para sua causação. É o caso, por exemplo, de uma ação indenizatória por erro médico em que são indicadas por prova técnica diversas concausas, por sua vez, imputadas as diversas pessoas. A opção por uma causa adequada ou sua presunção é normativa e não naturalística, que tendem a compensar – igualmente no plano normativo – situações de impossibilidade de realização de prova.

O mesmo se diga em relação à expansão do dano ressarcível.

Como resultado direto da flexibilização do nexo de causalidade, um número maior de pedidos de indenização contra o Estado passa a ser acolhido pelo Poder Judiciário. Além da expansão quantitativa, há uma dimensão qualitativa relevante: novos interesses passam a ser considerados pelo Judiciário como merecedores de tutela, consubstanciando sua violação um novo dano ressarcível. Sob essa perspectiva qualquer prejuízo vira com certa facilidade um dano indenizável.

Stefano Rodotà, uma das grandes autoridades em tema de privacidade, vai dizer, preocupado, que essa multiplicação de novas figuras de danos terá como limite a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência¹³. Nesse cenário, a proposta do autor é que a responsabilidade civil do Estado se volte a prestigiar interesses efetivamente merecedores de tutela pelo Estado. Danos extrapatrimoniais que estejam nas franjas de interpretação do conteúdo da dignidade da pessoa humana e que revelem-se como desafios da vida coletiva, comunitária ou como posturas de intransigência, não poderiam se ideitnificados como novos danos.

Por todos os ângulos a flexibilização das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado reforçam a função distributivista do dever de reparar. O olhar para a vítima e a busca por soluções dogmáticas que favoreçam o impacto sobre a ação administrativa e o deslocamento de recurso do Estado para o particular lesado há muito saíram da narrativa da responsabilização do Estado por risco integral e ampliaram o espectro da responsabilização por risco administrativo. A comutatividade, é bem verdade, ainda prepondera o repertório jurisprudencial, em muito por conta dos limites da demanda e, por consequência, do pedido formulado pela parte. Ademais, na jurisprudência, não são poucas as vozes, como a de Stepano Rodotà para alertar que os

¹¹ Autora referência no tratamento da presunção de nexo de causalidade no Brasil é Caitlin Sampaio Mulholland (A responsabilidade civil por presunção de causalidade. GZ Editora, 2009).

¹² LAFUENTE, Virginia Múrtula. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. InDret, nº 2, 2006.

¹³ RODOTÁ, Stéfano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

desafios da vida coletiva, comunitária, são incompatíveis com posturas de intransigência e não deveriam onerar ainda mais o Estado.

3.2 Despatrimonialização da reparação

Uma segunda tendência, cada vez mais presente nos debates sobre a responsabilização civil do Estado, é de despatrimonialização da reparação devida pelo ente público. Para melhor enfrentamento desse fenômeno importante aprofundar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252 do Mato Grosso do Sul, representativo do tema 365 da repercussão geral: “Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária”, notadamente o voto-vista do Ministro Luís Barroso assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS CAUSADOS AO PRESO POR SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO. 1. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes. 2. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa. 3. Não é legítima a invocação da cláusula da reserva do possível para negar a uma minoria estigmatizada o direito à indenização por lesões evidentes aos seus direitos fundamentais. O dever de reparação de danos decorre de norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação. 4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. 5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição. 6. Provimento do recurso extraordinário para reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos, mediante remição de parte do tempo de execução da pena. 7. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição

de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.” (grifou-se)¹⁴

A demanda foi movida por detento, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), visando ao pagamento de indenização por dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que estava submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, mas a sentença foi reformada, por maioria, em sede de apelação, para reconhecer a obrigação do Estado de pagar R\$2.000,00 ao preso a título reparatório. Entendeu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento prisional não foram sanados após o decurso de um lapso temporal, quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, restariam violadas, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, portanto, comprovada a conduta omissiva do Estado. Ademais, não sendo assegurado o mínimo existencial, não haveria falar-se em aplicação da teoria da reserva do possível.

Opostos e acolhidos os embargos infringentes, a sentença de improcedência foi restaurada e o processo subiu aos Tribunais Superiores.

Afeta a matéria ao Supremo Tribunal Federal, iniciou-se interessante debate sobre a efetividade da reparação pecuniária *vis-à-vis* a necessidade de se estancar ou minimizar os danos morais suportados pelo detento. Segundo sustentado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, o maior impacto sobre a ação pública – identificada como lesiva a direitos fundamentais do detentio – se daria a partir de um mecanismo de reparação alternativo, que primasse pelo que se chamou de “ressarcimento *in natura*” através da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A perspectiva funcional, portanto, deixou para a indenização em pecúnia um papel subsidiário, cabível na hipótese de já ter o preso cumprido integralmente a pena. Sobre a necessidade de aperfeiçoamento da ação administrativa, disse o Ministro: “A indenização individual infelizmente não vai aumentar o número de vagas. A indenização individual infelizmente não vai equipar melhor a polícia”.

No voto-vista apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que capitaneou a solução de despatrimonialização da reparação devida pelo Estado, foi trazida a seguinte reflexão sobre o impacto da reparação civil para a melhoria do sistema carcerário:

“O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252 do Mato Grosso do Sul. Rel. Minº Alexandre de Moraes, p.16.02.2017.

ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais”.

Em outras palavras, para o Ministro, a proliferação das demandas de detentos por danos morais e a inevitável repercussão orçamentária poderia reforçar o cenário de violação de direitos uma vez que, nesse caso a distribuição de recursos comprometeria a organização financeira do próprio serviço carcerário, sem efeitos para a minoração das lesões aos presos.

Outro voto-vista apresentado pela Ministra Rosa Weber, por sua vez, revela a busca por uma solução utilitarista, isto é: voltada à satisfação do dano e à maximização dos interesses da pessoa lesada, destacando que a solução despatrimonializada não necessariamente se dirige à compensação do dano:

“A questão que se coloca, portanto, é a de saber se possível restaurar in natura o sofrimento qualificado pela violação da dignidade humana, no cumprimento de pena em condições degradantes, abreviando o tempo correspondente. A dor da dignidade devastada por descaso estatal, nessa hipótese, seria reparada com a saída antecipada da prisão? O ‘violado por menos tempo’ compensaria o ‘reparar o dano causado’, exigido pelo direito civil? A responsabilidade civil exige reparação, e abreviar o sofrimento não é necessariamente o mesmo que reparar o sofrimento”.

Sobre o impacto da despatrimonialização da reparação devida pelo Estado para aperfeiçoamento do sistema carcerário, a Ministra Rosa Weber sustenta posição contrária àquela do Ministro Luís Barroso, mas igualmente atenta à função da responsabilidade civil do Estado sobre a ação pública:

Se autorizada a compensação da obrigação estatal de manutenção da dignidade dos presos com a obrigação de cumprimento da pena integral de cada um deles, o Estado ganha salvo-conduto para que as horríveis condições carcerárias permaneçam como estão, tornando desnecessárias quaisquer políticas públicas. Na verdade, as políticas públicas perdem duas vezes: as relativas aos presídios se tornam ainda mais indesejadas, e as de segurança pública em geral são prejudicadas pela soltura antecipada de condenados, a respeito dos quais o processo de ressocialização deixa de existir até mesmo como discurso.

Importante trazer que ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 365 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator Ministro Teori Zavaski, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, vencidos os Ministros Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que, ao darem provimento ao recurso, adotaram a remição de pena como forma de indenização.

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

A despeito de concluir pela prevalência da solução indenizatória para reparação do dano, o julgamento reavivou discussões sobre a despatrimonialização da reparação civil devida pelo Estado, como instrumento apto a garantir solução de maior impacto coletivo sobre a ação pública. Sobre as estruturas fundantes do instituto da responsabilidade extrapatrimonial do Estado, o julgamento pôs em perspectiva a diferença entre dano e reparação, e a possibilidade de o Poder Judiciário propor equivalentes funcionais à reparação pretendida pelo autor para que a perpetuação do dano seja mitigada ou sanada de forma mais efetiva e para toda a coletividade.

3.3 Acordos extrajudiciais

Uma terceira frente que orbita as tendências de ampliação da responsabilização Civil pelo Estado, do ponto de vista da do recebimento da reparação e da garantia de isonomia entre todos os lesados, diz respeito à criação de ambientes institucionais para celebração de acordos extrajudiciais diretamente pela pessoa jurídica de direito público.

Para análise dessa terceira tendência de celebração dos acordos extrajudiciais recorre-se a um caso emblemático para o Estado de São Paulo. O caso de Suzano, também conhecido como “Massacre de Suzano” ocorreu em 13 de março de 2019, na Escola Estadual Professor Raul Brasil no município de Suzano, Estado de São Paulo. Dois ex-alunos, Guilherme Tauci Monteiro e Luiz Henrique de Castro, mataram cinco estudantes e duas funcionárias da escola. Antes do ataque, em comércio próximo à escola, a dupla matara o tio de um dos jovens. Após o massacre, Guilherme atirou em Luiz e, na sequência, cometeu suicídio.

Em meio a todo clamor social, criou-se um ambiente institucional para que as famílias das vítimas fossem reparadas pela via administrativa, reconhecida a responsabilidade do Estado.

O requerimento para reparação de danos pela via administrativa no Estado de São Paulo seguiu o previsto nos artigos 65 a 71 da Lei estadual nº 10.177/98 (que é a lei estadual de processo administrativo), seguindo os quais. A lei de processo administrativo do Estado de São Paulo, com efeito, prevê procedimento próprio de reparação de danos, nos seguintes termos:

Artigo 65 - Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

I - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano;

II - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação;

III - o requerimento conterà os requisitos do Artigo 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida, e declaração de que o interessado concorda com as condições contidas neste artigo e no subsequente;

IV - o procedimento, dirigido por Procurador do Estado, observará as regras do Artigo 55;

V - a decisão do requerimento caberá ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento;

VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado;

VII - a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 (dez) dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, o interessado poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos;

VIII - os débitos inscritos até 1.º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica;

IX - o depósito, em conta aberta em favor do interessado, do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito;

X - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e no prazo previstos nos incisos VIII e IX.

§ 1.º - Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incisos VII, parte final, e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa.

§ 2.º - Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador Geral do Estado poderá delegar, no âmbito da Administração centralizada, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso.

Artigo 66 - Nas indenizações pagas nos termos do artigo anterior, não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

Artigo 67 - Na hipótese de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade. lidade.

Artigo 68 - Recebida a comunicação, o Procurador Geral do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, determinará a instauração de procedimento, cuja tramitação obedecerá o disposto na Seção III para apuração de eventual responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo. Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado, de ofício, determinará a instauração do procedimento previsto neste artigo, quando na forma do Artigo 65, a Fazenda houver ressarcido extrajudicialmente o particular.

Artigo 69 - Concluindo-se pela responsabilidade civil do agente, será ele intimado para, em 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente.

Artigo 70 - Vencido, sem o pagamento, o prazo estipulado no artigo anterior, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito.

Artigo 71 - Aplica-se o disposto nesta Seção às entidades descentralizadas, observada a respectiva estrutura administrativa.

Esses dispositivos legais são complementados pelo Decreto estadual nº 44.422/99, pelo qual a decisão administrativa “deverá ser compatível com a jurisprudência consagrada, adotando critérios objetivos para determinação do valor do ressarcimento”.

O orçamento para esse tipo de despesa é, em regra, alocado na Procuradoria Geral do Estado e segue a sistemática similar aos precatórios, ou seja, todos os casos com valores

definidos até 1 de julho de determinado ano são incluídos no orçamento do ano seguinte. A receita é fonte 001 (tesouro sem vinculação) e a classificação da despesa corrente é específica para indenizações administrativas – reparação de danos.

O caso de Suzano, em alguns pontos, inovou o procedimento detalhado pela Lei estadual nº 10.177/98 e pelo Decreto nº 44.422/99. A opinião pública cobrava uma iniciativa estatal de amparo às famílias daquelas vítimas. A Procuradoria Geral do Estado, nesse contexto, se antecipou aos requerentes e foi criado, com a Defensoria Pública, um grupo de trabalho para definir previamente as indenizações devidas: quem receberia e quanto receberia.

O procedimento específico para o caso de Suzano foi disciplinado no Decreto nº 64.145/19, e previu a criação de uma Comissão Executiva com a presença de Procuradores do Estado, representantes das Secretarias de Educação, de Segurança Pública e de Desenvolvimento Social, além de representantes da Defensoria Pública.

As diretrizes elaboradas pela Comissão Executiva previram critérios de indenização por danos materiais e morais às vítimas e/ou familiares dos alunos e servidores da rede estadual de ensino vitimados pelo Massacre de Suzano. Além de definir o procedimento, observa-se a delimitação dos legitimados a pretender a recomposição administrativa – vítimas não fatais, núcleo familiar central e estendido das vítimas fatais, variável o valor da indenização de acordo com a proximidade com a vítima.

Previu-se, ainda em caráter reparatório, mas com destacada função corretiva sobre o comportamento administrativo, a apresentação de um plano de aperfeiçoamento da segurança nas escolas da rede estadual de ensino.

Por fim, estabeleceu-se pelo prazo mínimo de dois anos a obrigação de atendimento psicológico para as vítimas, para os estudantes da Escola Estadual Professor Raul Brasil e para os familiares. Observa-se, a esse respeito, que a composição extrajudicial alcançou interesse social de terceiros que dificilmente seriam levados ao Poder Judiciário, inclusive à míngua de interesse jurídico pela estrutura tradicional da responsabilidade extracontratual do Estado.

Conclusão

Neste momento do texto, volta-se à pergunta de origem: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação comportamento administrativo? Viu-se, ao longo do conteúdo trazido, que a indagação não é meramente retórica. O tema da responsabilidade extracontratual do Estado é repleto de bifurcações e são essas bifurcações que movimentam opiniões jurídicas em torno da busca comum de amparo às pessoas lesadas e de aperfeiçoamento do Estado.

A jurisprudência segue profícua em exemplos extremamente criativos e perspicazes no sentido da busca de soluções jurídicas que modelem de forma positiva o comportamento administrativo. Independentemente de se assumir posições favoráveis à função utilitarista ou à função distributivista da responsabilidade civil do Estado importa saber que a condenação do Estado sempre ecoará uma expectativa em relação ao que se espera do poder público.

As reflexões acima trazidas exploraram o tratamento prático do nexos de causalidade, dos danos submetidos à reparação pelo Estado, do caráter pecuniário das indenizações e,

por fim, a perspectiva de ampliação dos acordos extrajudiciais formulados diretamente entre a parte lesada e a pessoa jurídica de direito público. Tais reflexões dão pistas de que o Poder Judiciário, em meio ao contexto de crise do Estado e à reiteração de algumas condutas lesivas e ainda que de forma cautelosa, tem buscado soluções coletivistas, que impactem a ação da Administração Pública para além dos limites da recomposição do dano.

O limite da resposta do Poder Judiciário deixa de ser vítima demandante e passa a ser a sociedade, sempre que for possível e necessário. Por consequência, o limite da reparação deixa de ser aquele do dano demonstrado e passa-se a olhar para a perspectiva de modificação definitiva do comportamento administrativo em casos semelhantes.

Diversas dificuldades surgem dessa abordagem, notadamente no que diz com os limites cognitivos das ações reparatórias movidas contra o Estado. O recurso à consensualidade, nesse contexto, surge como um movimento relevantíssimo para a disciplina da responsabilidade civil. Pode incidir desde o momento inicial de reconhecimento da responsabilidade e da causação do prejuízo ao particular como na concertação sobre prejuízos deflagrados pela prestação de serviços públicos. Como já se disse outra vez, silêncio do Estado alinhado à espera da insurgência do lesado ou da atuação dos mecanismos de controle não é senão um retorno à lógica de irresponsabilidade do Estado e do exercício de uma autoridade incontrastável¹⁵.

Bibliografia

BELRHALLI, Hafida. *Responsabilité Administrative*. Paris: L.G.D.J, 2017.

BUCHANAN, James McGill. “Public Choice: Politics Without Romance”. In: *The Quarterly Review of The Centre for Independent Studies*, p. 1-6, 2003.

CAMGUILHEM, Benoit. *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*. Paris: Dalloz, 2014.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2015, especialmente itens 5.3.1.7 e 7.5.2

DUCHARME, Théo. *La responsabilité de l’Etat du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*. Paris, L.G.D.J, 2019.

LAFUENTE, Virginia Múrtula. *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*. InDret, nº 2, 2006.

MULHOLLAND. Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. GZ Editora, 2009

MUNOZ, Alberto Alonso.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos Filosóficos do Negócio Jurídico: uma revisão dos modelos contemporâneos. In: Armando Sergio Prado de Toledo. (Org.). *Negócio Jurídico*. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 64-109

¹⁵ NERY, Ana Rita de Figueiredo. “Responsabilidade Civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Rosenthal, Nelson; Milagres, Marcelo (org.) Responsabilidade Civil: novas tendências. 2ª Ed. Indaiatuba: FOCO, 2018, p. 549-550.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. “Responsabilidade Civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Rosenthal, Nelson; Milagres, Marcelo (org.) *Responsabilidade Civil: novas tendências*. 2ª Ed. Indaiatuba: FOCO, 2018, p. 541-550

RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUXE, Stéphane. *Le Silence de L’Administration: décisions implicites de rejet ou d’acceptation*. Paris: Anne Rideu Éditions, 2016.

SCHREIBER. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2000.

SIMON, Herbert A. *Administrative Behavior: a study of decision-making processes in Administrative Organizations*. 4ª ed., New York: The Free Press, 1997.

SOUSSE, Marcel. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1994.

Cessão de contratos administrativos: possibilidades e limites

Cession of administrative contracts: possibilities and limits

*Carlos Ari Sundfeld*¹
Professor

*Jacinto Arruda Câmara*²
Professor

Resumo: a cessão total de contrato com a administração pública, embora admitida pelo art. 78, VI, da lei 8.666 de 1993, é vista com desconfiança por segmentos do mundo jurídico, que temem possíveis riscos ao sistema de licitações. O artigo busca identificar, compreender e desmistificar essa visão crítica, mostrando situações e cuidados que legitimam a alteração da contratada, em especial em caso de reestruturação empresarial.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Transferência de contrato. Rescisão.

Abstract: The total cession of an administrative contract, although admitted by art. 78, VI, of law 8.666/93, is viewed with suspicion by certain segments of the legal world, who fear possible risks to the bidding system. The article seeks to identify, understand and demystify this critical view, showing precautions and situations that legitimize the change of the contracted company, especially in the case of corporate restructuring.

Keywords: Administrative contracts. Contract transfer. Contract termination.

Introdução

A contratação ordinária com a administração pública é regida pela Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, a lei 8.666 (BRASIL, 1993).³ O tema específico da transferência ou cessão de contratos é tratado de maneira pontual: ele consta de apenas um dos incisos que enumeram as hipóteses de rescisão contratual.

¹ Professor Titular da FGV Direito SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

² Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e da Pós-graduação *lato sensu* da FGV Direito SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

³ Colaborou com a pesquisa, para a elaboração deste artigo, o pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público e o advogado João Domingos Liandro, a quem os autores agradecem.

De acordo com a lei, constitui motivo para rescisão contratual “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato” (art. 78, VI). Essa hipótese de rescisão pode ser acionada por ato unilateral da administração pública (art. 79, I).

Leitura desconfiada desse dispositivo, descontextualizada do restante da lei e de aspectos práticos e econômicos que devem permear a aplicação do Direito, tem conduzido a interpretações gerais muito restritivas quanto à possibilidade de cessão de contratos. A legítima intenção de preservar o resultado da licitação e de pôr barreiras a artificialismos que o deturpem pode conduzir a uma visão míope do problema – em que, ao invés de se analisar os riscos efetivos da cessão do contrato em casos concretos, toda cessão seja vista, genérica e abstratamente, como burla ao dever de licitar. O argumento do presente estudo é que essa suposição geral é incorreta e, por isso, não pode conduzir a interpretação.

Não é certo sustentar que a lei 8.666, de 1993, no seu artigo 78, VI tenha proibido, de modo absoluto, qualquer cessão de contrato administrativo, total ou parcial. As situações desse inciso não justificam a automática rescisão dos contratos. Elas não se incluem, por si, entre as proibidas do universo das contratações públicas. Quaisquer delas, inclusive a cessão total do contrato (que interessa a este estudo), só serão motivos de rescisão quando não “admitidas no edital e no contrato” (CÂMARA, 2019).

A questão chave para a interpretação do dispositivo, portanto, é saber quando a cessão total do contrato estará admitida. O tema não enseja dificuldade maior ao receber solução expressa, isto é, se houver cláusula que indique as condições necessárias para a cessão a terceiro – ou, em sentido contrário, se o contrato a tiver afastado expressamente. A legislação – isto é, a parte final do art. 78, VI, da lei 8.666, de 1993 – atribuiu ao edital e ao instrumento de contrato a função de cuidar do tema, de modo que o tratamento expresso por eles, conferida à hipótese de cessão ou a transferência do contrato, será condicionante da viabilidade jurídica da operação.

Acontece que nem sempre a possibilidade de cessão é tratada. A prática administrativa revela que, na maior parte das vezes, ocorre mera reprodução do texto legal. Assim, edital e contrato costumam repetir a previsão que constitui motivo de rescisão unilateral “a cessão ou transferência, total ou parcial do contrato, [...] não admitidas no edital e no contrato”.

Em casos assim – que são frequentes – a cessão estaria permitida ou proibida? Seria possível supor que, na ausência de autorização prévia e expressa, ela estaria proibida?

Para colaborar com o debate, este estudo procura, no item 1, identificar e compreender as razões e limites dos receios quanto à cessão de contratos administrativos, para, no item 2, tratar das situações em que esta é legítima. A conclusão resume os argumentos do artigo.

1. Impedimentos à cessão

Não são raras as críticas em tom generalista, radical – e superficial – à possibilidade de cessão de contratos administrativos. Com certa frequência, embalados por visões literais ou por algum desvio bem concreto, autores ou órgãos de controle carregam demais nas tintas e, sem reflexão suficiente, dizem mais do que queriam, em afirmações abrangentes demais. São reações a problemas pontuais provocando juízos excessivos – e, por vezes, contraditórios – contra qualquer cessão ou transferência.

Muitas vezes, essa postura, apesar de juridicamente imprópria, quer apenas evitar *certas consequências negativas* que, a depender das circunstâncias, podem advir da cessão total de contrato. É assim que deve ser lida e considerada.⁴

Em síntese, existem dois grupos de objeções. O primeiro é o entendimento de que a transferência seria inviável por violar o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos. O outro revela resistência em aceitar que o contrato com a administração pública seja objeto de especulação comercial, isto é, que o particular “comercialize” o resultado da licitação.

Contratos personalísimos

Algumas objeções peremptórias decorrem do suposto caráter personalíssimo dos contratos administrativos. Como estes possuíam natureza *intuitu personae* (pessoais), não haveria como promover uma alteração subjetiva (alteração da pessoa contratada). O argumento, contudo, não pode ser utilizado de maneira indiscriminada.

Em certo sentido, *toda obrigação contratual é pessoal*, mesmo na esfera privada, pois qualquer contrato vincula o exato sujeito que contratou. Mas há certas posições contratuais que, pela natureza da prestação prevista, podem, sem problemas, ser repassadas a outrem (ao devedor de quantia em dinheiro, por exemplo, é irrelevante a pessoa do credor, donde há larga admissão da cessão desse tipo de crédito, mesmo sem a anuência do devedor); por isso, para fins de análise da viabilidade da cessão dessas posições contratuais, pode-se falar em *contratos impessoais*.

Mas *nem toda obrigação, mesmo de contrato administrativo, é personalíssima*, isto é, só pode ser executada por pessoa natural pré-determinada, cujas capacidades especiais tenham determinado a contratação. São personalíssimos os contratos com artistas e pareceristas jurídicos, por exemplo; neles, interessam as qualidades únicas da pessoa física executora. De outro lado, são apenas pessoais os grandes contratos com empreiteiras de obras públicas, com empresas de manutenção de equipamentos e com prestadoras de serviço diagnóstico. Nesses, o que interessa são características de grandes organizações empresariais. Se não chegam a ser contratos impessoais, alterações de ordem subjetiva podem, sim, ser feitas, com os devidos cuidados, sem desnaturá-los por completo.

O caráter pessoal dos contratos administrativos nem sempre afasta alterações subjetivas na contratação, como admite a própria lei 8.666 (arts. 72, 78, VI e XI, por exemplo) (SUNDFELD, 2013).

É generalizada a lição doutrinária de que os contratos administrativos são *intuitu personae*, isto é, celebrados em consideração às características subjetivas (embora não necessariamente personalíssimas) do contratado. A regra, por certo, não é absoluta, mas, sobretudo nas avenças em que o contratado fica obrigado a uma prestação não financeira em favor da Administração (ex.: a execução de serviço ou de obra, o fornecimento de bens, a prestação de serviços públicos), embora não exclusivamente nelas, a pessoalidade é o mais comum.

⁴ Mendes (2011, p. 961-962) inicialmente aponta, sem indicar o fundamento normativo e afastando-se da visão predominante na academia, que “em princípio, há vedação legal em relação à cessão total, isto é, a Lei nº 8.666/93 não admite a transferência integral do encargo do contratado para um terceiro”. Apesar disso, com senso prático, a seguir pondera que “essa vedação não pode ser considerada absoluta, pois não há nada absoluto no sistema jurídico” e que “admitida excepcionalmente a cessão total, o cedente deixa de ser responsável pelo contrato, e o cessionário (quem assume) passa a se responsabilizar por ele”.

Há, na matéria, alguma discrepância entre o regime contratual privado e o público, pois, em princípio, são muitos os contratos civis impessoais. De fato, somente nas situações em que a própria prestação tenha caráter marcadamente individual, o que normalmente se circunscreve às obrigações de fazer, é que se reconhece a existência de caráter *intuitu personae* do contrato de direito civil.

Já na esfera administrativa, ainda que a prestação não tenha natureza personalíssima, podendo ser realizada indiferentemente por vários sujeitos, o contrato ficará submetido ao regime das avenças pessoais. Isso, porque, independentemente da prestação envolvida, a escolha do contratado: *a)* deve considerar suas características subjetivas (capacitação técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal); e *b)* resulta de um procedimento administrativo de contratação, cujo objetivo é também aferir tais características dentro de um universo determinado de participantes.

A celebração de contrato público, mesmo se feita sem licitação, está cercada de formalidades especiais, visando a assegurar a eleição de contratado apto a oferecer garantia de boa execução. Quer-se, assim, evitar, para a administração pública, os riscos de inadimplemento ou de adimplemento deficiente, que atingiriam a própria coletividade, beneficiária dos serviços públicos. O caráter *intuitu personae* surge, então, como modo de impedir que as modificações subjetivas — em especial a transmissão das obrigações contratuais a sujeito diverso — diminuam ou eliminem as garantias obtidas no processo de formação do pacto.

Em síntese, a pessoalidade do contrato administrativo decorre, alternativamente, da natureza personalíssima da prestação;⁵ da necessidade de garantia de boa execução; ou do respeito devido à ordem de classificação na licitação.⁶

Portanto, quando não houver risco de violação a esses valores, a mutação subjetiva é lícita, com os devidos cuidados, sendo implicitamente admitida pela própria lei 8.666, de 1993, quando permite a subcontratação (art. 72), a cessão ou transferência total ou parcial do contrato (art. 78, VI) e a alteração social da empresa que não prejudique a execução do contrato (art. 78, XI).

A visão segundo a qual o caráter “pessoal” das contratações públicas impediria qualquer alteração subjetiva na pessoa contratada, em verdade, representa uma má compreensão dessa expressão quando empregada no universo das contratações públicas. Caetano (1977, p. 237), há muito tempo, afastava esse equívoco de interpretação. Na mesma linha, Justen Filho (2005), em estudo contemporâneo, relativiza os efeitos do caráter pessoal dos contratos administrativos sobre a possibilidade de alteração na identidade do contratado.

Pura especulação comercial

Outra resistência à cessão total de contratos, apesar de admitida pela lei 8.666, de 1993 (art. 78, VI), busca evitar que empresas se especializem na obtenção de contratos

⁵ Como antes referido, não se confundem “natureza personalíssima da prestação” com “caráter pessoal do contrato”, pois o segundo nem sempre implica a primeira. A prestação é personalíssima quando só pode ser realizada por certa pessoa física, dotada de habilidade especial (ex.: o parecer de um jurista, o mural de certo artista plástico). Por óbvio, se a prestação é personalíssima, o contrato também será *intuitu personae*. Mas nem todo contrato pessoal envolve prestação personalíssima, podendo-se citar os contratos administrativos para limpeza de prédio público, em que pouco importa a pessoa física executora.

⁶ Nesse sentido é a doutrina (LAUBADÈRE, 1984, p. 10; FIGUEIREDO, 1986, p. 32-4; BERÇAITZ, 1980, p. 263; ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1977, p. 531; FALLA, 1989, p. 99; MEIRELLES, 1988, p. 212).

administrativos apenas para fins especulativos, isto é, para lucrar em seguida com sua rápida transferência a terceiros.

Por trás dessa genérica recusa à possibilidade de cessão, está a rejeição à prática de *corretagem* de contratos administrativos. Para os defensores dessa postura restritiva, a celebração de contratos com a administração pública deve ser uma atividade bastante em si. A empresa, para ter proveito econômico com isso, deve executar o contratado e receber a remuneração prevista. A formação de especuladores que se especializem em obter e repassar rapidamente posições contratuais em face da administração violaria o sentido da licitação.

O Tribunal de Contas da União (TCU) encampou essa postura. No acórdão, apontado como *leading case*, sobre o tema, concluiu que:

em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93. (TCU, 2002, item 8.5 do acórdão)

Todavia, é interessante que, mesmo neste julgado, houve o reconhecimento de que “o texto gramatical do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, analisado de forma isolada, dá margens a interpretações no sentido de ser possível a sub-rogação contratual”. A afirmação contra a cessão se baseou em fundamentação principiológica. De acordo com o próprio relator do acórdão, “somente uma análise sistemática da Lei de Licitações e Contratos confrontada com os princípios constitucionais da Administração Pública e do dever de licitar, como a que ora apresentei, permite concluir pela total impossibilidade de se utilizar tal instituto” (item 62 do voto do relator).

Em aparente confronto com o texto legal, o TCU concluiu que:

à exceção da subcontratação, os demais movimentos contratuais indicados no inciso VI do art. 78 (cessão, transferência, fusão, cisão e incorporação) não podem ser adotados, eis que isentam a contratada da sua posição de única e plena responsável perante a administração quanto às relações jurídicas emergentes do contrato. (...) 32. A conclusão, que se faz imperativa, é que, de todas as espécies mencionadas no art. 78, inciso VI, a única permitida à luz da interpretação sistemática é a subcontratação de parte do objeto contratado. Qualquer outra forma que transfira, junto com a parcela subcontratada, as responsabilidades pela execução do objeto, é repelida. (item 30 do voto do relator)

É preciso, contudo, ler com cautela essas afirmações peremptórias, de sabor algo retórico, que não correspondem a uma convicção assim tão geral do TCU. Na verdade, por meio delas, o tribunal quer apenas enviar mensagem forte, como já mencionado, contra a prática de especulação comercial com contratos administrativos. O trecho a seguir revela o real motivo do pronunciamento do TCU no caso concreto:

36. Apenas para argumentar, poder-se-ia chegar a uma situação hipotética na qual uma única empresa, ou um pequeno grupo delas,

fosse detentora de perfil técnico-financeiro insuperável em qualquer licitação e que essa condição abrisse um atraente mercado de subcontratação, vencendo os certames licitatórios e os comercializando com outras empresas cuja idoneidade, capacidade técnica e lastro econômico não houvessem sido objeto de qualquer análise.

37. Exemplo, agora não mais hipotético, da nocividade da sub-rogação contratual no âmbito da Administração Pública é o fato ocorrido no TC 003.520/2001-2, trazido pelo eminente Ministro Guilherme Palmeira na última Sessão Plenária (de 17.4.2002). Naqueles autos, foram apontadas sub-rogações sucessivas do Contrato nº 177/86/PGE, relativo à obra da RO-399. Primeiramente, a empreiteira CONSTRAN, contratada pela Administração, sub-rogou a avença às empresas EMSA e ENCO. Esta última sub-rogou, em momento seguinte, sua parte à EMSA, que passou a ser a responsável por toda a obra. Posteriormente, a EMSA, de forma deliberada, comunicou ao Poder Público sua decisão de abandonar a obrigação contratual que lhe cabia, alegando desinteresse em dar prosseguimento ao contrato, tratando o contrato administrativo não como um compromisso com a Administração, vinculativo e sério, mas como mero interesse particular da construtora. Nova sub-rogação, por fim, transferiu o objeto à empresa GM.

Jurisprudência, com esse estilo, continua sendo repetida.⁷ Mas ela precisa ser bem compreendida. O TCU apenas busca evitar a pura especulação comercial em contratos celebrados com a administração pública, coibindo a reiteração de prática vista como contrária aos princípios.

Mas é preciso não se deixar levar pela eloquência generalizante do Tribunal, tampouco por uma abordagem principiológica e superficial da questão.⁸ Uma coisa é querer evitar a cessão de contratos como prática puramente especulativa de particulares, o que, de fato, tende a desorganizar a gestão administrativa dos contratos. Outra, diferente, é interditar todas as formas de cessão, inclusive aquelas que não se prestam a esses fins, a realizar objetivos econômicos legítimos.

A postura do TCU se mostra bem mais flexível nas situações em que a alteração subjetiva se justifica em premissas econômicas legítimas. Confira-se a seguinte manifestação, em análise sobre operação societária de empresa contratada pela administração pública:

5. Acerca da legalidade de fusão, incorporação ou cisão em contratos administrativos, frente ao disposto no art. 78, inc. VI, da Lei nº 8.666/93, o TCU entendeu, em consulta formulada pela Câmara dos Deputados, por meio do Acórdão 1.108/2003 do Plenário, que é possível a continuidade dos contratos, desde que sejam observados os seguintes requisitos: – tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato; - a nova empresa cumpra os requisitos de habilitação originalmente previstos na licitação; e – sejam mantidas as condições originais do contrato.

6. Vale dizer, acerca do primeiro requisito, que o Tribunal vem evoluindo para considerar que, restando caracterizado o interesse público, admite-se a continuidade do contrato, ainda que não prevista

⁷ Vide, por exemplo, TCU (2016).

⁸ Sobre os riscos de se tomar decisões e orientações com base na invocação de princípios gerais, vide Sundfeld (2014, p. 225).

a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Essa é a posição, aliás, da Unidade Técnica, do autor da representação e do órgão contratante do Distrito Federal. Ademais, está contida no recente Acórdão nº 113/2006 – Plenário.

7. Penso ser louvável a evolução jurisprudencial ocorrida no TCU sobre essa matéria. A dinâmica empresarial inerente a um mercado competitivo e globalizado, que impõe a necessidade de alterações na organização da sociedade para a sua própria sobrevivência, não pode ficar engessada por falta de previsão, nos contratos administrativos, sobre a possibilidade de alteração organizacional, por meio de cisão, fusão ou incorporação.

8. A proibição de alteração da organização da sociedade contratante com a Administração Pública poderia, ao contrário do desejado pela norma, levar ao seu enfraquecimento e, assim, oferecer riscos à plena execução contratual (TCU, 2006).

Em suma: a cessão de contrato para fins de reestruturação societária não é atingida pela orientação geral mais restritiva do TCU no Acórdão 420/2002, mesmo porque, ali, sequer cogitou essa hipótese. Segundo a orientação mais específica do Acórdão 2.071/2006, a aprovação das operações descritas no art. 78, VI, da lei 8.666 de 1993, é, sim, possível e deve se dar a partir da análise de cada caso.

2. Casos de viabilidade da cessão

Se não houver proibição expressa no edital e no contrato, deve se considerar que as ações referidas no inciso VI do art. 78 da lei 8.666, de 1993, estão, em tese, admitidas. A ausência de proibição específica representa a admissão em princípio dessas práticas.

O silêncio do edital e do contrato não impede a subcontratação, a associação empresarial, a transferência ou a cessão contratual, tampouco as operações societárias (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1411-1412). Se o tema não foi disciplinado de modo expresso e detalhado no edital ou no contrato, é inviável considerar tal omissão como veto à cessão, a qual, em muitos casos, tem justificativa societária e econômica legítima. Não autorizar prévia e abstratamente não é o mesmo que proibir.

Para proibir a prática de ato típico da vida empresarial, é preciso uma regra específica no edital ou no contrato. Não se trata, é relevante esclarecer, de disciplina da atuação da própria administração pública, de modo a, por analogia com o princípio geral da legalidade administrativa, compreender-se a falta de autorização expressa como proibição. Está se disciplinando a atuação do particular contratado, que se sujeita a outros princípios, como liberdade empresarial, autonomia da vontade etc. Assim, se a administração pública quiser impedir, de modo geral, seu contratado de envolver terceiros na execução do contrato administrativo, de realizar operações societárias ou de transferir direitos oriundos do contrato, é necessário que preveja a restrição, que será exigível por conta da voluntária adesão do particular.

Contudo, se a omissão do edital e do contrato não pode ser entendida como proibição absoluta à realização dos atos descritos no inciso VI do art. 78, é excessivo, no sentido oposto, considerá-la uma autorização ampla e irrestrita. É incorreto imaginar que, no silêncio do edital e do contrato, a empresa contratada possa, livremente, subcontratar tudo quanto queira, transferir ou ceder parcial ou integralmente o contrato, bem como

realizar as mais variadas operações societárias. Essas operações, se não estão vedadas, também não estão aprovadas de modo antecipado e incondicional.

A depender do caso concreto, elas podem afetar a execução do contrato, prejudicando-a, ou representar artifício ilícito para contornar exigência da licitação. É preciso, assim, aferir o impacto de cada operação sobre o contrato e das normas legais aplicáveis.

Algumas das mudanças, como a cessão total do contrato, dependem de alteração formal do próprio instrumento contratual, o que demanda a anuência prévia da administração pública contratante. O Código Civil (BRASIL, 2002), aplicável de maneira subsidiária às contratações públicas (art. 54 da lei 8.666, de 1993), exige a concordância da outra parte para a substituição do prestador de serviços (CC, art. 605).⁹

O primeiro requisito formal para ser viável a cessão é que não exista, no edital ou no contrato, regra que vede a operação. Se houver regra que a admita, ou se tais instrumentos forem omissos, a cessão será possível, mas ainda dependerá da anuência específica da administração contratante.

É legítimo que esta avalie se a cessão é prejudicial à execução do contrato, se contraria outra disposição legal ou mesmo se prejudica objetivos da licitação realizada. Não havendo óbice real, ela deverá anuir com o requerimento, pois não lhe cabe impor barreiras desnecessárias ou desmotivadas à atuação das contratadas.

A cessão de contrato motivada por reestruturação empresarial não apresenta os riscos apontados nas objeções genéricas a esse tipo de operação.

O objetivo da medida não é especular comercialmente com a transferência de contratos específicos, recém obtidos. O receio de burla ao procedimento licitatório é injustificado para o caso. Também não há contrariedade ao caráter pessoal das contratações públicas.

Não se trata de jogo especulativo com um terceiro estranho, pois a cessão é para empresas integrantes do mesmo grupo econômico da contratada. A cedente não faz a operação para, logo em seguida a uma licitação, obter lucros rápidos. A situação é diversa: trata-se de reorganização estrutural de grupo econômico em crescimento ou em crise, o que atende a necessidades de gestão e de eficiência, de interesse da própria administração pública, e não ao propósito de, com fins especulativos, repassar o encargo de atendê-la a alguém estranho.

Cessão desse tipo atende a demanda interna do grupo econômico, e não a negócios comerciais com um terceiro alheio. Pode justificar a medida, por exemplo, o legítimo interesse de o grupo reunir, sob uma mesma pessoa jurídica, os contratos celebrados com entidades estatais. A concentração desses contratos pode significar maior eficiência na alocação de recursos humanos especializados em relacionamento com a administração pública (capacitação em licitações, prestação de contas e acompanhamento de contratos). Também pode ser útil a concentração por reunir, numa única empresa, a necessidade de apresentação de certidões, atestados e outras exigências formais próprias à lida com a administração pública. A medida não representa especulação com contratos públicos, mas providência com potencial para impactar positivamente a gestão interna do grupo empresarial.

⁹ “Art. 605. Nem aquele a quem os serviços são prestados poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste.”

Esses objetivos não maculam o caráter competitivo do certame que tiver gerado a contratação, pois o contrato continuará alocado e executado dentro do mesmo grupo econômico. Há simples substituição de uma empresa por outra, do mesmo grupo.

A circunstância de as empresas cedente e cessionária pertencerem ao mesmo grupo econômico, também afasta a violação material do caráter pessoal dos contratos administrativos. Atendida a comprovação, pela cessionária, de capacidade técnica, financeira e jurídica para executar o contrato, não há mudança substancial. Na prática, o mesmo grupo econômico estará à frente do contrato. Mudará apenas o braço formal que assumirá a prestação dos serviços.

É possível concluir que, atendidos os requisitos objetivos de inexistência de vedação expressa no edital ou no contrato, de preenchimento dos requisitos de capacidade técnica, financeira e jurídica pela empresa cessionária – requisitos esses a serem demonstrados à administração contratante, para a obtenção de sua concordância, que não é discricionária – é viável, em tese, a cessão total de contratos administrativos entre empresas do grupo econômico, por motivo de reestruturação empresarial.

Conclusão

- a) A lei 8.666, de 1993, não contém vedação absoluta à cessão total de contratos administrativos, a qual pode ser admitida pelo regime do edital e do contrato.
- b) A simples reprodução, no edital ou no contrato, do texto do art. 78, VI, da lei 8.666, de 1993, não importa em proibição à posterior cessão do contrato.
- c) A vedação expressa à cessão total, contida de modo genérico no edital ou no contrato, deve ser entendida em princípio como vedação da cessão a terceiros estranhos, mas não da cessão para fins de reorganização empresarial.
- d) Mesmo se admitida (ou não vedada) no edital e no contrato, a cessão total do contrato, inclusive para fins de reorganização empresarial, depende de aprovação prévia da administração contratante, nos termos do art. 605 do Código Civil, por envolver mudança subjetiva formal na contratação.
- e) Para concordar com a cessão, a administração pública contratante deve aferir se a empresa cessionária atende às condições originais de participação na licitação e na contratação, possuindo condições efetivas de prosseguir executando o contrato.
- f) Cabe à contratada demonstrar as razões que justificam economicamente a cessão, demonstrando não estar presente mera especulação com contratos públicos.
- g) Em princípio, a reestruturação empresarial para a melhor organização do grupo justifica que os contratos celebrados com a administração pública sejam objeto de cessão total para outra empresa do mesmo grupo, devendo a operação ser aprovada pela administração contratante, desde que demonstrado que a cessionária preenche os requisitos de qualificação técnica, econômica e jurídica e não está proibida de contratar com o poder público.

Referências

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de Direito Administrativo: Licitação e Contratos Administrativos*. Volume 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de Los Contratos Administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3q3k199>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3nivolM>.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Volume I. Madrid: Civitas, 1977.

FALLA, Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volume II. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 4, n. 41, p. 5433-5446, 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=29683>. Acesso em: 19 dez. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LAUBADÈRE, André de. *Traité des Contrats Administratifs*. Tome 2. 2. ed. Paris: LGDJ, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MENDES, Renato. *Lei de Licitações e Contratos Anotada: notas e comentários à Lei nº 8.666/93*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Retirada de consorciado em contrato administrativo não viola o resultado da licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Contratual*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 633-641.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Decisão nº 420/2002*. Plenário. Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 244 abr. 2002.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 2.071/2006*. Plenário. Relator Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. 8.11. nov. 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 2.354/2016*. Plenário. Dispõe sobre Representação oferecida pelo Ministério Público acerca de suposta irregularidade. Relator Min. Raimundo Carreiro, j. 1409. set. 2016.

Limitações ao direito de propriedade

Limitations on property Rights

*Kiyoshi Harada*¹

Jurista

Sumário: 1. Introdução. 2. As flexibilizações do direito de propriedade. 2.1. Das limitações que atingem o caráter absoluto e o caráter exclusivo da propriedade. 2.2. Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade e a desapropriação. 2.2.1. Conceito de desapropriação. 2.3. Das diferentes hipóteses de desapropriação. 2.3.1. Desapropriação de propriedade que cumpre a função social. 2.3.1.1. Desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública. 2.3.1.2. Desapropriação por interesse social. 2.3.2. Desapropriação de propriedade que não cumpra a função social. 2.3.2.1. Desapropriação de propriedade rural que não cumpra a função social. 2.3.2.2. Desapropriação de propriedade urbana que não cumpra a função social. 2.3.3. Desapropriação de propriedade onde haja cultura ilegal de plantas psicotrópicas. 2.3.4. Desapropriação de propriedade onde haja exploração de trabalho escravo. 3. Conclusões.

Resumo: o propósito deste artigo é o de demonstrar que o direito de propriedade, apesar de sofrer as restrições decorrentes das transformações sociais do mundo moderno, continua sendo garantido pela Constituição Federal, com ressalvas previstas. As limitações que dizem respeito ao caráter absoluto e exclusivo da propriedade, ora decorrem da natureza do próprio direito a ser exercido (direito de vizinhança, servidões etc.), ora se originam das legislações específicas (urbanísticas, ambientais etc.) e, em pelos menos duas hipóteses, decorrem de preceitos constitucionais (requisição e tombamento específico). O caráter perpétuo, que diz respeito à irrevogabilidade da propriedade, só pode ser atingido por meio de desapropriação nos casos previstos na Constituição e mediante pagamento prévio da justa indenização, em dinheiro ou em títulos da dívida pública, conforme se trate de propriedade que está cumprindo ou não está cumprindo a sua função social. Somente em uma única hipótese de propriedade, onde for encontrada a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, é que será promovida a desapropriação de forma compulsória e sem pagamento de qualquer tipo de indenização. A desapropriação, sem pagamento de qualquer espécie de indenização, de propriedade onde for constatada a exploração de trabalho escravo, como pretende o projeto de emenda constitucional em discussão no Congresso Nacional (PEC nº 438/2001) é inconstitucional, porque o Poder Reformador não

¹ Jurista com 33 obras publicadas. Mestre em Direito pela UNIP. Especialista em Direito Tributário e em Ciências das Finanças pela USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica na qualidade de Cônsul na cidade de São Paulo. Acadêmico, Titular da cadeira nº 20 (Ruy Barbosa Nogueira) da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Acadêmico, Titular da cadeira nº 7 (Bernardo Ribeiro de Moraes) da Academia Brasileira de Direito Tributário. Acadêmico, Titular da cadeira nº 59 (Antonio de Sampaio Dória) da Academia Paulista de Direito. Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio. Conselheiro do Conselho Superior de Estudos Legislativos e Jurídicos da Fiesp. Sócio fundador do escritório Harada Advogados Associados. Ex-Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

pode ampliar a limitação ao direito de propriedade incluído pelo legislador constituinte originário no núcleo protegido por cláusulas pétreas (inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF).

Palavras-chave: Propriedade. Limitações. Indenização. Desapropriação. Função social.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that the property right, despite suffering the restrictions resulting from social transformation in the modern world, is still guaranteed by the Federal Constitution, with the reservations provided therein. The limitations that relate to the absolute and exclusive character of the property, sometimes stem from the nature of the right to be exercised (neighborhood rights, easements, etc.) and another times originate by specific legislation (urban, environmental, etc.), and in read it minus two hypotheses, stem from the constitutional precepts (requisition and specific tipping). The perpetual character, which concerns the irrevocability of the property, can only be achieved through expropriation in cases provided for in the Constitution and upon prior payment of fair compensation in cash or in government bonds, depending on whether the property is fulfilling or it is not fulfilling its social role. Only in a single property hypotheses where the illegal cultivation of psychotropic plants is found is that compulsory expropriation will be promoted without payment of any type of indemnity. The expropriation without payment of any kind of indemnity of property where the exploitation of slave labor is found, as the draft constitutional amendment under discussion at the National Congress (PEC numer 438/2001) intends is unconstitutional, because the Power of Reform cannot expand the limitation on property rights included by the original constituent legislator in the nucleus core protected by immutable clauses (item IV, of § 4, of art. 60 of the Constitution).

Keywords: Property. Limitations. Indemnity. Expropriation. Social role.

1. Introdução

O direito de propriedade, que assume suma importância dentro do direito privado, vem sofrendo flexibilizações ao longo do tempo por imposição da nova ordem social que impera na moderna sociedade. Por isso, o Código Civil de 2002, depois de reproduzir no *caput* o disposto no art. 524 do Código Civil de 1916, acrescentou cinco parágrafos, ficando o texto assim redigido:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2 – São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º— *O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.*

§ 4º — — *O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

§ 5º — — *No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.*

No *caput* estão contidos os três atributos da propriedade romana: *jus utendi, fruendi et abutendi*, isto é, o direito de usar, fruir e dispor da coisa, alienando-a ou consumindo-a livremente. Conferiu-se o direito à ação reivindicatória para tornar efetivo esse direito de propriedade. Entretanto, como decorrência da nova ordem constitucional inaugurada com o advento da Constituição de 1988, que incorporou a função social da propriedade como elemento estrutural da mesma, o novo Código Civil passou a não permitir o uso egoístico da propriedade, condicionando-a ao bem-estar da sociedade. José Afonso da Silva, com base nas noções de Karl Renner, afirma, com muita propriedade, que a função social não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade que dizem respeito ao exercício do direito, porque ela constitui o próprio fundamento do regime jurídico da propriedade.²

Como se verifica nos parágrafos do art. 1.228 do CC retrotranscritos, a propriedade deve atender aos fins econômicos e sociais, de sorte a preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é considerado pela Constituição como um bem de uso comum do povo (art. 225), o patrimônio histórico, a flora e a fauna. Igualmente, o § 2º daquele artigo interdita o uso prejudicial da propriedade, ao passo que o seu § 3º contempla expressamente a desapropriação da propriedade por necessidade pública ou interesse social. O § 4º, a seu turno, torna expressa a hipótese de perda da propriedade reivindicada, a fim de preservar a permanência no imóvel das pessoas que o possuam de boa-fé há mais de cinco anos. Essa perda da propriedade corresponde à sua retirada compulsória por meio de ação expropriatória a cargo do poder público mediante pagamento da justa indenização.

A função social da propriedade é enfatizada na Constituição de 1988. O inciso XXII, do art. 5º, garante o direito de propriedade, porém, no inciso seguinte, prescreve que “a propriedade atenderá à sua função social”. E o art. 170, a seu turno, insere a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente como princípios informadores da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II — propriedade privada;

III — função social da propriedade;

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 280-282.

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

2. As flexibilizações do direito de propriedade

O absolutismo, a exclusividade e a perpetuidade que caracterizavam a antiga propriedade não mais subsistem. Esses traços, característicos da propriedade romana, acham-se flexibilizados por normas de natureza constitucional e de natureza infraconstitucional, que decorrem das legislações ordinárias e especiais. Examinemos separadamente essas duas espécies de limitações da propriedade.

2.1. Das limitações que atingem o caráter absoluto e o caráter exclusivo da propriedade

Tanto o caráter absoluto da propriedade, como o seu caráter exclusivo, sofrem limitações que se situam no campo do exercício do direito. Essas limitações, às vezes, decorrem da própria natureza do direito na medida em que, no exercício do seu direito, o proprietário não pode ir além de determinados limites sob pena de caracterizar abuso. O seu direito termina onde começa o direito de outrem.

Outras vezes, as limitações decorrem de imposições legais genéricas ou específicas: direito de vizinhança; servidões; limitações urbanísticas; limitações de natureza ambiental; e inúmeras limitações pertinentes à proteção da lavoura, do comércio, da indústria, além daquelas previstas nas leis penais, eleitorais etc. As limitações de natureza ambiental, como as decorrentes de implantação de Parques Ecológicos, que atingem o imóvel como um todo, ao contrário das limitações urbanísticas, que alcançam apenas parte do imóvel, equivalem à interdição de uso da propriedade e, como tal, devem ser indenizadas pelo poder público responsável. Infelizmente, há uma equivocada tendência da jurisprudência de nossos tribunais para equiparar essas limitações ambientais, que interdita totalmente o uso da propriedade, a meras limitações administrativas em geral, que mantêm a disponibilidade econômica do imóvel atingido ainda que com algumas restrições.

Por fim, existem limitações que atingem o caráter absoluto e exclusivo da propriedade que decorrem de preceitos constitucionais específicos. São os casos da requisição (inciso XXV, do art. 5º da CF) e do tombamento de “sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (§ 5º, do art. 216 da CF). Cumpre assinalar que, no primeiro caso, se houver dano no uso da propriedade privada, o proprietário deverá ser indenizado. No segundo caso, o tombamento circunscreve-se apenas à hipótese prevista na Constituição. São inconstitucionais os tombamentos indiscriminadamente realizados por órgãos da União (IPHAN), dos Estados (CODEPHAATs) e dos Municípios (CONPRESPs) que atingem prédios onde não há sequer sinais de reminiscências históricas dos antigos quilombos. Entendo que os tombamentos, para a preservação de valores históricos e culturais e de paisagens especiais, devem ser indenizados, tanto é que a letra k, do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/41 o inclui dentre os casos de utilidade pública para fins de desapropriação, nos seguintes termos: “k) a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou

característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza”. Dependendo do grau de limitação imposta, o tombamento equivale à perda da propriedade, atingindo o aspecto perpétuo desta, e não apenas os seus aspectos absoluto e exclusivo. Essa perda só pode decorrer de ato expropriatório do poder público. Entretanto, nenhum administrativista, ao que sabemos, escreveu sobre o tombamento enfocando-o sob o prisma da desapropriação, considerando-o simplesmente uma limitação administrativa não passível de indenização.

2.2. Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade e a desapropriação

O aspecto perpétuo da propriedade diz respeito à sua irrevogabilidade. A limitação que atinge o caráter perpétuo da propriedade não se situa no campo do exercício do direito, mas em sede constitucional, em que é estruturado o direito de propriedade. A irrevogabilidade da propriedade só pode ser atingida por meio de desapropriação nas hipóteses taxativa e constitucionalmente previstas.

O Texto Magno assegura o direito de propriedade, mas essa garantia não é absoluta, aliás, nada é absoluto em termos de direito. A garantia constitucional tem o sentido de não permitir a abolição da propriedade. Mas, é a própria Constituição que retira o caráter perpétuo da propriedade por meio de desapropriação em suas variadas hipóteses, como veremos mais adiante.

2.2.1. Conceito de desapropriação

Várias são as conceituações de desapropriação, mas todas elas envolvem o pagamento prévio da justa indenização. Segundo Pontes de Miranda, a desapropriação “é a retirada da propriedade com indenização integral, a que a Constituição de 1967, art. 150, § 2º, 1ª parte, exige ser prévia e justa”.³

Para Hely Lopes Meirelles, a “desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização e, ainda, por desatendimento às normas do Plano Diretor (desapropriação-sanção, art. 182, § 4º, III, da CF), neste caso com pagamento em títulos da dívida pública municipal, aprovados pelo Senado Federal”.⁴

Odete Medauar conceitua a desapropriação “como figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização”.⁵

Na lição de José Cretella Júnior, a desapropriação é “o ato pelo qual o Estado, necessitando de um bem particular, para fins de interesse público, obriga o proprietário a transferir-lhe a propriedade desse bem, mediante prévia e justa indenização”.⁶

³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 371.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 303.

⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 379.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Volume 9. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 23.

Finalmente, Massami Uyeda, após confrontar as conceituações dadas por autores nacionais e alienígenas sustenta em latíssimo *sensu* que a desapropriação pode ser conceituada “como complexo procedimento de direito público, mediante o qual o Estado se assenhoreia de bem móvel ou imóvel, fundado em interesse público, indenizado o proprietário”.⁷

Pode-se dizer que, em conformidade com a doutrina clássica, a desapropriação é um instituto de direito público que consiste na retirada compulsória da propriedade mediante prévia e justa indenização. Essa prévia e justa indenização será em dinheiro, ou em títulos da dívida pública, conforme se trate de imóvel que está cumprindo a sua função social ou de imóvel que não esteja cumprindo a sua função social. A Constituição vigente estatuiu, ainda, a hipótese de propriedade nociva à sociedade, caso em que a desapropriação é feita de forma compulsória, não de forma facultativa como nas demais hipóteses, e sem o pagamento de qualquer espécie de indenização, como adiante veremos. Por isso, assinalamos que o “pagamento prévio da justa indenização, em dinheiro ou em títulos, deixou de ser requisito constitucional para todas as hipóteses de desapropriação”.⁸

2.3. Das diferentes hipóteses de desapropriação

Examinemos separadamente e em rápidas pinceladas as três espécies de desapropriações retrorreferidas.

2.3.1. Desapropriação de propriedade que cumpre a função social

Com relação à desapropriação da propriedade que cumpre a função social, que tem seu fundamento no inciso XXIV, do art. 5º e § 3º, do art. 182 da CF, podemos destacar a modalidade de desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública e aquela modalidade de desapropriação por interesse social.

2.3.1.1. Desapropriação por necessidade ou utilidade pública

Com o advento do estatuto básico da desapropriação, o Decreto-lei nº 3.365/41, desapareceu a dicotomia estabelecida pelo Código Civil de 1916. O art. 5º desse diploma legal passou a abranger, sob a denominação de utilidade pública, também os casos de necessidade pública, *in verbis*:

Art. 5o Consideram-se casos de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública; e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos; i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização;

⁷ UYEDA, Massami. *Da desistência da desapropriação*. São Paulo: Aquarela, 1988. p. 17.

⁸ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;⁹ j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçá-los os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais.

Verifica-se que as quatro primeiras hipóteses correspondem aos casos de interesse público qualificado por necessidade pública, as demais hipóteses correspondem aos de interesse público por utilidade pública. Em todas essas hipóteses a desapropriação só pode ser feita mediante pagamento prévio da justa indenização em dinheiro. A jurisprudência que permite a imissão provisória mediante o depósito do valor cadastral do imóvel, a pretexto de que essa imissão, por não ser definitiva, não implica transferência do domínio, está, *data maxima* vênia, bem distanciada da realidade atual, em que o pagamento da indenização fixada por sentença perdura por 10, 15 ou 20 anos. E, sendo a desapropriação irreversível, para o proprietário, tanto faz perder a posse a título provisório ou a título definitivo. Se, no local do prédio residencial imitado provisoriamente, durante sua posse, estiver passando uma Avenida, por exemplo, sustentar que essa perda da posse não é definitiva, de modo a exigir o pagamento prévio da justa indenização, atenta contra o princípio da razoabilidade. Assim, merece ser revogada a Súmula nº 652 do STF que proclama a constitucionalidade do § 1º, do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, que permite a imissão provisória mediante simples depósito do valor venal do imóvel.

2.3.1.2. Desapropriação por interesse social

A lei de regência dessa modalidade de desapropriação é a de nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que assim prescreve:

Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social na forma do art. 147¹⁰ da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social: I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

⁹ Redação de acordo com: BRASIL. Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999. Altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/2MIXRec>.

¹⁰ Sobre a função social da propriedade, ver artigos 170, III, 182, § 2º, e 186 da CF/88.

*II – a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola (VETADO); III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; V – a construção de casas populares; VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transportes, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; VII – a proteção do solo e a preservação de curso e mananciais de água e de reservas florestais; VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.*¹¹ § 1º O disposto no item I deste artigo só se aplicará nos casos de bens retirados de produção ou tratando-se de imóveis rurais cuja produção, por ineficientemente explorados, seja inferior à média da região, atendidas as condições naturais do seu solo e sua situação em relação aos mercados. § 2º As necessidades de habitação, trabalho e consumo serão apuradas anualmente segundo a conjuntura e condições econômicas locais, cabendo o seu estudo e verificação às autoridades encarregadas de velar pelo bem-estar e pelo abastecimento das respectivas populações.

Muito embora o art. 1º aponte como causa da desapropriação a necessidade de promover a justa distribuição da propriedade ou o condicionamento de seu uso ao bem-estar social, verifica-se, pelo exame das hipóteses elencadas no art. 2º, que nem todos os casos estão relacionados com a disfunção social da propriedade. Por isso, essas desapropriações sujeitam-se ao pagamento prévio da justa indenização em dinheiro. Na realidade, essa modalidade de desapropriação acontece com mais frequência no caso previsto no inciso IV, do art. 2º, que corresponde à hipótese contemplada no § 4º, do art. 1.228 do CC, ou seja:, aquela que é levada a efeito para evitar o cumprimento do mandado de reintegração de posse a favor do proprietário que teve a sua propriedade invadida pela população de baixa renda, o que traria grave problema social. No mais, essa modalidade de desapropriação é utilizada como instrumento para viabilizar a desapropriação-fim, por utilidade pública, para execução de obras de grande envergadura, atingindo moradias de população carente que não teriam para onde ir. No caso, constrói-se, no imóvel desapropriado por interesse social, casas populares para ceder a título gratuito ou oneroso à população atingida pelos efeitos da desapropriação-fim, a desapropriação por utilidade pública.

¹¹ Acrescentado por: BRASIL. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 1977. Disponível em: <https://bit.ly/3s2HZmO>.

2.3.2. Desapropriação de propriedade que não cumpre a função social^{<sub3>}

Como vimos na parte introdutória deste trabalho, a função social é o próprio fundamento do regime jurídico da propriedade. Por isso, a Constituição só assegura o direito de propriedade enquanto ela estiver cumprindo a sua função social, com as ressalvas expressamente previstas. Atualmente, conforme escrevemos, “o conceito de propriedade está umbilicalmente ligado ao de justiça social, que, segundo a doutrina social da Igreja, seria a força orientadora dos atos humanos para o bem comum”.¹²

2.3.2.1. Desapropriação de propriedade rural que não cumpre a função social

É a chamada desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, não se confunde com a desapropriação por interesse social regulada pela Lei nº 4.132/62.

Essa modalidade de desapropriação está prevista no art. 184 da CF:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

O § 1º desse artigo ressalva a indenização em dinheiro apenas as benfeitorias úteis e necessárias. É vedada a desapropriação de propriedade produtiva (inciso II, do art. 185 da CF).

Para efeitos de desapropriação, o art. 186 da CF define a função social da propriedade rural nos seguintes termos:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
I – aproveitamento racional e adequado;
II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente¹³;
III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Importante observar que a Constituição predefiniu o conceito de função social da propriedade rural, descabendo ao legislador ordinário ampliar ou restringir o alcance e o conteúdo que decorrem do texto constitucional. Verifica-se a preocupação do legislador constituinte originário com a preservação do meio ambiente e com a justiça social que, como antes dissemos, não pode ser apartada do conceito de propriedade moderna.

¹² HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

¹³ “Art. 225 da CF: 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-los para as presentes e futuras gerações”.

A lei de regência da matéria é a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.183/01.

2.3.2.2. Desapropriação de propriedade urbana que não cumpre a função social

Ao contrário do que acontece com o imóvel rural, a Constituição de 1988 não definiu o conteúdo da função social da propriedade urbana. Conforme se depreende dos dispositivos constitucionais a seguir transcritos, a Lei Maior deixou a critério da Lei do Plano Diretor de cada Município definir a função social da propriedade urbana, impondo limites e condições para a retirada compulsória da propriedade urbana que descumprir a função social.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Como se verifica dos dispositivos transcritos de início, o *caput* do art. 182 da CF, incumbe ao Poder Público municipal a execução da política de desenvolvimento urbano, de conformidade com as diretrizes fixadas em lei, para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O § 1º elege o Plano Diretor da Cidade, aprovado pela Câmara Municipal e que é impositivo para municípios com mais de 20.000 habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Enquanto que o seu § 2º prescreve que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Isso significa que, em última análise, é a lei do plano diretor que define a função social da propriedade urbana. Finalmente, para a desapropriação de imóvel urbano que não cumpre a função social, mediante pagamento prévio da justa indenização em títulos de dívida pública, o § 4º, do art. 182 da CF, estabelece uma gradação a ser observada. Primeiramente, deve determinar o parcelamento ou edificação conforme a

área do imóvel. Não atendido, o poder público municipal passa a promover o lançamento do IPTU progressivo no tempo. Isto é, a alíquota vai progredindo a cada ano em que o proprietário não der ao imóvel destinação adequada conforme lei do plano diretor, até a alíquota atingir o limite máximo de 15%, segundo estabelecido no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Persistindo a disfunção social da propriedade, surge a desapropriação como instrumento derradeiro para a retirada compulsória da propriedade, mediante pagamento da justa indenização em títulos da dívida pública.

2.3.3. Desapropriação de propriedade onde haja cultura ilegal de plantas psicotrópicas

A Carta Política de 1988 introduziu uma inovação consistente na desapropriação de glebas nocivas à sociedade, sem pagamento de indenização, conforme veremos a seguir.

Dispõe o art. 243 da CF:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º
Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Essa modalidade de desapropriação se distingue das demais por dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, essa desapropriação é compulsória. Ante a constatação de imóvel nas condições do art. 243 da CF, surge para a União o poder-dever de desapropriar. Em segundo lugar, nenhuma indenização deverá ser paga ao expropriado. No nosso entender, as glebas que contribuem para a exploração do tráfico de entorpecentes, por serem utilizadas para construção de laboratórios ou de pistas ilegais de aviões, também deveriam ser desapropriadas compulsoriamente.

Muitos autores afirmam tratar-se de confisco, negando a natureza de desapropriação por inexistir o pagamento da justa indenização, que seria requisito ínsito de uma desapropriação. No nosso entender, o legislador constituinte originário é livre para conferir ao instituto da desapropriação o contorno que bem entender. Acima dele pairam apenas os princípios éticos e morais, sob pena de perder o respaldo da legitimidade.

Essa modalidade de desapropriação compulsória e sem pagamento de qualquer espécie de indenização está regulada pela Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991.

2.3.4. Desapropriação de propriedade onde haja exploração de trabalho escravo

Como decorrência da movimentação internacional pela valorização da dignidade humana, combatendo o trabalho semelhante ao de um escravo, o legislador constituinte derivado preconizou a desapropriação, sem pagamento de qualquer espécie, de propriedade onde for constatada a exploração de trabalho escravo, mediante alteração do art. 243

da CF pela PEC nº 438/2001, que, por questão ditática, transcremos novamente com o acréscimo feito pela citada Emenda:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.

A proposta de Emenda sob exame é constitucional?

Verificamos que a Constituição Federal assegurou o direito à propriedade com as ressalvas nela especificadas. E esse direito integra o núcleo protegido por cláusulas pétreas à medida que ele se insere no âmbito dos direitos individuais (inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF).

Os direitos individuais, ou direitos fundamentais do homem, representam a delimitação de uma área de atuação autônoma do indivíduo, em que não é dado ao Estado intervir, podendo atuar nessa área delimitada apenas de forma negativa. Por isso, direitos fundamentais não se esgotam nas enumerações do art. 5º da CF como, aliás, são ressalvados no seu § 2º. Tudo aquilo que se contrapõe ao poder político do Estado configura direito fundamental. Essas noções são pacíficas, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Conforme sublinhamos, a Constituição assegura o direito à propriedade com as limitações aqui prescritas de forma expressa.

Assim sendo, tirantes as limitações desenhadas na Constituição de 1988, o caráter perpétuo da propriedade não pode ser abolido por via de uma desapropriação imprevista no texto da Constituição original. O legislador constituinte derivado não tem o mesmo poder do legislador constituinte originário, que tudo pode fazer. O poder reformador é um poder subalterno que não se confunde com o de constituir, próprio do legislador constituinte originário que detém o poder ilimitado e inaugural, ressalvados apenas aqueles limites de natureza meta-jurídica. Nenhuma das matérias elencadas nos incisos I a IV, do art. 60 da CF, pode ser objeto de emenda constitucional, pois o poder reformador ou o poder de revisão deve obediência ao processo estabelecido pela Constituição em seu art. 60.

A PEC sob exame determina a desapropriação de área rural ou urbana onde for constatada a “exploração de trabalho escravo”, sem pagamento de qualquer indenização ao proprietário, “observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

O exagero do legislador constituinte derivado é visível à medida que vai além do preconizado pela ordem jurídica internacional, que se limita a combater “à exploração de trabalho semelhante ao de um escravo”, conforme se verifica da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. O trabalho escravo propriamente dito penso não existir no mundo moderno. Como se sabe, escravo nunca foi sujeito de direito, mas mero objeto de direito, o que nos dias atuais não mais existe.

E mais, a PEC, sob exame, ironicamente, manda observar no que couber o art. 5º da CF, exatamente o qual assegura o direito de propriedade (inciso XXII) com as restrições desenhadas pelo legislador constituinte original. Não se pode conferir interpretação ampla ou analógica ao dispositivo excepcional do art. 243 da CF inserido pelo legislador constituinte original para acolher a Emenda da espécie. Do contrário, no futuro, nada impedirá o poder público de desapropriar sem pagamento de qualquer tipo de indenização qualquer imóvel onde estiver sendo estocados os bens resultantes de práticas criminosas, ou qualquer imóvel que venha servindo de local de encontro de malfeitores.

Toda regra de natureza excepcional inserta na Constituição deve ser interpretada com intensa restrição, sob pena de invalidar os princípios constitucionais que pairam acima das regras.

Conclusões

3.1 O direito de propriedade é garantido pela Constituição de 1988 em nível da cláusula pétrea.

3.2 A função social, que é inerente à propriedade privada, por ser o fundamento do regime jurídico da propriedade, impõe limitações aos aspectos absoluto, exclusivo e perpétuo da propriedade.

3.3 As limitações pertinentes aos aspectos absoluto e exclusivo da propriedade situam-se no campo do exercício do direito e decorrem ora da natureza do próprio direito, ora de normas legais gerais ou específicas e ora de preceitos constitucionais, como nos casos de requisição e de tombamento.

3.4 As limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade situam-se no campo de estruturação constitucional do direito de propriedade e são representadas por diferentes espécies ou modalidades de desapropriação taxativamente elencadas na Constituição.

3.5 A garantia da propriedade com as ressalvas previstas na Constituição de 1988 situa-se no campo dos direitos fundamentais pelo que estão protegidas por cláusula pétrea.

3.6 Qualquer Emenda que objetive alterar ou ampliar as restrições constitucionais concernentes ao direito de propriedade enumeradas pelo legislador constituinte original será inconstitucional.

Referências

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Volume 9. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

UYEDA, Massami. *Da desistência da desapropriação*. São Paulo: Aquarela, 1988.

A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública¹

Marçal Justen Filho
Advogado

1) A problemática terminológica

Os diversos ramos do direito desenvolvem terminologias próprias e valem-se, muitas vezes, de um mesmo e único vocábulo para indicar conceitos distintos, mas o problema maior reside na ausência de consciência desse fenômeno, propiciada pela crescente especialização do conhecimento jurídico.

O especialista em um ramo do direito tende a desenvolver uma visão de túnel, aprofundando de modo crescente a sua capacidade de examinar o mundo nos limites exclusivos da sua área cognitiva. Isso resulta na ausência de uma visão abrangente, que incorpore os atributos próprios de cada uma das outras abordagens existentes no próprio campo do direito.

Em termos práticos, os administrativistas não dominam os conhecimentos próprios de outros ramos do direito, já os cultores de outros ramos do direito não dominam o direito administrativo, mas todos compartilham de um mesmo vocabulário, recheado de expressões técnicas. Há o risco de pressupor que cada vocábulo apresenta o mesmo significado nos diversos ramos do direito, o que gera distorções e equívocos.

2) A teoria do “interesse público” no direito administrativo

Essa problemática ocorre em relação à expressão “interesse público”, que envolve temas fundamentais no âmbito do Direito Administrativo². A teoria do “interesse público” foi desenvolvida no Direito Administrativo em contexto determinado e prestou-se a uma função própria, especialmente num cenário histórico distinto. A expressão “indisponibilidade do interesse público” reporta-se a questões próprias e específicas, cuja compreensão exige entender a própria função atribuída ao dito “interesse público”.

¹ Este artigo foi originalmente publicado na obra *Acordo Administrativos no Brasil*, coordenada por Gustavo Justino de Oliveira (São Paulo: Almedina, 2020, p. 35-62).

² A disputa sobre o conceito e a função do interesse público no direito administrativo brasileiro é um tema clássico, que tem sido versado por uma plêiade de autores. O presente estudo tangencia essa disputa e preocupa-se em destacar um aspecto que não tem chamado a atenção dos pensadores. Sobre a polêmica relativa ao tema do interesse público, consultem-se as seguintes obras: MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013; FERRAZ JUNIOR, T. S. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, n. 1, p. 10, 1995; GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991; ESCOLA, H. J. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

2.1) A pluralidade de abordagens jurídicas ao “interesse” (e ao “interesse público”)

No plano dogmático e no âmbito filosófico, “interesse” comporta diferentes sentidos, situação nem sempre reconhecida pelas diversas correntes que tratam da questão. O aprofundamento sobre “indisponibilidade do interesse público” exige, por isso, uma tarefa preliminar, orientada a tornar mais precisa a questão de fundo.

2.2) O afastamento da abordagem processual sobre “interesse”

A primeira etapa nesse estudo envolve o afastamento das concepções processualistas sobre “interesse”. No Direito Processual, a expressão é utilizada para indicar uma relação de adequação-necessidade entre a satisfação de uma pretensão e a obtenção de um provimento jurisdicional³.

No vocabulário do Direito Processual, “interesse” refere-se a uma relação entre a situação de sujeito(s) privado(s) e o aparato jurisdicional. Sob um certo ângulo, o conceito processual de interesse relaciona-se à identificação de requisitos para a atuação jurisdicional. Dessa forma, expressão “interesse público”, tal como incorporada no Direito Administrativo, não apresenta relação com esse enfoque processualista.

2.3) A dimensão privatista e o fundamento do direito “objetivo”

No âmbito do direito material, a figura do “interesse” afirmou-se como relevante no cenário do século XIX, das disputas sobre a origem e o critério do direito. Assim, o tema envolveu uma disputa entre as escolas de Windscheid e de Jhering⁴.

2.3.1) O contexto da ausência da positivação do direito

É fundamental ter em vista que a divergência surgiu em um momento anterior à afirmação da autonomia de um direito positivo fundante da ordem jurídica. Envolveu um cenário próprio do direito privado, em que não se cogitava propriamente relações jurídicas de direito público.

A afirmação da existência de direitos subjetivos conduzia a uma indagação mais profunda, relacionada à sua origem. Os pensadores questionavam a origem dos direitos subjetivos em um contexto altamente influenciado por enfoques jusnaturalistas.

2.3.2) A concepção do “direito subjetivo” como um senhorio da vontade

A teorização de Windscheid afirmava que o direito subjetivo era um poder de vontade, reconhecido e protegido pelo direito. Esse enfoque centrava-se na afirmação do indivíduo, identificado como um ser dotado de vontade. Nesse enfoque, a construção jurídica

³ Para um exame sobre as concepções processualistas do interesse público, consultem-se WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. São Paulo: RT, v. 1, p. 173-174, 2014; SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 61, 2005.

⁴ Esse tema tem sido examinado tradicionalmente pela teoria geral do direito privado. Para uma exposição dessas disputas, examinem-se REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 247, 1987.

alicerça-se na figura da vontade, que é o fundamento do surgimento de relações entre os sujeitos e no reconhecimento de direitos subjetivos entre eles.

2.3.3) A teoria de Jhering: a Jurisprudência dos Interesses

Esse enfoque foi rebatido por Jhering, que buscou afastar o conceito de vontade como nuclear. Embora reconhecendo a importância intrínseca do indivíduo como tal, acrescentou que as relações entre os sujeitos se fundavam em diferentes circunstâncias, inclusive, econômicas.

Esse conjunto de relações envolvia a existência de interesses, muitos deles versando sobre bens e condutas referidos a outros sujeitos. A chamada Jurisprudência dos Interesses defendeu que a origem do direito subjetivo seria a tutela jurídica a um interesse, reputado como merecedor de proteção.

2.3.4) Ainda a predominância do enfoque privatista

O enfoque de Jhering não excluía a existência de “interesses públicos”, mas se relacionava claramente a um enfoque privatista, o que era plenamente compatível com o cenário então existente. Desse modo, o desenvolvimento do pensamento posterior admitiu a existência de direitos subjetivos públicos, o que envolvia, em última análise, uma ponderação quanto a interesses públicos.

2.4) A afirmação do direito positivo

Essas ponderações estavam sendo produzidas em um cenário contemporâneo à própria afirmação do conceito de Estado de Direito. Dessa forma, a concepção de que o Estado é subordinado ao direito encontrava-se em seus primórdios. Assim, aproximadamente no final do século XIX, foi-se produzindo a positivação do direito, adotada a expressão para indicar a diferenciação entre fontes materiais e formais. Contrapõem-se as concepções de direito natural e direito positivo, com uma forte preponderância da segunda em face da primeira.

2.5) Ainda a dicotomia direito público-direito privado

A afirmação do direito positivo foi acompanhada da reafirmação da dicotomia entre direito público e direito privado. Ainda que a distinção sempre tenha sido objeto de questionamento por parcela da doutrina, a sua adoção acompanhou a evolução do pensamento jurídico ao longo do tempo. Isso decorria, de modo específico, em virtude de uma distinção de conteúdo.

2.5.1) A dimensão horizontal das relações entre particulares

Segundo a concepção então vigente, as relações entabuladas entre os sujeitos privados apresentavam uma configuração horizontal. Isso significava uma situação de igualdade “antecedente”, ou seja, os sujeitos privados não se sobrepõem entre si, mas todos são dotados de idênticos poderes jurídicos.

No exercício de tais poderes, estabelecem relações jurídicas, que até podem resultar em posições de preponderância, mas as relações jurídicas partem do pressuposto desse equilíbrio intrínseco entre os partícipes. Sob o ângulo dessa concepção clássica do interesse, todos esses sujeitos são dotados de interesses merecedores de idêntico respeito por parte da ordem jurídica.

2.5.2) A dimensão vertical das relações entre Estado e “administrado”

Na concepção clássica, as relações de direito público possuem uma dimensão vertical. Assim ocorre porque o Estado é um sujeito em sobreposição aos particulares. Enquanto o sujeito privado busca a satisfação de necessidades e conveniências egoísticas, o Estado é uma instituição que busca a satisfação do bem comum.

2.5.3) A diferenciação intrínseca entre interesse público e interesse privado

Esse contexto traduzia uma distinção intrínseca entre interesse público e privado. Partindo de um pressuposto genérico, no sentido de que o direito positivo reconhece um direito subjetivo em vista da existência de um determinado interesse merecedor de tutela, a diferença entre direitos subjetivos públicos e privados relacionava-se a uma distinção axiológica entre interesse público e interesse privado. Nesse contexto, encontra-se o núcleo da concepção jurídica sobre a superioridade do interesse público relativamente ao privado.

2.6) O problema da discricionariedade administrativa

A distinção intrínseca entre interesse público e privado não era suficiente para gerar um efeito normativo autônomo. Isso ocorria porque os direitos subjetivos refletiam essa distinção, mas isso não significava que o direito subjetivo público fosse intrinsecamente superior ao direito subjetivo privado. No âmbito do Direito Administrativo, a questão adquiriu uma conotação diversa em virtude de controvérsias sobre o então denominado “poder discricionário” do Estado.

2.6.1) O “poder discricionário” como atributo estatal intrínseco

No pensamento administrativista clássico, prevalecia a concepção da existência de “poderes estatais”, dotados de uma dimensão intrínseca⁵. Isso significava que tais poderes seriam inerentes, por natureza, ao Estado. Nesse sentido, a disciplina jurídica apresentaria uma dimensão declaratória de tais poderes.

Então, aludia-se a um “poder discricionário” para indicar essa fonte estatal de disciplina da conduta própria e de terceiros, independentemente de disciplina legal específica.

Assim, reconhecia-se ao Estado uma posição de preponderância que lhe assegurava a competência para a edição de comandos abstratos e não abstratos, destinados a restringir a autonomia dos particulares, a promover a ordem, a assegurar a paz social e assim por diante.

⁵ De modo genérico, a doutrina clássica do Direito Administrativo incorpora a noção de “poderes da Administração”, ainda que nem sempre assumindo todas as implicações daí decorrentes. Nesse sentido, confira-se o pensamento de MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: RT, p. 95, 1991.

2.6.2) O “interesse público” como critério da ação estatal

A existência de um “poder” estatal não implica, no entanto, a ausência de critérios de controle da atividade administrativa do Estado. Reconhecia-se que os chamados “atos discricionários” somente seriam considerados válidos se estivessem de acordo com a ordem jurídica, mas a ausência de padrões gerais e abstratos dificultava a formulação de padrões de controle. A solução residia, então, na verificação da compatibilidade do ato discricionário com o “interesse público”. O interesse transformava-se em um critério da ação estatal. Dessa forma, seria válido o ato compatível e inválido o ato incompatível com o interesse público.

2.6.3) “Interesse público” como “fundamento do poder do Estado”

Logo, o interesse público foi transformado em fundamento concreto do poder do Estado. A própria justificativa da verticalidade do relacionamento entre Estado e particular encontra-se no interesse público. Então, supera-se o posicionamento de que o Estado seria intrinsecamente superior ao particular, mas se admite que o interesse público sobrepuja necessariamente o privado.

2.7) O percurso do fascismo italiano

A simplista exposição anterior apresenta generalidade suficiente para expor as circunstâncias dos diversos países a que se filia o Direito Administrativo brasileiro. Assim, há algumas peculiaridades que influenciaram o regime fascista italiano.

2.7.1) “Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado” (Mussolini)

O enfoque fascista leva a concepção do interesse público ao seu paroxismo. Essa visão induz à identificação entre a realidade política e a dimensão estatal. O Estado é reconhecido como núcleo da vida social e econômica, o que torna irrelevante, impertinente, inconveniente - senão ilícita - a existência de interesses privados.

2.7.2) A eliminação dos direitos privados

Daí, segue-se a eliminação dos direitos privados em face do Estado. A concepção fascista supera a proposta da supremacia do interesse público para admitir a supremacia dos direitos estatais. Nesse enfoque, não existe direito subjetivo oponível ao Estado.

3) A evolução histórica brasileira

A exposição acima evidencia as circunstâncias que condicionaram a trajetória do Direito Administrativo brasileiro, sem que isso implique atribuir à influência estrangeira as mazelas verificadas em nosso país.

3.1) Ainda a insuficiência da experiência democrática

Um ponto destacado pela generalidade dos administrativistas é a reduzida experiência democrática brasileira. O Brasil experimentou um regime imperial até 1889, cujos fundamentos não foram essencialmente alterados pela Constituição de 1891 – ao menos, não houve alteração substancial no que diz respeito à relação entre autoridade estatal e sujeito privado. Dessa forma, as décadas seguintes foram plenas de experiências totalitárias.

No breve período de tempo entre 1946 e 1964, houve a tentativa de construção de uma sociedade democrática - convivendo com o paradoxo da generalidade da legislação de Direito Administrativo produzida em períodos totalitários. O regime militar de 1964 afastou direitos e garantias individuais e adotou a concepção de supremacia dos interesses estatais sobre a generalidade da sociedade.

3.2) A afirmação do Estado de direito democrático e dos direitos fundamentais

A situação alterou-se com a CF/88, que consagrou um Estado de direito democrático, centrado em torno dos direitos fundamentais. Ainda que essas inovações tenham apresentado uma dimensão parcialmente semântica, o cenário jurídico passou por alterações radicais.

3.2.1) A redução da desigualdade jurídica

Um dos aspectos essenciais do regime constitucional de 1988 reside na redução da desigualdade jurídica, como etapa orientada a promover a atenuação das desigualdades de qualquer natureza. Isso significou a atribuição de posição equivalente inicial a todos os sujeitos.

3.2.2) A proteção às minorias e aos hipossuficientes

Por outro lado, houve o reforço da tutela às minorias e aos hipossuficientes, sob o pressuposto da exigência de proteção diferenciada em favor daqueles que se encontram em situação desvantajosa.

3.2.3) O reconhecimento dos direitos fundamentais em face do Estado

A característica mais relevante da CF/88 reside na consagração de direitos fundamentais oponíveis em face do Estado. Foi afirmada a função promocional do direito, com a finalidade de assegurar as diversas manifestações da dignidade humana. O Estado foi reconhecido como titular de competências orientadas ao atingimento de finalidades e interesses de dimensão coletiva. Além disso, houve a consagração da individualidade em face do Estado, inclusive, no que se refere aos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações⁶.

Portanto, não se tratou mais de reconhecer as limitações às competências políticas estatais, mas também de afirmar o dever estatal de promover prestações positivas em favor dos indivíduos.

⁶ Acerca da concepção generacional dos direitos fundamentais, consulte-se BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 574, 2018.

3.2.4) A tutela reforçada às pretensões privadas contra (inclusive) o Estado

A eficácia dos direitos fundamentais, consagrada constitucionalmente, traduziu-se na tutela a pretensões privadas contra o Estado. Isso significou o reconhecimento de direitos subjetivos do indivíduo contra a Administração Pública.

4) Implicações do regime constitucional de 1988

A sistemática consagrada pela CF/88 produziu uma série de implicações no tocante à temática do interesse público.

4.1) A dissociação da causalidade entre interesse e direito subjetivo

Como visto, a distinção entre “interesse” e “direito subjetivo” constituiu em fundamento da teoria de Jhering. Segundo essa teoria, o fundamento do direito subjetivo reside no interesse protegido pela ordem jurídica.

Dessa forma, a afirmação do Estado democrático de direito conduz ao reconhecimento de que o direito subjetivo não é uma derivação do interesse. Assim, há uma pluralidade de fatores que conduzem ao reconhecimento de direitos subjetivos. Afirmar que todo direito subjetivo derivaria da proteção a um interesse implicaria adotar uma acepção amplíssima para o vocábulo “interesse”, o que resultaria na inutilização da construção teórica.

4.2) A juridicização do “poder” estatal: a competência

Por outro lado, todos os poderes estatais foram juridicizados na acepção de sua institucionalização, por meio do direito. Assim, não há poder estatal “naturalístico”, prévio, alheio ou superior à ordem jurídica. Isso significa que o poder jurídico é albergado pela ordem jurídica como uma *competência* por ela instituída e disciplinada.

A competência consiste em uma posição jurídica disciplinada pelo direito público, que compreende um conjunto de faculdades (poderes), cuja existência é orientada à satisfação de necessidades de titularidade alheia ao sujeito estatal.

Logo, não se trata de negar a existência de poderes, mas de afirmar que todo poder jurídico é disciplinado pelo direito, que prevê a sua existência, dispõe sobre o seu conteúdo e regula o seu exercício.

Isso significa que a existência de um “interesse” de titularidade do Estado não é suficiente para instituir uma posição jurídica reforçada em face dos particulares. A expressão “interesse público” não indica um fenômeno extrajurídico, mas se refere a uma situação tutelada pela ordem jurídica, por isso o “interesse público” é delimitado pelo direito, tal como adiante mais bem exposto.

4.3) A pluralidade das posições jurídicas

A positivação do interesse conduz ao surgimento de direitos subjetivos. Tal como apresentado, isso não significa afirmar que todo direito subjetivo reflete a tutela a um interesse nem que todo interesse traduza-se em um direito subjetivo.

O ponto fundamental reside em que as posições jurídicas reforçadas – consistentes em faculdades de diversa natureza no relacionamento entre os sujeitos – são instituídas pela ordem jurídica.

Algumas dessas posições jurídicas reforçadas configuram direitos subjetivos, cuja característica consiste na determinação da faculdade de exigir conduta específica (objeto determinado) em face de um sujeito individualizado.

4.4) Os direitos subjetivos da Administração Pública

As competências da Administração Pública compreendem uma pluralidade de faculdades e atribuições.

4.4.1) Poderes jurídicos em sentido amplo

Muitas delas são exercitáveis em face do conjunto dos sujeitos em termos abstratos, mas a Administração Pública somente dispõe de poder jurídico para impor uma conduta específica e determinada em face de um sujeito, também determinado quando se configurar um direito subjetivo.

4.4.2) Os direitos subjetivos

As normas jurídicas instituem poderes, exercitáveis em face de um número determinado ou indeterminado de sujeitos. Esses poderes jurídicos podem configurar direitos subjetivos, que se constituem em posições reforçadas e protegidas pela ordem jurídica. Desse modo, o direito subjetivo configura uma faculdade de atuação em face de terceiros.

4.4.3) A competência administrativa e o direito subjetivo

A competência administrativa apresenta uma dimensão ampla e complexa. A concretização da situação jurídica pode conduzir ao surgimento de direito subjetivo para a Administração Pública. Esse direito subjetivo terá por objeto uma prestação definida e específica (consistente em um dar, fazer ou não) perante a um ou mais sujeitos determinados.

Assim, supondo a competência para desapropriar bens privados, nesse sentido, a ordem jurídica institui e delimita essa competência, mas a previsão abstrata da competência para desapropriar não implica a faculdade de o Estado apropriar-se de bem privado. Dessa forma, a extinção do domínio privado sobre um bem específico e o surgimento do domínio público dependerá da instauração de uma relação jurídica própria, que atribuirá direitos subjetivos e deveres jurídicos ao expropriante e ao particular.

4.5) Os direitos subjetivos contra o Estado

Um dos aspectos mais relevantes da afirmação do Estado democrático de direito consistiu no reconhecimento aos particulares de direitos subjetivos em face do Estado.

4.5.1) A omissão legislativa e o direito ao suprimento

A preocupação constitucional com os direitos fundamentais traduziu-se na determinação de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º). Foi consagrado o mandado de injunção para assegurar o exercício de direitos e liberdades, tolhidos em virtude da ausência de norma regulamentadora.

Houve também o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Se o silêncio legislativo não é suficiente para neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, então, é evidente que tal resultado não pode ser produzido por uma conduta ativa do Estado.

4.5.2) O interesse público e o direito subjetivo do particular

Tornou-se superada a concepção de que o interesse público poderia propiciar a ausência de realização dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Mais precisamente, desapareceu a competência estatal unilateral para ponderar conflitos entre interesse público e direitos fundamentais.

Precisamente, porque os indivíduos foram investidos de direitos subjetivos relacionados a garantias fundamentais, tendo como sujeito passivo o Estado. Admitiu-se a existência de pretensões privadas em face da autoridade pública.

A mera existência de pretensão não é suficiente para assegurar a satisfação do particular, mas isso tornou superada a concepção de que a Administração disporia de um “poder” próprio para decidir, no seu exclusivo âmbito interno, sobre a concretização dos direitos e garantias constitucionais.

Assim, o sujeito privado foi investido de poder para questionar diretamente as ações e omissões do Estado. A efetiva presença de algum interesse público, suficiente para neutralizar tais pretensões, é incumbida ao Poder Judiciário.

4.5.3) A restrição aos poderes do Estado

Em muitos casos, esses direitos subjetivos envolvem tutela e garantia precisamente em face das competências administrativas, isto é, a limitação dos poderes públicos faz-se não apenas ao interno da definição do poder estatal, mas também por uma providência externa: o direito reconhece ao particular um conjunto de direitos subjetivos, cuja existência acarreta a redução da órbita de poderes estatais.

Assim, por exemplo, o direito assegura ao particular o direito subjetivo de receber uma justa indenização, prévia e (em regra) em dinheiro, nas hipóteses de desapropriação de seu patrimônio. Trata-se de um direito subjetivo, cuja instituição acarreta a redução da órbita dos poderes jurídicos estatais. A competência estatal para desapropriar é delimitada pela existência de direito subjetivo atribuído ao sujeito privado.

4.5.4) Direito subjetivo privado e reconfiguração da competência estatal

Há casos em que a instituição do direito subjetivo privado se destina a produzir a reconfiguração positiva da competência estatal. Não se trata de promover a limitação dos poderes estatais, mas instituir deveres quanto às competências até então não existentes.

Nesses casos, o Estado torna-se titular de um poder jurídico para promover a satisfação de direitos subjetivos privados. Assim se passa no tocante aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, relacionados à atividade administrativa promocional da dignidade humana.

Cada sujeito privado é titular de direito subjetivo a obter prestação estatal apta a promover a sua integridade física, moral e espiritual. Como decorrência, o Estado é investido de competências administrativas para desenvolver atividades no âmbito da saúde, do saneamento, da assistência, da previdência e assim por diante.

5) O interesse como fim e o direito subjetivo como meio

Interesse (público ou privado) e direito subjetivo coexistem no ambiente jurídico. Portanto, são institutos distintos, com eficácia jurídica diversa e regime jurídico inconfundível.

5.1) O interesse como disciplina finalística

O interesse envolve uma disciplina normativa finalística. Assim, o conceito de interesse é identificado em vista da finalidade a que se vincula a disciplina jurídica. A expressão “interesse” indica uma necessidade, cuja satisfação é propiciada por meio dos poderes instituídos pela ordem jurídica.

5.2) O direito subjetivo como disciplina instrumental

O direito subjetivo é um instituto, cuja identidade decorre do conteúdo. Caracteriza-se, então, como atribuição de poderes jurídicos específicos, em favor de um sujeito determinado, tendo por objeto uma prestação individualizada. O direito subjetivo apresenta natureza instrumental, na acepção de se constituir em um meio, para o atingimento de fins buscados pelos sujeitos públicos e privados.

5.3) Interesses público e privado

Um interesse é qualificado como público quando as necessidades a serem atendidas apresentam também uma dimensão supraindividual. Tal pode decorrer tanto em virtude de questões quantitativas como em vista de aspectos qualitativos.

5.3.1) O interesse privado

Alude-se a interesse privado para indicar a situação em que existe uma identidade entre a titularidade da condição de parte e das necessidades a serem satisfeitas. Nesse caso, o sujeito é investido da faculdade de determinar não apenas as finalidades a serem buscadas, mas também o modo de exercício das faculdades jurídicas relacionadas.

Em diversas hipóteses, não existe essa identidade. Desse modo, os poderes jurídicos são atribuídos a um sujeito distinto daquele que é titular da necessidade a ser satisfeita. Esse fenômeno pode ocorrer no próprio direito privado, que admite inclusive soluções para a sua formalização – tal como o contrato de mandato, mas há outras posições jurídicas

de direito privado em que essa dissociação é característica, assim como se passa no tocante à curatela. Em tais hipóteses, no entanto, não se alude a um interesse público.

5.3.2) O interesse público

Em muitas situações, no entanto, as necessidades superam a dimensão puramente individual. O direito atribui poder jurídico para um sujeito promover a satisfação de necessidades que apresentam uma dimensão geral (critério quantitativo) ou que envolvem valores reputados como relevantes para a sociedade em seu conjunto (critério qualitativo)⁷. Nesses casos, é usual o reconhecimento da existência de um interesse público, cuja relevância conduz à atribuição da titularidade dos poderes jurídicos a um órgão estatal.

6) Os direitos subjetivos do Estado

Os direitos subjetivos – ainda quando de titularidade estatal e subordinados ao regime de direito público – são disponíveis, desde que observados os pressupostos e limites da disciplina normativa. Há um regime jurídico próprio e diferenciado, condicionante da disponibilidade.

6.1) A natureza instrumental dos direitos subjetivos

Como visto, os direitos subjetivos apresentam natureza instrumental e envolvem poderes de conteúdo específico, cujo objeto consiste na obtenção de uma prestação consistente em um dar, fazer ou não, a cargo de um sujeito determinado (ou determinável).

6.2) Direitos subjetivos patrimoniais e não patrimoniais

Em muitos casos, a prestação objeto do direito subjetivo apresenta natureza patrimonial, comportando avaliação econômica. Em outros casos, o direito subjetivo não envolve uma prestação economicamente avaliável. Assim se passa também quanto aos direitos subjetivos de titularidade estatal.

6.3) A disponibilidade dos direitos subjetivos (patrimoniais ou não)

Os direitos subjetivos, possuindo ou não natureza patrimonial, envolvem poderes jurídicos que, em certas circunstâncias e observados mediante determinados pressupostos, podem ser objeto de renúncia, desistência ou sacrifício. Tal se passa, inclusive, na hipótese de direitos subjetivos de titularidade do Estado, tenham eles natureza patrimonial ou não.

⁷ O critério de identificação do interesse público é um tema muito problemático. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira De Mello em *Curso de Direito Administrativo* (2016, p. 59). Adota-se o entendimento de que o interesse público resulta tanto de critérios quantitativos como de razões qualitativas. Assim, há interesse público quando existir uma necessidade a ser satisfeita relacionada com parcela significativa da população, mas também se configura o interesse público quando a necessidade, embora não atingindo um número relevante de sujeitos, relacionar-se com valores essenciais ligados a direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica. Em ambos os casos, o interesse público apenas se configura na medida em que os mecanismos próprios da sociedade sejam insuficientes para a satisfação das referidas necessidades. Essa exposição envolve a evolução do pensamento exposto em minha obra *Curso de Direito Administrativo* (JUSTEN FILHO, 2018, p. 60).

6.4) Disposição e renúncia

Ainda por cautela, cabe assinalar que disposição não significa renúncia. Assim, a renúncia consiste em uma modalidade específica de disposição, caracterizada pela ausência de comutatividade e pela eliminação da titularidade de um poder, direito ou bem, sem uma contrapartida econômica ou não econômica para o titular.

A expressão “disposição” é dotada de amplitude semântica muito mais ampla. Dessa forma, envolve ação ou omissão voluntária que produza a extinção de poder, direito ou bem. A disposição compreende não apenas a renúncia, mas também e quando menos a alienação e a transação. Portanto, em muitos casos, a disposição não resulta em uma redução patrimonial, eis que a extinção da titularidade de um direito é acompanhada de aquisição da titularidade de outro.

6.5) A submissão ao princípio da legalidade

De modo genérico, a disposição dos direitos subjetivos públicos subordina-se ao princípio da legalidade. Exige-se a autorização legislativa permitindo que a Administração desfaça-se do direito de que é titular. Assim, cabe à lei determinar as condições para que tal disposição aperfeiçoe-se.

6.6) A questão da disponibilidade em face de direitos subjetivos públicos e privados

A ressalva acima evidencia a distinção entre regime jurídico e direitos subjetivos públicos e privados no que se refere à questão da disponibilidade.

6.6.1) A disponibilidade dos direitos subjetivos privados

No âmbito privado, o regime jurídico dos direitos subjetivos disciplina a questão da disponibilidade, tomando em vista as condições do titular e do objeto da prestação. Nesse contexto, existem certos direitos cujas características acarretam a sua indisponibilidade. Tal se passa, de modo específico, com os chamados direitos da personalidade⁸. Não seria excessivo (nem implicaria adesão a alguma concepção jusnaturalista) afirmar que certos atributos inerentes ao ser humano são reconhecidos pela ordem jurídica em condições insuscetíveis de renúncia ou disponibilidade.

6.6.2) A disponibilidade dos direitos subjetivos públicos

Os direitos subjetivos públicos são instituídos e configurados pelo direito. Dessa maneira, uma norma jurídica estabelece a sua disciplina e dispõe sobre o seu exercício – o que abrange, inclusive, a sua eventual disposição.

Pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis **nos limites e nas condições da lei**. Portanto, o direito subjetivo de titularidade estatal não é disponível, se inexistir lei autorizador, no entanto, a lei pode contemplar situações abstratas ou concretas em que será cabível a disposição.

⁸ Sobre o tema, confira-se SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

6.6.3) A desnecessidade de autorização legislativa específica

Apenas por cautela, ressalte-se que a submissão da atividade estatal ao princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legislativa específica e especial para cada atuação concreta. Admitem-se autorizações amplas e genéricas, as quais podem implicar, de modo necessário, atos administrativos que importam disposição de direitos.

Assim se passa, por exemplo, no âmbito contratual. Nesse contexto, a autorização legislativa para a Administração Pública desenvolver atividade contratual implica, de modo inafastável, a previsão da disposição de bens e direitos de sua titularidade.

6.7) As manifestações da disponibilidade dos direitos públicos

Existem diversas manifestações de disponibilidade dos direitos subjetivos públicos patrimoniais. Nessas hipóteses, o direito subjetivo prevê as condições para a extinção de direitos subjetivos estatais, inclusive, por meio de ações ou omissões voluntárias.

6.7.1) A alienação (gratuita ou onerosa) de bens

Uma parcela significativa dos bens públicos comporta alienação, inclusive, gratuita, ainda que o regime jurídico não seja idêntico àquele aplicável aos sujeitos privados. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, exigindo-se a autorização legislativa correspondente. Há casos em que a alienação é feita de modo oneroso, mediante uma contrapartida econômica a cargo do adquirente, mas existem diversas situações em que a lei pode autorizar a alienação gratuita dos bens públicos.

6.7.2) A atividade contratual estatal

Uma outra faceta da disponibilidade de direitos subjetivos públicos patrimoniais relaciona-se à atividade contratual do Estado. Nesse caso, admite-se, inclusive, uma autorização genérica, compreensiva de atividades diversas e heterogêneas. Um dispositivo legal pode outorgar uma autorização ampla para a Administração Pública entabular acordos de diversa natureza com sujeitos privados, em condições muito variadas. Esses acordos podem compreender a transferência de bens e direitos de titularidade da Administração Pública, usualmente de modo oneroso e comutativo.

6.7.3) A renúncia e a transação

Admite-se que a lei atribua à Administração Pública a faculdade de renunciar a direitos e pretensões, tal como promover transação, visando a extinção de litígios e controvérsias. Em muitos casos, a lei determina as condições mínimas e máximas para tais práticas. Em outros casos, a disciplina legal restringe-se a determinar a autoridade competente para implementar a solução.

6.7.4) A anistia e o perdão

Existem situações em que a lei prevê a extinção da ilicitude, exclusão do ilícito ou autoriza a outorga de perdão aos autores de atos reprováveis. Assim, por exemplo, a

anistia, quanto a um ilícito tributário, acarreta o desaparecimento, inclusive, do crédito fiscal decorrente.

6.7.5) A prescrição e a decadência

Rigorosamente, prescrição e decadência não se enquadram no conceito de disposição de direitos do Estado, eis que não se caracteriza uma conduta específica como causa extintiva deles. É cabível, no entanto, aludir às figuras da prescrição e decadência como evidência da existência de um modelo normativo que admite a extinção de direitos subjetivos, sem a obtenção de um proveito e sem o atingimento do fim, que norteou a sua instituição pelo ordenamento jurídico, isto é, a ausência do exercício de faculdades e poderes de titularidade do Estado durante o período de tempo previsto legalmente acarreta a extinção de direitos subjetivos.

7) A distinção entre interesses públicos primários e secundários

A diferenciação entre interesse público e direito subjetivo público conduz a um novo enfoque quanto à própria distinção entre interesses públicos primários e secundários.

7.1) A tese de níveis diversos de interesses públicos

Especialmente, na doutrina brasileira, difundiu-se a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. Assim, a distinção é reportada à doutrina estrangeira⁹, mas adquiriu grande prestígio no Brasil.

Segundo esse enfoque, o interesse público primário consiste na dimensão do interesse público em sentido próprio. Dessa forma, envolve a satisfação das necessidades coletivas e transcendentais, que exigem atenção e comprometimento do Estado.

Já o interesse secundário resulta da institucionalização do Estado como uma organização formal, o que produz o surgimento de necessidades e conveniências próprias. Portanto, o interesse público secundário aproxima-se ao interesse privado na acepção de refletir uma avaliação das circunstâncias inerentes à organização estatal – em contraposição aos interesses do conjunto da coletividade.

7.2) O interesse público secundário como uma manifestação de direito subjetivo

É muito mais apropriado identificar o interesse público secundário como uma manifestação de direitos subjetivos públicos, especialmente de natureza patrimonial. Tome-se em vista um exemplo usualmente utilizado para diferenciar interesse público primário e secundário.

Assim, afirma-se que a Administração Pública, ao promover a desapropriação de bem privado para fins de utilidade pública, encontra-se imbuída do interesse público primário

⁹ O tema foi objeto de análise especificamente por parte de Alessi, na obra: ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e passivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, p. 228, 1978. Na doutrina brasileira, consulte-se: MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 59, 2016.

de pagar o justo preço em favor do expropriado. Existiria, no entanto, um interesse público secundário em promover a desapropriação pelo menor preço possível.

É muito mais apropriado reconhecer que o dito interesse “secundário” não consiste propriamente em um interesse público. Logo, trata-se muito mais de um direito subjetivo de titularidade da Administração. Ao promover a expropriação, a Administração busca o interesse público, mas é investida do direito subjetivo de desembolsar o menor valor possível para tanto.

As peculiaridades do chamado interesse público secundário reportam-se a uma posição jurídica concreta, que envolve faculdades e poderes em face de um sujeito determinado, versando sobre prestações específicas, usualmente de natureza patrimonial. Por decorrência, o interesse público secundário comporta disposição, segundo a disciplina normativa aplicável.

8) A disponibilidade do direito subjetivo e a questão do interesse público

A tradicional afirmativa da indisponibilidade do interesse público não significa que os direitos subjetivos públicos de titularidade do Estado sejam igualmente indisponíveis. As figuras de interesse público e de direito subjetivo público são distintas e inconfundíveis e o Estado promove, de modo regular e contínuo, a disposição dos direitos subjetivos de que é titular.

8.1) A rejeição a uma concepção essencialista de interesse público

Rejeita-se uma concepção essencialista para todos os institutos e valores jurídicos, inclusive, para o interesse público. Isso significa rejeitar a concepção da existência de uma ideia autônoma, de uma figura hipostasiada, de uma entidade dotada de existência própria, que configuraria “o interesse público”.

8.1.1) A presunção da existência autônoma de um “interesse público”

É usual enfrentar-se essa temática, partindo do pressuposto de que existe um interesse público em uma dimensão abstrata e autônoma, a ser descoberto ou revelado pela autoridade pública. Esse posicionamento envolve a negação da atividade inovadora e criativa da autoridade pública que invoca, como fundamento de sua decisão, a existência do interesse público.

8.1.2) A inexistência da atividade de “revelação” do interesse público

O interesse público é uma construção promovida pela autoridade competente em face das necessidades coletivas e dos valores transcendentais. A autoridade estatal não desenvolve uma atividade passiva, por meio da qual um interesse público abstrato é revelado ao conjunto da população. Ao contrário, a autoridade competente realiza uma atividade criativa e inovadora nos limites da ordem jurídica e da realidade concreta. Essa atividade é constitutiva do interesse público, comportando discussão e avaliação no contexto dos pressupostos aplicáveis à situação considerada.

8.2) O reenquadramento da “indisponibilidade do interesse público”

O sistema da CF/88 representou a ruptura de uma longa tradição no Direito Administrativo brasileiro, relacionada àquela dimensão vertical do relacionamento entre

Administração Pública e sujeito privado. Mais ainda, a recolocação da disciplina quanto a direitos e a interesses (públicos e privados) impõe a adoção de um novo enfoque relativamente à questão da “disponibilidade”.

8.2.1) Ainda a ideia de bem comum

A ordem constitucional de 1988 não eliminou o conceito de bem comum, mas subordinou-o à concepção da proteção à dignidade humana, a ser protegida em todas as situações. Cabe ao Estado promover o bem comum, mas isso não significa a irrelevância ou secundariedade da dignidade individual.

8.2.2) A ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo

A CF/88 não eliminou o processo de ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo – nem isso seria viável. Assim, a produção da lei reflete uma avaliação sobre os diversos interesses em jogo, o que pode resultar em soluções de restrição ao interesse privado e proteção do interesse público. Não existe, no entanto, uma determinação prévia contemplando a superioridade necessária do interesse público sobre o privado.

Mais precisamente, qualquer ponderação sobre os interesses públicos e privados, durante o processo legislativo, é subordinada à eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, qualquer solução contemplada em norma infraconstitucional terá a sua validade delimitada pela força impactante dos direitos fundamentais.

8.2.3) A ponderação de interesses no momento regulamentar

Também existe uma ponderação de interesses em momento pós-legislativo, especialmente por ocasião da produção normativa regulamentar. A autoridade administrativa formula soluções, inclusive, realizando escolhas no exercício de competência discricionária.

Os atos administrativos regulamentares resultam de uma avaliação quanto às necessidades supraindividuais e transcendentais a serem satisfeitas, tal como quanto às condições para que sejam implementadas. Portanto, isso envolve tomar em vista os interesses públicos envolvidos.

8.2.4) As decisões estatais, os interesses públicos e dos direitos subjetivos

Em todas essas hipóteses, a decisão estatal deve necessariamente refletir a tutela constitucional não apenas aos interesses públicos, mas também aos direitos subjetivos – especialmente aqueles reconhecidos aos sujeitos particulares.

8.2.5) A dimensão delimitada da “supremacia” do interesse público

Então, somente pode ser cogitada da “supremacia” do interesse público quando houver espaço jurídico para tanto. Logo, não existe viabilidade jurídica de sacrifício de direito subjetivo privado, consagrado e protegido pela Constituição ou por norma infraconstitucional (inclusive regulamentar) em favor de um “interesse público”.

Essa afirmativa não envolve afirmar que os interesses privados prevalecem sobre os públicos, mas decorre do reconhecimento de que a tutela normativa a um direito subjetivo não pode ser eliminada por meio de um ato administrativo concreto. A supremacia da Constituição e da Lei, que vinculam o ato administrativo, definem e determinam os limites e o conteúdo dos interesses públicos.

Portanto, quando a Constituição ou a Lei (ou um Regulamento) reconhecerem a um sujeito privado um direito subjetivo determinado, existirá um impedimento normativo à invocação ao interesse público. Dito de outro modo, a Administração Pública não é legitimada a invocar um interesse público para restringir, atenuar ou neutralizar as imposições constantes da Constituição, da Lei e do Regulamento.

8.3) A superação da concepção monista de interesse público

Por outro lado, tornou-se superada a concepção monista do interesse público. A alusão a “um” (ou a “o”) interesse público é imprecisa e insuficiente. Assim se passa porque o estabelecimento de um Estado Pluriclasse¹⁰ e de uma sociedade democrática pluralista produziu a multiplicação de valores e de fins cuja realização incumbe ao Estado.

8.3.1) A multiplicidade de fins a serem buscados

O Estado disciplinado pela CF/88 é um veículo para a realização de finalidades de diversa ordem – algumas delas potencialmente conflitantes entre si. Basta considerar o art. 3º, da Constituição, para compreender a complexidade da posição jurídica do Estado. Existem finalidades de naturezas política, econômica, social e política, todas merecedoras de tutela jurídica equivalente.

8.3.2) A multiplicidade de interesses públicos

Por decorrência, surgem múltiplos e diversos interesses públicos. Assim, por exemplo, existe o interesse público em promover o desenvolvimento econômico, mas também há o interesse público em proteger o meio ambiente. Existe também o interesse público em reduzir as desigualdades regionais e eliminar a miséria, bem como o interesse público em reduzir a violência contra sujeitos em situação de desvantagem.

A ação administrativa estatal envolve um procedimento de “construção harmônica do interesse público no caso concreto”, em que o agente público pondera as diversas manifestações de interesses públicos envolvidos para buscar uma solução que preserve, na maior extensão possível, todos os fins a serem realizados pelo Estado.

¹⁰ O tema foi desenvolvido por Massimo Severo Giannini (1970, p. 45-50). Consulte-se ainda a obra de Sabino Cassese em *Lo Stato Pluriclasse*, na retrospectiva CASSESE, S. Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, S.; CARCATERRA, G.; D’ALBERTI, M.; BIXIO, A. (Coords.). *L’Unità del Diritto*: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica. Bologna: Il Mulino, p. 11-50, 1994.

8.3.3) A produção procedimentalizada da decisão

Não é casual a alusão a um “procedimento”. É descabido afirmar a existência não apenas de um interesse público único. Também não se admite um interesse público abstrato, concebido em termos dissociados da realidade concreta da atuação estatal.

O interesse público é produzido (ou identificado) em vista das características de cada situação fática. Assim, essa produção envolve um procedimento, na acepção de uma sucessão preordenada de atividades administrativas, entre si organizadas de modo lógico, a fim de que a etapa anterior condicione as subseqüentes.

Não se admite, por isso, a determinação do interesse público como uma manifestação impositiva da vontade do administrador. O conteúdo concreto da finalidade buscada pelo Estado é variável em vista das circunstâncias, mas não é o reflexo de uma decisão voluntarista isolada e subjetiva do governante. Não se admite que o interesse público seja aquilo que o governante quer, porque a sua identificação depende de dados objetivos extraídos das realidades política, social, econômica e jurídica.

8.3.4) O dever de justificativa

Isso não implica negar a existência de dimensão política e discricionária à atividade de determinação do interesse público, mas há um dever de justificativa da autoridade. A justificativa — que condiciona a validade da decisão adotada — compreende a avaliação realizada pela autoridade em vista das diversas circunstâncias, que envolve a observância de um procedimento. Assim, a legitimidade jurídica e política da decisão depende da observância desse procedimento e da consistência das justificativas invocadas.

8.4) A indisponibilidade do interesse público

É nesse contexto em que se insere a concepção da indisponibilidade do interesse público.

8.4.1) A indisponibilidade dos interesses públicos em abstrato

Sob um prisma abstrato, todos os interesses públicos são indisponíveis. Isso significa que existem certos fins cuja realização é obrigatória para o Estado. Desse modo, não é facultado ao Estado ignorar, eliminar ou desmerecer qualquer um desses diversos fins.

Já no plano puramente abstrato, não é viável extrair efeitos jurídicos vinculantes para a conduta do Estado, seja ela isolada ou relacionada a sujeitos não estatais. Assim, existe um interesse público abstrato em promover o desenvolvimento nacional sustentável, tal como em garantir a proteção à saúde, mas isso não permite identificar um padrão concreto de disciplina da conduta do Estado. Uma decisão concreta específica do Estado não é suscetível de uma qualificação como “violação” ao interesse público abstrato.

8.4.2) A indisponibilidade do interesse público em concreto

Uma vez determinado o interesse público concreto, a questão muda de figura. Em tal hipótese, produz-se a redução da complexidade e a harmonização das diversas manifestações de interesses públicos abstratos. Surge, então, um interesse público concreto,

que condiciona e delimita a atuação do Estado. Esse interesse público concreto também é indisponível, na acepção de refletir a ponderação da autoridade competente quanto ao fim a ser atingido.

8.4.3) A dinamicidade do interesse público em concreto

Uma característica marcante é a dinamicidade do interesse público concreto, precisamente, porque reflete a ponderação de uma pluralidade de circunstâncias concretas. A variação dos dados da realidade propicia a ausência de cristalização definitiva quanto ao modo de solução e atendimento às necessidades identificadas.

Considera-se, como exemplo, a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. O ato administrativo formal resulta de uma avaliação perante a um contexto específico, mas isso não impede que, em momento posterior, a Administração reconheça (ainda que de modo implícito) a inadequação da desapropriação como providência para atendimento às necessidades buscadas. Por isso, admite-se que a Administração deixe de efetivar a desapropriação, ainda que tenha promovido a declaração de utilidade pública.

A alteração da ponderação, quanto à solução mais satisfatória para promover o atendimento dos interesses públicos, não configura disposição, renúncia ou descompromisso com a função estatal. Muito pelo contrário, a modificação do entendimento reflete a constatação de que a avaliação anterior não mantém a sua atualidade e adequação. Impõe-se adotar nova orientação para assegurar a efetiva satisfação das necessidades e dos interesses coletivos e transcendentais.

9) Conclusão: decorrências e implicações

Os interesses públicos apresentam essa dimensão de indisponibilidade, implicada na posição funcional do agente estatal e da proibição ao exercício de poder jurídico, para a satisfação de necessidade pessoal. No entanto, os direitos subjetivos – instituídos e disciplinados pela ordem jurídica como instrumento para o desenvolvimento da atividade administrativa – comportam disposição, nos termos e limites contemplados pela mesma ordem jurídica. Daí, segue-se uma pluralidade de decorrências.

9.1) A difusão da atividade consensual do Estado

Uma das implicações mais notáveis das considerações anteriores consiste na legitimidade jurídica da atuação consensual do Estado¹¹.

9.1.1) A superação do limite do “contrato administrativo”

A atividade consensual do Estado ultrapassa largamente os limites da figura do contrato administrativo, entendido como um acordo de vontades entre Administração

¹¹ Sobre o tema, confira-se OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)*, v. 32, p. 31-49, 2008.

Pública e um sujeito privado, tendo por objeto a execução de uma prestação consistente em um dar ou fazer algo economicamente avaliável.

A consensualidade indica um conjunto muito mais amplo de situações, no qual o exercício de competências administrativas unilaterais é subordinado a um processo de composição de interesses com outros sujeitos. Mediante acordos com os diversos segmentos da sociedade, a Administração atinge soluções consensuais, que adquirem cunho vinculante para os diversos envolvidos.

9.1.2) Os acordos em tema de competências punitivas

Uma parcela relevante desses acordos relaciona-se a competências sancionatórias. Consumada uma infração, admite-se que o Estado atinja uma solução negociada com o infrator, versando sobre o reconhecimento da ilicitude e as condições de recomposição da ordem jurídica violada. Essa solução pode envolver concessões recíprocas entre as partes, compreendendo, inclusive, a dimensão concreta das punições determinadas por comum acordo entre as partes.

9.1.3) A adoção da arbitragem

Outra manifestação do processo de consensualização consiste na adoção de arbitragem como solução para composição de litígios. Isso significa que todas as implicações patrimoniais inerentes a um conflito, surgido no âmbito de relação jurídica de que participe a Administração Pública, podem ser levadas à arbitragem. Essa solução, no entanto, pode compreender, inclusive, as decorrências não patrimoniais relacionadas a tais litígios, assim como a lide versando sobre a prática de infrações e o seu sancionamento.

9.2) A impertinência da indisponibilidade do interesse público

Em todas essas situações, não há pertinência em cogitar da indisponibilidade do interesse público (abstrato ou concreto), eis que estão em jogo direitos subjetivos de titularidade pública e privada. Ao invés de se questionar um atributo intrínseco do interesse público, cabe-se avaliar o regime jurídico concreto adotado relativamente aos direitos subjetivos envolvidos. A ordem jurídica, mesmo de modo implícito, pode autorizar a Administração Pública a entabular negociações e acordos com os particulares, versando sobre os direitos subjetivos públicos, admitindo que tal solução é um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos, que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.

Referências bibliográficas

ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e passivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1978.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

- CASSESE, S. Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, S.; CARCATERA, G.; D’ALBERTI, M.; BIXIO, A. (Coords.). *L’Unità del Diritto*: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica. Bologna: Il Mulino, 1994.
- ESCOLA, H. J. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, n. 1, p. 10, 1995.
- GIANNINI, M. S. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970.
- GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)*, v. 32, p. 31-49, 2008.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.
- SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2014.

O conceito da democracia tal como desenvolvido pela Justiça Constitucional

Marcelo Figueiredo¹
Advogado e consultor jurídico

Palavras-chave: Democracia – Judicialização – Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Democracy – Rule of Law – Judicialization – Federal Supreme Court.

O tema *O conceito de democracia tal como desenvolvido pela Justiça Constitucional* será abordado na concepção da América Latina e, em especial, do Brasil, meu país de origem.

Não resta a menor dúvida que a democracia pode ser compreendida em vários sentidos. Não vamos nos preocupar em conceituá-la ou em trazer teorias jurídicas, políticas ou sociológicas sobre seu alcance e valor.²

Partimos do pressuposto que a Democracia traz, essencialmente, um valor *positivo*. A Democracia, em suas várias formas e dimensões, todos sabemos, é a única forma aceitável de governo. Ninguém mais duvida hoje – salvo os tiranos – que todos os homens são livres e iguais, sem senhores, e que devem ter a oportunidade de participar dos governos de seus países.³

É sabido que só há democracia “autêntica” ou aceitável quando o povo, suporte do poder político, está habilitado a exercê-lo diretamente ou indiretamente mediante representação. Da Grécia Antiga aos dias atuais, a ideia e o conceito passaram por inúmeras mutações e adaptações.

A estrada da “democracia” e da “república” foi pontilhada de altos e baixos, como nos lembra Robert Dahl.⁴ Dos vários tipos de assembleia para decidir a respeito dos vários problemas da cidade, da vila ou do povoado, passamos ao Parlamento.

¹ Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP, faculdade em que também foi Diretor do curso de Direito (gestões de 2005-2009-2013). É Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), seção brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, com sede no México, e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC). É, ainda, Professor Visitante de diversas Universidades na América do Sul e Europa.

² Sobre o tema, consultar: SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Madrid: Editora Gedisa, 1996.

³ O Índice de Percepção da Corrupção 2018 (IPC), divulgado pela Transparência Internacional, revela que o fracasso contínuo da maioria dos países em controlar significativamente a corrupção está contribuindo para uma crise da democracia em todo o mundo. A análise, cruzada com os dados da democracia mundial, revela uma ligação entre corrupção e saúde das democracias. Democracias plenas marcaram, em média, 75 pontos no IPC; democracias falhas obtiveram uma pontuação média de 49; regimes híbridos - que tem elementos de tendências autocráticas - pontuaram 35; e os regimes autocráticos tiveram as piores pontuações, com média de apenas 30 pontos no IPC. O Brasil perdeu dois pontos desde o ano passado, atingindo a pontuação 35, o que também implicou sua menor pontuação no IPC em sete anos. Juntamente com as promessas de acabar com a corrupção, o novo presidente do país deixou claro que governará com uma mão forte, ameaçando muitos dos marcos democráticos alcançados pelo país.

⁴ DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001: “Os governos populares desapareceram entre os povos estabelecidos por milhares de anos. No entanto, eles foram substituídos por monarquias, despotismos, aristocracias ou oligarquias, todos com base em alguma forma de categorização ou hierarquia [...]. Embora a república romana tenha durado consideravelmente mais tempo do que a democracia ateniense e mais tempo do que qualquer democracia moderna durou até hoje, por volta de 130 A.C., ela começou a enfraquecer pela inquietude civil, pela militarização, pela guerra, pela corrupção e por um decréscimo no espírito cívico que existira entre os cidadãos. O que restava das práticas republicanas autênticas terminou perecendo com a ditadura de Júlio César. Depois de seu assassinato em 44 A.C., uma república outrora governada por seus cidadãos, tornou-se um império comandado por imperadores” (p. 18,24).

A democracia política não foi instituída para tornar legítimas todas as pretensões do Poder. Ela não era um fim em si mesma na sua concepção primitiva, mas um meio cujo fim era o de *limitar* o campo de ação dos governantes.

Passamos pela noção de soberania individual (Rousseau) a noção de soberania da Nação (artigo 3º da Declaração de Direitos do Homem de 1789). Igualmente lembramos Locke, que apresenta sua teoria da separação de poderes e seus pilares, a igualdade dos homens, o contrato social e a lei como garantia da segurança e da propriedade privada.

Caberá ao Estado, nessa perspectiva, elaborar leis, através de seu Poder Legislativo, providenciar juízes imparciais para dirimir conflitos concretos de acordo com as leis estabelecidas, bem como providenciar um Poder Executivo capaz de garantir a execução das decisões proferidas pelos magistrados.

Locke confere, ao poder de fazer as leis, considerável proeminência sobre os demais.

Já, Montesquieu, embora não aceite a ideia de contrato social, nem a igualdade natural dos homens, enfatiza que a edição e a execução das leis devem ser confiadas a órgãos e pessoas diferentes. Os juízes deveriam ser apenas a boca que pronuncia a palavra da lei.

Lembramos George Burdeau, para quem a vontade autêntica do povo é a dos homens – na oficina, nos campos, nos escritórios ou na rua – então, é aí que é necessário conquistá-la para, em seguida, a impor aos poderes públicos. Por consequência, a democracia governante é uma *democracia de luta*.

Hoje temos conceitos e princípios mais modernos para considerar um Estado como “Democrático”. Giuseppe de Vergottini,⁵ por exemplo, alude a: a) instituições estáveis que assegurem a democracia; b) respeito e proteção as minorias; c) economia de mercado; d) respeito aos direitos do Homem e as liberdades fundamentais; e) igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; f) Estado de Direito; g) segurança jurídica etc.

Na América Latina,⁶ por outro lado, trabalhamos com o conceito de *Estado Democrático de Direito*. Este, somente pode ser assim qualificado se tivermos, no mínimo, alguns elementos, a saber:

- a) Princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;
- b) Princípio democrático que, nos termos de cada Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência dos direitos fundamentais;
- c) Sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais;
- d) Princípio da justiça social, como princípio da ordem econômica e da ordem social para a realização da democracia social, cultural e econômica;
- e) Princípio da igualdade;
- f) Princípio da legalidade;
- g) Princípio da segurança jurídica.

⁵ VERGOTTINI, Giuseppe. Transitions-Constitutionnelles et Consolidation de la Démocratie dans les Ordonnements D'Europe Centre-Orientale. In: MILACIC, Slododan et al. *Mélanges en L'Honneur de Slododan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

⁶ Especialmente no Brasil.

Não temos nenhuma dúvida em afirmar que um dos principais problemas do constitucionalismo latino-americano reside exatamente na consolidação da democracia.^{7,8}

Jorge Reinaldo Vanossi⁹, um experiente constitucionalista argentino, destaca:

o Estado de Direito é o Estado Constitucional, que não é outra coisa que o tipo de Estado baseado na democracia e no pluralismo, que supõe: soberania popular, criação do direito por intervenção ou representação dos governados, predomínio do consenso sobre a coerção na gestão das decisões políticas fundamentais, separação e distribuição de poderes, limitação e controle do poder, independência do controlante em relação ao controlado, liberdades individuais e direitos sociais, pluralismo de partidos e de ideias e de grupos de interesses, possibilidade permanente de alternância e acesso ao poder, responsabilidade dos governantes, regime de garantias e relativização de dogmas oficiais. (VANOSSI, 1987)

Fala-se muito, na América Latina, em *democracia social*, o que implica necessariamente em uma melhor qualidade de vida do povo, em mais democracia social, justiça social e em um Estado de bem-estar social.¹⁰

⁷ Além, evidentemente, do combate ao desemprego involuntário e uma repartição mais justa da riqueza e da renda, o combate à violência e a exclusão social.

⁸ Para que a democracia não defina e possa crescer, a América Latina precisa trabalhar incansavelmente para que as instituições democráticas, das legislaturas às autoridades locais, sejam transparentes, prestem contas dos seus atos e desenvolvam as aptidões e capacidades necessárias para desempenhar suas funções fundamentais. Isso significa que será preciso assegurar que o poder, em todos os níveis de governo, seja estruturado e distribuído de tal forma que dê voz e participação real aos excluídos. Além disso, ele deve proporcionar mecanismos pelos quais os poderosos, sejam eles líderes políticos, empresários ou outros atores, fiquem obrigados a prestar contas de suas ações. Nesse caminho não há atalhos: consolidar a democracia é um processo, não um ato isolado. Fazer, porém, com que as instituições públicas tenham um desempenho efetivo é apenas uma parte do desafio. Além disso, é preciso demonstrar aos cidadãos que os governos democráticos estão cuidando dos problemas que verdadeiramente preocupam os povos, que são capazes de responder a essas indagações e que estão sujeitos ao efetivo controle da cidadania quando não o fazem. Na prática, o desafio implica também na construção de instituições legislativas e jurídicas capazes de proteger os direitos humanos e de gerar espaço para um debate político vigoroso e pacífico. Ele inclui o desenvolvimento de uma força policial capaz de garantir ruas e fronteiras seguras; um poder descentralizado, Prólogo do Administrador do PNUD 15 para que a população de cada localidade possa mobilizar-se para garantir escolas com professores capacitados e hospitais com equipamentos e medicamentos apropriados; uma florescente sociedade civil e uma imprensa livre. O desafio implica, ainda, que todos esses atores tenham plena participação na consolidação da democracia e estejam na vanguarda da luta contra a corrupção e a má administração de governos e empresas. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) das Nações Unidas – que vão de reduzir à metade a pobreza extrema e a fome até assegurar que, no ano 2015, todas as meninas e meninos frequentem escolas – oferecem um instrumento para ajudar a atender a essas questões no nível nacional e regional. Num sentido muito real, os ODM constituem o primeiro manifesto global para mulheres e homens, meninas e meninos de todo o mundo: um conjunto de questões concretas, mensuráveis e enunciadas sinteticamente, de forma que qualquer um possa compreendê-las e honrá-las. Como parte de um pacto global entre países ricos e pobres, em face do compromisso assumido pelo mundo desenvolvido de apoiar os países em desenvolvimento que levam a cabo reformas de boa-fé, os ODM oferecem uma oportunidade real para canalizar o apoio externo em termos de acesso a mercados, alívio da dívida e maior assistência, de que tantos países latino-americanos necessitam desesperadamente para impulsionar seus próprios esforços. Se a América Latina e o mundo aproveitarem esta oportunidade, existirá, então, possibilidade de se construir um novo círculo virtuoso, por meio do qual o crescimento econômico renovado dê impulso aos ODM e ajude simultaneamente a construir e sustentar democracias mais efetivas e capazes de acelerar um progresso social e econômico equitativo. Para fazer dessa visão uma realidade, será preciso, porém, que os latino-americanos, e especialmente os líderes em todas as esferas, enfrentem decididamente as questões críticas que afetam a governabilidade democrática, e que possam assegurar que o desenvolvimento e a democracia continuem sendo entendidos, não como alternativas, mas como dois lados da mesma moeda. Vide: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *A democracia na América Latina*: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs. Nova York: ONU, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nsUzbp>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editora Eudeba, 1987.

¹⁰ Sobre o tema vide: FIGUEIREDO, Marcelo. Balance y Perspectivas del Constitucionalismo Social en Latino América. In: ASTUDILLO, César; CARPIZO, Jorge (orgs.). *Constitucionalismo*. Dos Siglos de Su Nacimiento en América Latina. Cidade do México: Editora UNAM, 2013. p. 393-411.

Vide também: FIGUEIREDO, Marcelo. O Constitucionalismo Contemporâneo – Uma Visão Latino-Americana. Homenagem ao Professor Héctor Fix-Zamúdio. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, n. 94, p. 161, 2015.

A ideia básica é a seguinte: a democracia social impulsiona uma forma de desenvolvimento humano. Este, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é “o aumento das opções para que as pessoas possam melhorar sua vida” (PNUD, 2004, p. 18).

É, segundo Amartya Sen, o desenvolvimento humano, um processo de expansão das liberdades reais as quais goza um povo.

A maioria dos constitucionalistas latino-americanos converge para a ideia de que o Estado Social de Direito e a Democracia são conceitos inseparáveis. Ambos exigem a participação política concreta, a discussão pública dos problemas populares e das políticas públicas, o respeito à Constituição e aos direitos fundamentais do Homem. Bem como exigem uma imprensa livre e investigadora e uma separação efetiva de poderes, com cada um deles exercendo com independência e harmonia suas funções.

Neste cenário, aparece com notável importância à *jurisdição constitucional*.

Aliás, não é por acaso que os governos autoritários e liberais não toleram a independência do Poder Judiciário e tentam enfraquecê-lo ou dobrá-lo às suas necessidades totalitárias.

Foi assim em diversos momentos da história latino-americana na maioria dos países de nossa região, especialmente no período de 1960 a 1980, e, em alguns casos pontuais, lamentavelmente até hoje encontramos esse fenômeno.

Passemos diretamente ao tema da judicialização na América Latina e o papel reservado à jurisdição constitucional.

A judicialização de problemas cotidianos na América Latina é uma realidade inconteste, por vários motivos: em função da própria estrutura das Constituições (compromissórias) na região – analíticas¹¹ e programáticas; em razão da crise de representatividade do Poder Legislativo nos regimes presidencialistas; pela grande abertura do espaço para que inúmeros problemas possam ser levados ao Judiciário; em razão da pressão popular e social para que a justiça resolva questões do cotidiano.

O modelo tripartite clássico de separação de poderes evoluiu na busca de um almejado equilíbrio entre as tradicionais expressões de poder político. Tradicionalmente, a divisão de poderes assinalava distintas funções de maneira preponderante a determinados órgãos do Estado, e, depois, por razões eminentemente práticas, se permitia algum tipo de combinações, mas sempre com predomínio de um poder sobre o outro.

De algumas décadas até hoje, os órgãos do poder que exercem essas três funções tiveram que ceder espaços de construção normativa a outros órgãos. Alguns exemplos podem aclarar nosso pensamento.

A maioria dos países latino-americanos recebeu influências do direito administrativo francês nos séculos XIX e XX. Posteriormente, desde os anos 80, vivemos a incorporação do direito administrativo norte-americano, como na criação de agências reguladoras. Estas agências geraram uma mudança central na concepção das autonomias decisórias e políticas. O mesmo ocorre com os bancos centrais, com a regulação da economia, da energia, das telecomunicações etc.

¹¹ Acusada desde sua promulgação de conter altíssimo número de artigos, a Constituição Brasileira não é extensa por irresponsabilidade de seus autores. Escrita depois de 20 anos de uma ditadura militar, é compreensível que ela fosse bastante generosa em matéria de direitos individuais e sociais, ao ponto de um juiz da Suprema Corte (Supremo Tribunal Federal) ter afirmado que a Constituição “só não traz a pessoa amada em três dias, fora isso, quase tudo está lá”.

Há uma nova pluralidade normativa e um novo conjunto de forças que transcende a uma clássica concepção da separação dos poderes.

Essa situação se reflete no papel da Jurisdição Constitucional que não mais exerce somente um papel de “legislador-negativo”, mas também de órgão de poder que cria (constitui) o direito, de algum modo, mesmo que a pretexto de interpretar a Constituição, seus princípios e valores.

Ao lado dos órgãos tradicionais governativos e parlamentares, que se incumbem de expressar os segmentos partidários do povo, segundo os critérios da maioria, surgiu a necessidade de institucionalizarem órgãos “neutros” ou “arbitrais” no Estado. Isso, com a missão de expressar, zelar, promover e sustentar os valores fundantes gerais e permanentes do constitucionalismo democrático.

O primeiro modelo conhecido foi a Suprema Corte dos EUA e, a partir dela, inúmeras outras vieram com diferentes estruturas e funções.¹²

Hoje, porém, além do Poder Judiciário, multiplicaram-se novos órgãos constitucionalmente independentes dotados de variadas funções “neutras”, como as de zeladoria, fiscalização, promoção, defesa e aconselhamento e outras específicas; como os Tribunais ou Corte de Contas, os Ministérios Públicos, os Ombudsmen, os Conselhos de Cidadãos, as Advocacias e Defensorias, os Bancos Centrais, os Conselhos Nacionais da Magistratura etc.

Talvez, por isso, parte da doutrina constitucional tem sustentado que a ideia original de Montesquieu já se perdeu na poeira dos tempos. O conhecido professor Bruce Ackerman¹³ sustenta, com razão, que há hoje uma “nova separação de poderes”.

Fato é que o avanço do ativismo judicial não é um fenômeno exclusivo da América Latina.¹⁴ Colômbia, Costa Rica, Peru e Brasil, são bons exemplos de países onde, de maneira diferente, têm Tribunais ou Cortes, em maior ou menor extensão, com participação de ativistas, como também é o caso da África do Sul, da Índia e de Israel.

A judicialização (em sentido amplo) significa que questões do ponto de vista político, moral ou social estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário.

Há, hoje, inegavelmente, uma transferência de poder para o Judiciário e suas Cortes ou Tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, especialmente o Executivo e o Legislativo.¹⁵

Por outro lado, o ativismo tem adversários de peso. Eles, com razão, trazem argumentos importantes contra a sua prática, essencialmente: a) o ativismo afronta o princípio democrático e o governo representativo popular; b) há carência de capacidade institucional do Poder Judiciário para enfrentar questões técnicas, políticas e sociais complexas.

Seja como for, na América Latina o Poder Executivo é tradicionalmente o mais forte dos Poderes, sobretudo nos países que adotam o Presidencialismo como forma de governo. Por outro lado, o Poder Legislativo, em todo o mundo, e, evidentemente, também

¹² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 25-42, 2014.

¹³ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-26, 2014.

¹⁴ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial como Problema Intelectual e Político nos Estados Unidos: uma Análise Crítica. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016.

¹⁵ CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2012.

na América Latina, tem diminuído o seu protagonismo. Em geral, não é ele que pauta a agenda política, mas sim o Executivo.

Paralelamente a esse quadro, recorde-se que houve um grande reforço das competências jurisdicionais notadamente à jurisdição constitucional. O “*judicial review*” saiu reforçado na América Latina.

O Judiciário pode confrontar não só atos inconstitucionais provenientes do Executivo, como do Legislativo e até, eventualmente, do próprio Judiciário, por meio de revisão ou em caráter recursal.

Os cidadãos e várias instituições, como os Ministérios Públicos, as Defensorias Públicas, e órgãos representativos da sociedade civil (como a Ordem dos Advogados do Brasil, as associações de âmbito nacional, confederações sindicais, partidos políticos etc) podem acionar o controle de constitucionalidade de largo espectro.¹⁶

Recorde-se ainda que, enquanto arena do embate político, o Supremo Tribunal Federal foi autorizado por lei a admitir que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curiae*¹⁷ em casos de interesses metaindividuais.

Cite-se também uma série de ações e instrumentos processuais em defesa dos cidadãos, como a ação civil pública no Brasil, uma espécie de *class action* em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a ação popular, a ação de improbidade administrativa etc.

Por sua vez, o exercício dessas ações e pedidos acaba interferindo nas políticas públicas e sociais traçadas pelo Executivo.¹⁸ Em muitos casos, a decisão final destas ações questiona, anula ou requer a substituição de uma política pública já traçada pelo Poder Executivo por outra diversa da anterior, sobretudo quando os princípios dessa mesma política estão, de algum modo, desenhados na Constituição Federal.

No Brasil, essa postura “ativista”, ou, se quisermos, cumpridora da Constituição, é manifestada por diferentes linhas de decisão. Em geral, dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto; b) na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; c) na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no caso de políticas públicas ineficientes.

Dentre os vários casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) destacamos os seguintes:

- 1) Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.048-1/2008 que controlou, abstratamente, a constitucionalidade em relação às leis orçamentárias, entendendo-as com força vinculante mínima a impor um dever ao Poder Executivo;

¹⁶ BRASIL. Artigo nº 103, de 8 de dezembro de 2004. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

¹⁷ § 2º do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. BRASIL. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3pSR0x0>.

¹⁸ É interessante notar que a Constituição Brasileira, como várias Constituições da região, contém, em seu texto, 30,7% de seus dispositivos contemplados são para políticas públicas. Sendo assim, ela atrai para si a política governamental e a política cotidiana, já que seus dispositivos terão grande sobreposição com as questões que são objeto da disputa política entre os partidos, entre o governo, entre a oposição e entre os diversos grupos de interesse presentes na sociedade e no Estado.

- 2) No pedido de extradição nº 1.085, o Supremo Tribunal Federal anulou o refúgio e entendeu tratar-se de crime comum e não de crime político praticado pelo refugiado;
- 3) No RMS 24.699/2004, o STF obrigou um Município do Estado de São Paulo a fornecer matrículas em creches e pré-escolas para crianças, fundamentado no artigo 208, IV da Constituição brasileira;
- 4) Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/2013, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objetivo a declaração da inconstitucionalidade de parte da Lei de Eleições (Lei 9.507/1997 e a Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096/1995) e que possibilitava o financiamento de campanhas políticas mediante recursos doados por pessoas jurídicas. No julgamento, por maioria, o Supremo julgou inconstitucional leis que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais;
- 5) Na ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 45/2004, o juiz (Ministro) relator entendeu como legítima a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Esse precedente é normalmente invocado em ações que tratam de fornecimento de tratamento médico ou garantia de educação básica à população;
- 6) Editou-se a Súmula Vinculante nº 13/2008 que proibiu a contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante;
- 7) Na ADIN 3.999/2008, declarou-se constitucional as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que regiam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária;
- 8) Na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132/2011, o Supremo deu interpretação conforme o artigo 1.723 do Código Civil e o artigo 226, § 3º da Constituição para reconhecer em pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) o mesmo regramento infraconstitucional da união estável;
- 9) Na ADPF nº 54/2012 autorizou-se a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos;
- 10) Na ADPF nº 442/2016, o Supremo autorizou a interrupção voluntária no primeiro trimestre da gestação, dando interpretação, conforme à Constituição, em face dos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro, que tipificam o crime de aborto. Entendeu que a criminalização é incompatível com os direitos fundamentais e com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter a gestação indesejada;¹⁹

¹⁹ A autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

- 11) Na ADI 3510/DF, o Supremo ao julgar a constitucionalidade da lei de biossegurança, entendeu como constitucional a pesquisa com células-tronco embrionárias e como inexistente a violação do direito à vida.²⁰

A ênfase no papel deliberativo das cortes e tribunais constitucionais tem ensejado importantes discussões no direito constitucional comparado. No Brasil, não é diferente. A capacidade deliberativa do Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido, continuamente, objeto de crítica por parte da doutrina brasileira. Alguns chamam esse exercício da competência constitucional de “constitucionalismo abusivo”.²¹

Fato é que, nesses últimos trinta anos,²² sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu um papel muito relevante e de expansão de sua autoridade. É difícil achar uma matéria importante, com grande repercussão social, que não tenha chegado ao Supremo. Direitos fundamentais, representação política, delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, balanço federativo, matéria tributária, enfim, tudo no Brasil parece exigir uma “última palavra” do Supremo Tribunal Federal.

Oscar Vilhena Vieira²³ anota, com razão, que o Supremo passou de legislador negativo a poder constituinte reformador. O autor sustenta esse argumento trazendo exemplos

Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. Decisão dada após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem de habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. 1o Turma, 9.8.2016. Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia (2016).

²⁰ Cite-se ainda os seguintes casos: a) prisão por dívida (HC 87.585-TO), em que o STF reviu sua antiga jurisprudência sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, autorizada pela legislação brasileira, mas proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica, o qual também o Brasil é signatário, o qual restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia. Prevaleceu a tese do status supralegal, mas infraconstitucional dos tratados; b) no RE 511.961-1-SP, julgou-se desnecessária a obrigatoriedade de diploma universitário para o exercício do jornalismo; c) no julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol, (PET 3388/2013) o STF limitou a ação do Poder Executivo em suas responsabilidades de demarcação de terras indígenas e suplantou a ação do Poder Legislativo que não conseguia aprovar um novo marco legal para os povos indígenas no Brasil.

²¹ Neste sentido, vide: ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do Constitucionalismo Abusivo. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 1, p. 173-192, 2017.

Os autores anotam: “Nos últimos anos, com a crescente presença do STF na política, tem se verificado que a corte, seja em suas decisões, seja nas falas de seus ministros, reforça sua posição de agente central no constitucionalismo. Esse passo é importante para que qualquer atuação da jurisdição constitucional possa se valer de autoridade suficiente para, mais tarde, participar como agente de interesses no processo decisório”. Como exemplo citam o MS (mandado de segurança) 32033-DF em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, apontou como inconstitucional o processo legislativo que tratava de regras partidárias (PL 4470/2012), simplesmente porque aquela apressada votação não fazia sentido. Para ele, o fato da Câmara de Deputados ter deliberado de forma estranhamente célere seria já um motivo para suspender o projeto de lei. Já no impeachment da então Presidente Dilma Rousseff, o STF adotou uma postura mais contida, buscando se resguardar diante de um propósito de preservação do princípio da separação de poderes. Já na ADPF 402, o STF, em decisão monocrática, concedeu tutela liminar com base na premissa de que não poderiam permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República aqueles tornados réus em processo criminal perante o próprio Tribunal. Os autores lembram ainda o Mandado de Segurança 34.070/2016, com deferimento de tutela liminar para impedir a posse do ex-Presidente da República Luiz Ignácio Lula da Silva (Lula) nomeado para assumir o cargo de Ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff. Segundo o relator, o caso era um típico exemplo de desvio de finalidade administrativa, o que ensejava a nulidade do ato para obter foro de prerrogativa de função, quando o ex-Presidente estava ameaçado por investigações judiciais. A decisão, todavia, entrava em choque direto com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. O caso não foi levado à deliberação do Plenário da Corte para deliberação colegiada. A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, embora provisória, tornou-se definitiva sem a menor chancela dos demais ministros da Corte, por perda de objeto.

²² A Constituição Brasileira, nesses últimos trinta anos de vigência, já sofreu 105 emendas ao seu texto original.

²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

concretos de que o Tribunal²⁴ passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição.

É difícil julgar se o fenômeno apontado por Vilhena como a “*Supremocracia*” é positivo ou negativo, fato é que de um lado verifica-se o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas.

Também parece muito difícil adotar simplesmente uma teoria ou corrente como solução para esse intrincado problema. É o caso do “minimalismo” sustentado por Cass Robert Susteain,²⁵ Alexander Bickel, Anders Lindquist e Frank Cross, que, creio, serve como advertência doutrinária, mas não pode ser aplicado *tout court* na América Latina, que tem desafios diferentes dos países com democracias já consolidadas.

Já finalizando nossa intervenção, recorde que o ativismo no Brasil, e em grande parte na América Latina, representa ou, também, pode ser identificado com a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população. Bem como em buscar a realização dos objetivos que foram, no Brasil, assinalados pela própria Constituição de 1988.

Talvez possamos afirmar que o ativismo judicial *positivo* estaria caracterizado pelos seguintes elementos:

- a) Decisão que busque, primordialmente, assegurar direitos fundamentais;
- b) Decisão orientada a garantir a supremacia da Constituição;
- c) Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo questionado.

Não devemos nos esquecer, ainda, que sempre é possível respeitar a margem de liberdade do legislador ou manter uma postura de autocontenção das Cortes ou Tribunais Constitucionais.

As minorias políticas ou grupo vulneráveis também devem ser protegidos pelo Tribunal, pelo STF ou por um Conselho Constitucional.

É preciso recordar, uma vez mais, que a maioria dos países latino-americanos caracterizam-se pela existência de uma forte desigualdade social e pela marginalização de grandes camadas da população. Assim como pela falta de representatividade dos partidos políticos, pela violação sistemática dos direitos humanos e pelos riscos claros que esses conflitos podem – quando não resolvidos – se transformar em mais violência, característica da região.

Acredito que, em termos gerais, pode-se definir como atribuição do Poder Judiciário aplicar, de modo imediato, as normas que configuram condições para um bom funcionamento da vida democrática em qualquer país.

²⁴ Lembra o caso da “fidelidade partidária, o MS 26.603/DF e o caso da Reclamação 4.335-5- Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos. No primeiro caso, o STF acabou por endossar a criação de uma nova categoria de perda de mandatos parlamentares, distinta das hipóteses previstas no artigo 55 da Constituição Brasileira. No segundo caso, o Supremo deixou claro que no processo de interpretação e aplicação da Constituição o seu conteúdo, e eventualmente a sua letra, pode sofrer alterações. O Supremo entendeu ter havido uma “mutação constitucional” ao deixar de aplicar o artigo 52, X da Constituição brasileira. Essa mutação afetou, ainda que minimamente, a relação entre os poderes, suprimindo uma competência privativa do Senado Federal e transferindo-a para o próprio Supremo Tribunal Federal.

²⁵ SUSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Reconhecemos que não é fácil calibrar a atuação de ambos os poderes – judiciário, executivo e legislativo. Mas é preciso reconhecer que o direito comparado dá exemplos importantes que não devem ser desconsiderados.²⁶

Reconhecer a inconstitucionalidade da lei, conceder prazo razoável para o legislador editar a norma, discutir o problema com os vários segmentos da sociedade em audiências públicas e envolver mais os atores sociais parece ser uma resposta que aproxima o Judiciário daqueles a quem ele deve proteger, sem oferecer atritos indesejáveis à concepção moderna de *checks and balances*.

Por fim, creio que devemos fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade, dando prioridade e reconhecendo a importância das normas advindas do direito internacional dos direitos humanos em toda a América Latina.

O controle da convencionalidade, ademais, contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, os princípios, a normatividade e a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, conferindo aos Tribunais e Cortes Supremas da região uma maior credibilidade.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-26, 2014

BRASIL. Artigo nº 103, de 8 de dezembro de 2004. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3pSR0x0>.

CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2012.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do Constitucionalismo Abusivo. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 1, p. 173-192, 2017.

²⁶ David Landau (LANDAU, David. Improving remedies for social rights. In: ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 2013, Rio de Janeiro.) ensina: “In Colombia, for example, the court’s decision on gay marriage gave the Congress two years to legislate on the issue, in order to resolve the ‘deficit of protection’ identified by the court. If the state did not act within that timeframe, couples would automatically be able to go to notaries in order to formalize their marriages. Studies in USA administrative law have shown that this kind of a spur to administrative action (generally imposed by Congress, not the courts) is highly effective, particularly if the default rule is generally undesirable. This approach is empirically far more effective than one that simply orders the agency to act on a given issue by a given deadline; the deadline are routinely ignored unless they are paired with default rules. The advantage of these default rules is that if they are done well, they should not require that courts have the last word in policymaking. Courts can set a simple, bright-rule in a given area, such as- if Congress or administrative agencies do not act on the rights of cancer patients by date X, all patients may begin receiving benefits on that date. If the rule is acceptable, it will be adopted without changes. But if it is overinclusive or too expensive, the legislature or agency can modify it by developing a new plan. Thus, courts in enforcing these kinds of remedies should aim for over-enforcement rather than under-enforcement. Indeed, a clear and unattractive judge-made solution may be the best spur to legislative action”.

- FIGUEIREDO, Marcelo. Balance y Perspectivas del Constitucionalismo Social en Latino América. In: ASTUDILLO, César; CARPIZO, Jorge (orgs.). *Constitucionalismo. Dos Siglos de Su Nacimiento en América Latina*. Cidade do México: Editora UNAM, 2013. p. 393-411.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O Constitucionalismo Contemporâneo – Uma Visão Latino-Americana*. Homenagem ao Professor Héctor Fix-Zamúdio. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 17, n. 94, p. 161, 2015.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial como Problema Intelectual e Político nos Estados Unidos: uma Análise Crítica. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49. Acesso em: 20 jul. 2019.
- LANDAU, David. Improving remedies for social rights. In: ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 2013, Rio de Janeiro.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs*. Tradução de Monica Hirts. Nova York: ONU, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nsUzbp>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 25-42, 2014.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Madrid: Editora Gedisa, 1996.
- SUSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de percepção da corrupção 2018* (IPC) Disponível em: https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2018 Acesso em: 20 jul. 2019.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editora Eudeba, 1987.
- VERGOTTINI, Giuseppe. Transitions-Constitutionnelles et Consolidation de la Démocratie dans les Ordonnancements D'Europe Centre-Orientale. In: MILACIC, Slododan et al. *Mélanges en L'Honneur de Slododan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*. Bruxelles: Bruylant, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar?

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro*¹

Professora e procuradora do Estado aposentada

Sumário: 1. Introdução. 2. Do princípio da segurança jurídica. 3. Do princípio da motivação. 4. Do princípio da proporcionalidade. 5. Observações finais.

1. Introdução

A Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, resultou da aprovação com alguns vetos do Projeto de Lei n. 7.448/2017 (Projeto de Lei do Senado n. 349/2015), de iniciativa do Senador Antonio Augusto Junho Anastasia, pelo Chefe do Poder Executivo. A redação do anteprojeto foi feita por Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto.

Ainda na fase de tramitação desse projeto de lei, foi publicado pelo Senado Federal um livro intitulado *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas*, reunindo trabalhos de vários juristas contendo comentários a respeito de dispositivos do projeto. A coordenação coube a Flávio Henrique Unes Pereira.

Em sua fase de tramitação, o projeto recebeu críticas formuladas pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União - TCU, em trabalho intitulado “Análise preliminar do PL 7.448/2017”. Essas críticas foram objeto de análise em texto publicado na Revista Brasileira da Advocacia - RBA, ano 3, n. 9, 2018, firmado por mais de vinte juristas da área de direito administrativo de diferentes universidades do país. Conforme afirmado nesse texto, “o TCU parece ver no PL tentativa de supressão de competências constitucionais do próprio Legislativo e das Cortes de Contas”, acrescentando que “os questionamentos são fruto de leitura incorreta dos dispositivos do projeto, pois ou não refletem o teor expresso de suas normas ou vislumbram conflitos normativos inexistentes”.

A leitura desse texto publicado pela RBA é importante para bem compreender o sentido das normas contidas na Lei n. 13.655/2018, que não têm e não poderiam ter por objetivo afetar, de algum modo, as competências constitucionais do TCU. A lei traz sensível contribuição para os profissionais do direito relativamente à interpretação e aplicação das leis, especialmente nas matérias afetas à Administração Pública e que são sujeitas à **apreciação pelos órgãos de controle. Como se verifica por vários de seus dispositivos, a lei dirige-se à Administração Pública, aos órgãos de controle (externo e interno) e ao Poder Judiciário.**

A Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, veio mudar um pouco a feição da antiga Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Essa lei, desde suas origens, continha normas que se inseriam na teoria geral do direito e, portanto, aplicáveis a todos os ramos do direito, público e privado. A Lei n. 13.655 veio estabelecer normas essencialmente

¹ Professora titular aposentada da Faculdade de Direito da USP. Procuradora do Estado de São Paulo aposentada.

voltadas para o direito administrativo, alcançando não só a própria Administração Pública, mas também os órgãos que a controlam, como Tribunais de Contas, Ministério Público e Judiciário, além dos órgãos de controle interno.

Ela estabelece diretrizes que orientam e limitam a atuação desses órgãos no que diz respeito à interpretação e à aplicação do direito.

Nem tudo o que está contido nela constitui inovação, porque a lei agasalha preceitos que já decorrem dos ensinamentos da doutrina ou de teses já aceitas pela jurisprudência, ou que estão consagradas no próprio direito positivo. Ela tem o mérito de tornar expressos em lei alguns desses preceitos; ela tem também o mérito de definir, ainda que parcialmente, o conteúdo de alguns princípios do direito administrativo. Eu diria que, em alguns casos, ela transforma princípios em regras jurídicas.

As alterações introduzidas na LINDB pela Lei n. 13.655 reforçam e complementam a exigência de determinados princípios já previstos na Constituição, de forma expressa ou implícita, e em leis infraconstitucionais, em especial os da segurança jurídica, motivação, proporcionalidade, consensualidade, transparência, eficiência e interesse público.

Vou deter-me, nesta oportunidade, na análise de três princípios especialmente relevantes na lei: o da *segurança jurídica* (que já aparece no preâmbulo), o da *motivação* e o da *proporcionalidade*. Mas é certo dizer que quase todos os princípios e regras contidos na Lei n. 13.655 têm por objetivo último garantir a segurança jurídica na aplicação do direito administrativo, seja na esfera administrativa, de controle ou judicial.

2. Do princípio da segurança jurídica

Um dos principais dispositivos que protege a segurança jurídica é o artigo 24, que veda a *retroação de nova orientação geral*. Determina esse dispositivo que

a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

E o parágrafo único define *orientações gerais* como “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

O dispositivo reforça norma que já se continha na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, proíbe a “aplicação retroativa de nova interpretação”. Entretanto, o dispositivo da LINDB tem alcance maior que o da Lei n. 9.784, uma vez que esta só se aplica aos processos administrativos, enquanto o dispositivo daquela não alcança somente os órgãos administrativos, como também os órgãos de controle, inclusive o Poder Judiciário, em todas as esferas de governo.

Além disso, a norma do artigo 24 se completa com o preceito contido no artigo 23, pelo qual, em caso de mudança de interpretação ou orientação nova, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá ser previsto *regime de transição* de modo que o novo dever ou condicionamento seja cumprido de modo *proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*.

É muito comum a Administração Pública adotar determinada interpretação com caráter normativo, como acontece na Receita Federal e no âmbito da advocacia pública, cujas leis chegam a prever a elaboração de súmulas de observância obrigatória para todos os órgãos sujeitos à sua área de atuação. Se a Administração Pública posteriormente alterar o seu entendimento e aprovar nova orientação, esta não pode atingir situações plenamente constituídas na vigência da orientação anterior.

É exatamente o mesmo fundamento que deu origem à regra do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, pelo qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Se a lei não pode retroagir, a toda evidência, não podem retroagir as novas interpretações adotadas nos âmbitos administrativo, controlador e judicial. Essa retroação afronta o princípio da segurança jurídica, inclusive sob o aspecto da proteção à confiança: o cidadão acredita que a sua situação se consolidou com base em orientação adotada à época e não pode ser prejudicado pela mudança dessa orientação.

É importante realçar que o artigo 24 não impede a invalidação de todo e qualquer ato ou contrato administrativo, mas apenas daqueles que foram praticados com base em orientação geral vigente à época. As orientações gerais, por terem alcance normativo, retratando um posicionamento da Administração Pública sobre determinada matéria controvertida, criam a expectativa do administrado no sentido de que a decisão administrativa está correta, por ter sido adotada com base na interpretação vigente na esfera administrativa. O objetivo da norma é proteger a boa-fé dos administrados que foram beneficiados com a orientação aprovada em caráter geral. A norma protege a *confiança legítima*, que corresponde ao aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica. E protege também a *estabilidade* das relações jurídicas, que corresponde ao aspecto objetivo da segurança jurídica. Não pode o administrado ficar à mercê das mudanças de interpretação passíveis de afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas. Essas mudanças só podem produzir efeitos futuros.

Conforme realçado no texto publicado na RBA,

ninguém nega que as instituições públicas, na administração, no sistema de controle ou no Poder Judiciário, possam alterar suas interpretações sobre o Direito. É normal que, com o devido cuidado, o façam, inclusive em decorrência de novas demandas e visões que surgem no passar do tempo. Contudo, as relações jurídicas preexistentes não podem ser ignoradas. Elas seguem existindo e, se for o caso, terão de se adequar às novas interpretações ou orientações. Necessário, então, que seja previsto regime jurídico de transição que lhes dê tempo e meios para que realizem a conformação, segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual tem se dado em matéria de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade e, mais recentemente, com mera modificação de posição dominante do Supremo Tribunal Federal.

O texto ainda observa que

o dispositivo, aliás, fortalece os órgãos de controle e aumenta a transparência de sua ação, autorizando-os a negociar formalmente com os destinatários de suas decisões, quando for o caso. Isso, por um lado, supera preconceitos jurídicos arcaicos, segundo os quais as autoridades

públicas não poderiam jamais ouvir e dialogar, devendo sempre impor e castigar. De outro lado, a autorização legal formal evita que, na busca de soluções de transição adequadas, essas autoridades tenham, como é comum, de recorrer a artificios (pedidos de vista, instruções processuais protelatórias, reuniões informais com os interessados etc.). O ganho de transparência fortalece todos os destinatários da norma.

A norma do artigo 24 é reforçada com o preceito contido no artigo 23, pelo qual, em caso de mudança de interpretação ou orientação nova, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá ser previsto *regime de transição* de modo que o novo dever ou condicionamento seja cumprido de modo *proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*.

O Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos artigos 20 a 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, repete, no artigo 5º, caput e § 1º, o preceito já contido no artigo 24 da LINDB. No § 1º determina que “é vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança de orientação geral”. E no § 2º estabelece que “o disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso”.

3. Do princípio da motivação

No que diz respeito ao *princípio da motivação*, já amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência e previsto no direito positivo, a LINDB, com a introdução dos artigos 20 a 22, impõe aos órgãos administrativos, controladores e judiciais a observância de determinadas exigências que devem ser observadas na motivação de suas decisões.

Normalmente se considera que a motivação (obrigatória tanto para a Administração Pública, como para os órgãos de controle e para o Judiciário) exige a indicação dos *fatos* e dos *fundamentos jurídicos* da decisão. Na Lei de Processo Administrativo, o artigo 2º prevê o princípio da motivação entre aqueles a que se sujeita a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso VII, exige “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Por sua vez, o artigo 50 estabelece que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Por isso se diz que os motivos podem ser *de fato* e *de direito*.

Os artigos 20 a 22 da LINDB tornaram mais exigente a motivação. Não basta mencionar os fatos e o direito que levaram à prática do ato. É necessário que a decisão, seja administrativa, controladora ou judicial, leve em conta os *efeitos práticos, jurídicos e administrativos* da decisão.

O artigo 20 determina que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. O artigo 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830/2019 define como “valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”. Não basta mencionar um princípio em que se baseia ou um valor representado por um conceito jurídico indeterminado. Não basta motivar invocando, por exemplo, o princípio do interesse público, sem especificar o seu conteúdo no caso concreto; ou mencionar a moralidade administrativa, sem dizer em que sentido a decisão contraria esse valor. É preciso raciocínio voltado para o futuro, para as consequências do

ato. Eu cito no meu livro *Direito Administrativo*² o exemplo da invalidação de um contrato que já está em execução: a invalidação obrigará a celebração de outros contratos, inclusive emergenciais, sem licitação; poderá acarretar o dever de indenizar o contratado, se não foi ele que deu causa à ilegalidade; pode levar a uma contratação de maior valor. Esses efeitos decorrem do próprio ordenamento jurídico.

Vale dizer que, ponderando sobre os efeitos da decisão, a autoridade poderá concluir que a invalidação não é a melhor solução.

Isto não constitui novidade no direito brasileiro. Desde longa data, a doutrina e a jurisprudência defendem a possibilidade de manter atos ou contratos ilegais, se da invalidação destes resultar prejuízo maior para o interesse público. Isto não significa que o agente público responsável pela ilegalidade não deva responder pelas consequências danosas de seu ato. Uma coisa é manter o ato ilegal. Outra coisa é isentar de responsabilidade o servidor que agiu ilegalmente.

O Regulamento da lei (Decreto n. 9.830, de 10 junho de 2019) permite que a autoridade module os efeitos de sua decisão de invalidação e permite que sua eficácia se inicie em momento futuro. A modulação também não constitui novidade no direito brasileiro, porque já prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e no artigo 11 da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1998, que regulam, respectivamente, a ADIN e a ADPF. Essa modulação constitui aplicação do princípio da segurança jurídica, como está expresso nos dispositivos legais citados.

Outra circunstância que deve ser levada em consideração na motivação são os *obstáculos* e as *dificuldades* que o gestor enfrenta na gestão pública e no cumprimento de políticas públicas. É o que determina o artigo 22, caput, da LINDB, em cujos termos “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Por exemplo, devem ser levadas em consideração as limitações financeiras e orçamentárias, inclusive as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000), a necessidade de adotar medida urgente diante das circunstâncias concretas enfrentadas pelo administrador, a imposição de medidas necessárias para dar cumprimento a políticas públicas.

A respeito do artigo 22 da LINDB (que corresponde ao artigo 21 do Projeto de Lei 349/2015, do Senado), Alexandre Santos de Aragão observa que

no Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89.

*direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle.*³

O autor cita alguns exemplos concretos para ilustrar o dilema que enfrenta o administrador público e depois acrescenta que

diante da renitência de alguns órgãos de controle em seguir essa visão de uma legalidade mais ampla ou de juridicidade, parece necessário se explicitar para o Direito Administrativo como um todo - já que o problema não é restrito a determinados setores da Administração Pública ou entes federativos - a necessidade de que a sua interpretação deve levar em consideração as exigências práticas com as quais o administrador tem que lidar em cada caso concreto, pois a Administração Pública não se destina apenas a fazer belas subsunções formais, mas a transformar concretamente a realidade de acordo com o programa constitucional.

Com efeito, as dificuldades de toda ordem enfrentadas pelo administrador público são muitas e não podem deixar de ser levadas em consideração pelos órgãos de controle. Por isso mesmo, o § 1º do artigo 22 determina que “em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

O artigo 8º do Decreto n. 9.830/2019 repete, com outras palavras, a norma do artigo 22 da LINDB. No § 2º determina que a decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas (referidas no § 1º) observe “o disposto nos artigos 2º, 3º ou 4º”, que são os dispositivos que contêm normas sobre a motivação. Por outras palavras, a decisão sobre a regularidade de conduta ou de vício de ilegalidade, não pode basear-se em valores abstratos, deve levar em conta a situação concreta enfrentada pela autoridade, deve apontar os efeitos da decisão nas esferas administrativa e controladora, deve observar a adequação, proporcionalidade e razoabilidade. A motivação deve observar essas exigências.

4. Do princípio da proporcionalidade

O princípio da motivação deve ser combinado com o da proporcionalidade. A LINDB exige que se demonstre a *necessidade* e a *adequação* da medida imposta ou da invalidação decretada, levando em consideração as possíveis alternativas. Lembre-se a lição de Robert Alexy que, para a proporcionalidade, em sentido amplo, se exige demonstração de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

O parágrafo único do artigo 21 da lei, na parte final, proíbe que, para fins de regularização de um ato ou contrato ilegal, se imponham aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em razão das peculiaridades do caso, sejam *anormais* ou *excessivas*. Trata-se também de aplicação do princípio da proporcionalidade. Aqui também a medida repete, em outros termos, norma que já está contida no artigo 2º, parágrafo único, inciso VI,

³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília, DF: Senado Federal, 2015., p. 20.

da Lei de Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784/1999), a qual exige que, nos processos administrativos, se observe a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

A norma do artigo 21 da LINDB repete-se no artigo 4º, § 2º, do Regulamento. E o § 4º do mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de invalidade, prevendo a possibilidade, para o administrador, de “I - restringir os efeitos da declaração; ou II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido”. Pelo § 5º do artigo 4º, “a modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso”.

Ainda a exigência de proporcionalidade está presente na lei em matéria de aplicação de sanções.

O artigo 22, § 2º, contém norma que repete preceito que aparece de longa data nos estatutos dos funcionários públicos, como é o caso do artigo 128 da Lei n. 8.112/1990: “Na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Tudo isso deve ser demonstrado na motivação da sanção. E já tem sido aplicado pela jurisprudência. São inúmeras as ações judiciais em que o autor reclama do excesso de punição. Mesmo as pessoas que não são servidoras públicas, como as punidas por agências reguladoras ou outros órgãos que exercem poder de polícia, com muita frequência vão a juízo para alegar os excessos da punição diante da infração praticada. Só que agora não se trata apenas de um princípio, mas de um comando legal. Trata-se de *regra jurídica*.

Ainda sobre a proporcionalidade na aplicação de sanções, o § 3º do artigo 22 da LINDB estabelece que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Esse dispositivo é especialmente relevante diante da sobreposição de instâncias sancionadoras, agasalhadas pelo direito positivo. O mesmo fato pode ensejar punição na esfera administrativa, na esfera cível (pela aplicação da lei de improbidade administrativa, ou pela lei anticorrupção), na esfera do Tribunal de Contas, na esfera do CADE e na esfera das agências reguladoras. Muitas vezes, a mesma sanção é prevista em várias leis. Nesse caso, o § 3º do artigo 22 exige que as sanções aplicadas aos agentes, em uma das instâncias seja levada em consideração em outras instâncias, na dosimetria das demais sanções. O objetivo é impedir a cumulação de sanções pela prática da mesma infração. Não há como aplicar, por exemplo, duas vezes a pena de multa ou a proibição de receber incentivos do poder público, ou a declaração de inidoneidade.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o TCU não pode aplicar sanções que já foram levantadas em acordo de leniência.⁴

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União⁵ realçou o aspecto da *unicidade do sistema de controle*. Ele reconheceu que o acordo de leniência, tendo natureza contratual, só produz efeitos entre as partes. Como o Tribunal não participou do acordo de leniência, ele não poderia ser alcançado pelos seus efeitos. No entanto, entendeu que

⁴ Medida Cautelar no MS-35.435-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, em 13 de abril de 2018.

⁵ Acórdão 1.214/2018, Rel. Min. Benjamin Zymler, em 30 de maio de 2018.

as diversas instâncias de controle devem atuar em prol da unidade do sistema de combate aos ilícitos que são instrumentalizados a perseguir e sancionar. Tomando por base a ideia de um microsistema de tutela da moralidade e da probidade públicas, compreendo que o Tribunal de Contas, o Ministério Público, o Ministério TFC e o CADE devem atuar, nos eventuais espaços de sobreposição, no sentido de cooperar entre si com vistas a maximizar a eficácia de defesa dos referidos bens jurídicos, sob a ótica do Estado como um todo.

5. Observações finais

Diante dos aspectos da LINDB apontados nos itens anteriores, ficam algumas indagações: O que esperar? O que exigir?

A lei não é muito fácil de ser entendida e aplicada no dia a dia pelo servidor público, dependendo da categoria em que se insere e do nível de preparo exigido para o cargo ou emprego que ocupa.

A sua compreensão depende, em grande parte, das lições e experiências que o servidor vai vivenciando no exercício de suas funções. Ele pode e deve ser orientado pelos órgãos jurídicos que existem em todos os níveis da Administração Pública. A efetiva aplicação da lei depende em grande parte de sua aceitação pelos órgãos de controle, especialmente do Poder Judiciário.

Embora, aparentemente, a lei apresente, em uma primeira leitura, alguma dificuldade de entendimento, o fato é que ela não contém tantas inovações como pode parecer. Muitos dos preceitos por ela adotados já são aplicados pela jurisprudência dos tribunais, inclusive dos Tribunais de Contas.

O seu descumprimento pela Administração Pública pode ser corrigido por vias de controle e judiciais.

Além dos textos já citados, contendo comentários sobre a lei, é importante lembrar que, em 14 de junho de 2019, foi realizado um seminário pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA, reunindo professores de direito administrativo de várias universidades, no município de Tiradentes, em Minas Gerais, do qual resultou a aprovação dos “Enunciados relativos à interpretação da LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”. Tais enunciados foram divulgados por meio de artigo de Fabrício Motta, então Presidente daquele instituto, conforme publicação no Consultor Jurídico no dia 11 de julho de 2019.

Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 289-312, 2018.
- MOTTA, Fabrício. Pela segurança jurídica, precisamos tratar da interpretação da LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jul. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/3oxYlfX>. Acesso em: 6 jan. 2021.
- PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*. Desafios de uma sociedade democrática. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

Transformações do Direito Administrativo

Odete Medauar¹
Professora aposentada

1. Introdução

A consideração de um Direito Administrativo em mudança representa o empenho em acompanhar a linha de evolução desse ramo. Hoje não se pode mais cogitar do Direito como força conservadora, como se afirmava no passado, mesmo porque, não se transformando, seria “atropelado” pelo dinamismo e rapidez do progresso tecnológico e das novas realidades socioeconômicas. Vários ramos do Direito tiveram suas concepções antigas ou clássicas alteradas ao longo das últimas décadas do século XX e primeiras do século XXI, sobretudo. O mesmo ocorre no âmbito do Direito Administrativo.

Serão expostas, neste artigo, as linhas de transformação do Direito Administrativo.²

2. Origem

Muito corrente entre autores franceses, italianos e brasileiros é a menção à lei do 28 pluviose do ano VIII (1800) como ato de nascimento do Direito Administrativo, lei esta que, pela primeira vez, deu à administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória.

A partir da lei de 1800, foram surgindo obras da matéria. Em Milão, na Itália, em 1814, criou-se a primeira cátedra da matéria, regida por Romagnosi, extinta pela Áustria em 1817, por considerá-la foco de liberalismo.

Entretanto, foi da França que o Direito Administrativo se expandiu para os países do sistema romanístico. Três obras francesas pioneiras tiveram grande repercussão: a de Macarel (1818), a de De Gerando (1830) e de Cormenin (1822, seu *Traité* é de 1840); em 1819 criou-se a cátedra de direito público e administrativo em Paris, regida por De Gerando, abolida em 1823 e reaberta em 1828. O Direito Administrativo recebeu acolhida em países europeus, em especial Espanha e Portugal.

Alguns fatores propiciaram a formação do Direito Administrativo, sobretudo:

- a) A concepção de Estado de Direito: o poder estatal subordina-se à lei;
- b) A concepção de separação de poderes, pois no âmbito do Poder Executivo emergiu a Administração Pública, cuja atuação também deveria pautar-se por normas legais.

¹ Professora titular aposentada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Para estudo aprofundado das transformações do Direito Administrativo conferir o livro de autoria da subscritora deste artigo: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

No Brasil o ponto de partida situa-se na criação de cátedra específica na Faculdade de Direito de São Paulo e na de Recife, em 1851, talvez por influência das cátedras já criadas na França e na Itália; e pela repercussão no Brasil das várias obras sobre a matéria publicadas na Europa.³ Em 1857 vem à luz a primeira obra brasileira de Direito Administrativo, da autoria de Vicente Pereira do Rego, que em 1856 passou a reger a cátedra no Recife: *Elementos de direito administrativo brasileiro*, de influência francesa. Em 1859 surge a obra de Veiga Cabral: *Direito administrativo brasileiro*, também sob inspiração francesa.

Quando o Direito Administrativo se formou estes eram os principais aspectos do quadro político-institucional da parte ocidental do mundo, inclusive do Brasil:

- (i) Estado liberal ou Estado abstencionista: Estado soberano com unidade, centralização do poder e capacidade decisória vinda de cima para baixo; Estado como única estrutura organizacional formal da vida associada que reúne indivíduos autônomos, livres e com igualdade jurídica. Consagraram-se liberdades e garantias de direitos dos indivíduos.
- (ii) Autonomia da atividade econômica em relação ao Estado; abstencionismo do Estado na área econômica e social.
- (iii) Predomínio da democracia política, mas restrita, com sufrágio limitado a alguns setores da sociedade.
- (iv) Nas relações entre Estado e sociedade predominou o distanciamento do Estado em relação à vida social e econômica dos indivíduos, e dos indivíduos em relação às decisões das autoridades.
- (v) Antagonismo à existência de grupos intermediários entre indivíduos e Estado, como associações políticas ou profissionais.
- (vi) A Administração Pública tem por função essencial assegurar a ordem pública estabelecida pelas leis.

Os institutos e figuras do Direito Administrativo permaneceram relativamente estáveis até meados do século XX. Mudanças na sociedade e no Estado propiciaram alterações das concepções clássicas e o surgimento de novos temas.

3. Transformações a partir da segunda metade do século XX

Mudanças no Estado e na sociedade formaram o cenário de alterações do Direito Administrativo nas últimas décadas do século XX.

3.1. O quadro político-institucional da segunda metade do século XX:

- (i) Estado intervencionista, Estado-Providência, Estado do Bem Estar.
- (ii) Fracionamento do poder político, embora o Estado permaneça como centralizador de uma constelação de entes políticos, associações e organizações.

³ Fernando Dias Menezes de Almeida expõe com profundidade a formação do Direito Administrativo no Brasil, conferir ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

- (iii) Aos direitos e garantias individuais acrescentaram-se os direitos sociais, inclusive reivindicações por igualdade real.
- (iv) O Estado passou a atuar de modo intenso no âmbito econômico e social, mas, nos primórdios da década de 1980, emergiu uma tendência desestatizante.
- (v) Extensão do sufrágio, acompanhada de reivindicação de democracia mais plena, além da democracia política e da democracia administrativa, ou seja, preocupação com o modo de exercício do poder depois da eleição. Jean Rivero,⁴ em artigo publicado inicialmente em 1965, mencionou a incompatibilidade absoluta entre as concepções de democracia vigentes na França e a ação administrativa, pois perante esta o indivíduo permanecia súdito.
- (vi) Diluição da separação entre Estado e sociedade; mais vínculos e maior aproximação; tendência a soluções mediante acordos, consensos.
- (vii) Surgimento de número infinito de entidades e associações de todo tipo que exercem pressão sobre os poderes estatais, buscando interferir nas opções políticas.
- (viii) Hegemonia do Executivo; poderes legislativos atribuídos ao Executivo.
- (ix) A Administração Pública deixou de ser considerada mera executora da lei e passou a atuar na elaboração da lei; houve aumento de atribuições ante a atuação do Estado no âmbito econômico e social; criação de grande número de entes administrativos.
- (x) Na última década do século XX o cenário mundial é de globalização; altera-se a concepção de soberania nacional; acrescentaram-se os chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, consumidor, desenvolvimento, direito à paz.

3.2. Alterações do Direito Administrativo

O novo quadro político-institucional acarretou reflexos no Direito Administrativo formado no século XIX.

3.2.1. Mudanças em temas clássicos:

- a) Interesse público: na tradição clássica a Administração Pública é detentora absoluta da defesa e identificação do interesse público; hoje os cidadãos individualmente ou por associações também atuam para identificar o interesse público; busca-se a conciliação de interesses.
- b) Poder discricionário: na tradição clássica há espaço totalmente livre da autoridade e falta de controle; hoje os vínculos e parâmetros para a escolha da autoridade e ampliação do controle jurisdicional.
- c) Ato administrativo: era o foco central da elaboração na tradição clássica, controle *a posteriori*; hoje deixou de ser tema central, pois surgiu a preocupação com a história da decisão, ou seja, com o modo pelo qual se chega à edição do ato

⁴ RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: UNIVERSITÉ DE POITIERS. *Mélanges Offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965. p. 821-833. Depois, o mesmo artigo foi publicado na coletânea de trabalhos de Jean Rivero: RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: RIVERO, Jean. *Pages de Doctrine*. v. 1. Paris: LGDJ, 1980. p. 253-264.

- administrativo; passou a haver questionamentos sobre os chamados “atributos” do ato administrativo; em lugar da ausência de motivação adveio a obrigação de motivar a maior parte das decisões, inspirada sobretudo pela edição da Lei francesa n. 79-587, de 11 de julho de 1979, exigindo motivação em vários atos administrativos.
- d) Contrato administrativo: passou a haver atenuação de algumas cláusulas exorbitantes; novas figuras contratuais surgiram, por exemplo o contrato de gestão e o contrato de eficiência.

3.2.2. Novos enfoques e novos temas:

- a) Maior vínculo entre Direito Administrativo e Constituição, bases constitucionais mais amplas.
- b) Uma das consequências é a maior importância dos princípios do Direito Administrativo, com o surgimento, a partir de 1990, dos seguintes princípios: eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, e confiança legítima.
- c) Preocupação com a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição, pois a Administração é a principal operadora. Desloca-se o foco do Direito Administrativo para os direitos fundamentais e para os direitos dos cidadãos.
- d) Preocupação de melhorar as relações entre Administração e cidadãos; direitos dos cidadãos perante a própria Administração. Daí três temas emergentes nas últimas décadas do século XX:
- d1) Transparência da Administração, também para facilitar o controle e dificultar a corrupção; em vez do sigilo, a transparência e a publicidade.
- d2) Processo administrativo: garantia do contraditório e da ampla defesa, baseado no inciso LV do artigo 5º da CF; inúmeras leis de processo administrativo surgiram, como a Lei Federal n. 9.784, de 20 de janeiro de 1999, no Brasil, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, direta e indireta.
- d3) Incentivo à colaboração dos cidadãos, individualmente ou por associações representativas.
- e) Nas últimas décadas do século XX emerge o tema e a prática da transferência ao setor privado da prestação de inúmeros serviços, redescobrimo-se as concessões e as permissões de serviços públicos, por exemplo.
- f) Surge o tema da regulação e o tema da implantação das agências reguladoras.

4. Tópicos do direito administrativo ressaltados nas primeiras décadas do século XXI:

- (i) Políticas públicas: a expressão ingressou no vocabulário do Direito Administrativo no início do século XXI e passou a ser mencionada em grande escala. Várias noções se vinculam ao tema, por exemplo, mínimo existencial e reserva do possível. Surgiu, ainda, a questão do controle das políticas públicas.

- (ii) Governança: encontram-se conceitos díspares para governança, buscando-se distinguir de governo.
- (iii) Consensualidade: adveio com intensidade o uso de meios consensuais para solucionar controvérsias ou litígios envolvendo a Administração e o particular, incentivando-se a realização de acordos. Passaram a ser utilizadas a arbitragem, a mediação e a conciliação, por exemplo.
- (iv) Direito administrativo comparado: se houve tempo de forte enraizamento nacional do Direito Administrativo, dificultando a comparação entre ordenamentos administrativos, hoje expandem-se tais estudos, facilitados pela globalização e pelo grande avanço tecnológico e comunicacional.
- (v) e-Governo ou e-administração: o uso de meios eletrônicos pela Administração Pública se intensifica, gerando trabalhos doutrinários a respeito, ventilando-se até um direito do cidadão a tais usos, ou seja, uma cibercidadania.
- (vi) Direito Administrativo Global: surge esse tema tendo Sabino Cassese como um dos seus mais relevantes estudiosos. Mencionam-se, na matéria, preceitos do Direito Administrativo emitidos por fontes externas ao Estado nacional, são regras globais condicionando o direito administrativo nacional.

5. Conclusão

Pode-se dizer que nos primórdios do século XXI, com as transformações ocorridas desde meados do século XX, o Direito Administrativo deixou de ser exorbitante, deixou de ser calcado no binômio autoridade-liberdade e passou a ser o direito da cooperação público-privada. Cassese afirma ser o Direito Administrativo não mais um Direito do Estado, mas, sim, um Direito da Sociedade, centrado nos direitos fundamentais. Nesta concepção o Direito Administrativo se enriquece e se enobrece.

Regime jurídico dos agentes públicos

Wallace Paiva Martins Junior¹
Procurador de Justiça

Sumário: 1. Introdução. 2. Agentes públicos: conceito e espécies. 3. Regime jurídico dos agentes públicos: conceito e espécies. 3.1. Regime jurídico único. 3.2. Irretroatividade do regime jurídico. 3.3. A escolha do regime. 4. Regime jurídico constitucional e normas de reprodução obrigatória. 5. Regime jurídico: reserva de lei, competência normativa e iniciativa legislativa. 6. Regime jurídico dos servidores comissionados e temporários. 7. Elementos essenciais do regime jurídico. 7.1. Direitos. 7.2. Deveres. 7.3. Responsabilidade. 8. Remuneração. 9. Conclusões. Referências.

Resumo: O regime jurídico dos agentes públicos, de *status* constitucional e infraconstitucional, abrange a disciplina das relações entre Estado e pessoas físicas ocupantes, a qualquer título, de posições na Administração Pública, não podendo se reduzir ao regime jurídico dos servidores públicos, espécie de agentes públicos ao lado dos agentes políticos, dos servidores públicos, dos militares e dos agentes honoríficos. Define-se regime jurídico como o conjunto de normas que regulam essa relação jurídica, estabelecendo, entre outros, direitos, deveres, responsabilidades e aposentadoria. A Constituição fornece a concepção de um regime geral como mínimo denominador comum a todas as espécies de agentes públicos e de regimes especiais para cada uma delas. A escolha do regime jurídico é um desafio: não pode se dirigir a situações pretéritas sob pena de resultados inconstitucionais; deve destinar identidade de tratamento a postos iguais, evitando a multiplicidade de regimes, havendo reserva de regime legal a certos postos em razão de sua natureza, de seus requisitos ou de suas garantias, e abertura ao regime trabalhista para postos que não requeiram regime jurídico público ou localizados em empresas estatais. A remuneração, como integrante desse regime, não pode desprezar as normas constitucionais, inclusive os princípios jurídicos de direito público.

Palavras-chave: Regime Jurídico. Agentes Públicos. Servidores Públicos. Administração Pública.

Abstract: The legal regime for public agents, which has constitutional and infraconstitutional *status*, covers the discipline of relations between the government and individuals occupying, in any capacity, positions in Public Administration, and cannot be reduced to the legal regime of public servants, a certain type of public agents alongside political agents, civil servants, the military and honorary agents. Legal regime is defined as the set of rules that regulate this legal relationship, establishing rights, duties, responsibilities and retirement, among others. The Constitution provides the concept of a general regime

¹ Bacharel em Direito (USP), Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP), Procurador de Justiça (MPSP), Professor de Direito Administrativo (graduação – UNISANTOS) e Direito Ambiental (pós-graduação *stricto sensu* – UNISANTOS).

as a minimum common denominator for all kinds of public agents, and special regimes for each one. Opting for a legal regime is a challenge: it cannot address past situations under penalty of unconstitutional results; must assign treatment identities to equal positions, avoiding the multiplicity of regimes, with the legal regime being reserved for certain posts due to their nature, requirements or guarantees, and openness to the labor regime for posts that do not require a public legal regime or located in state-owned companies. Remuneration, as part of this regime, must not disregard constitutional norms, including legal principles of public law.

Keywords: Legal Regime. Public Agents. Public Servants. Public Administration.

1. Introdução

Ao longo da história, o exercício de atividades do Estado pelos seres humanos foi objeto de sensível evolução transitando por sistemas (consanguinidade, patrimonialidade, gratuidade, venalidade, hereditariedade, comissão, burocracia e mérito) que, em grau mais ou menos variável, coexistiram a partir da construção de figuras organizadas de Estado como reflexo do modo de sua estruturação governamental baseada em suas coevas influências sociais, econômicas, políticas, históricas, culturais determinantes. Nesse curso, também variadas formas de vinculação dessas pessoas ao Estado foram adotadas, transformadas ou extintas, considerando os marcos normativos correlatos.

Por um lado, a abordagem da posição dessas pessoas deve adotar definição com maiores graus de amplitude e elasticidade para compreensão do conceito desses sujeitos que desempenham alguma função estatal e do regime dessa relação que os liga ao Estado. Por outro, a análise da noção e da classificação de agentes públicos e do regime de sua vinculação depende da captura de determinado momento histórico e de um espaço definido de incidência.

Os padrões ou modelos normativos não são fixos, rígidos ou estáticos, por mais extensa que seja a durabilidade ou intensa sua permanência; são dinâmicos, flexíveis e mutáveis de acordo com as próprias vicissitudes (sociais, econômicas, políticas, históricas, culturais) contribuintes. Normas jurídicas não são geradas por capricho, diletantismo, cópia; são criadas pela influência de valores ideologicamente predominantes. Daí porque circunscrito este estudo ao quadro normativo brasileiro vigente.

A base deste estudo é, como timbrado, o ambiente normativo brasileiro positivo. Como esse marco tem ampla extensão à vista da adoção do sistema federativo (que se arquiteta pela pluralidade de instâncias político-governamentais na integralidade territorial em relação concomitante de fracionamento e unidade), opta-se por uma análise do mínimo denominador comum que parametriza a relação jurídica entre os agentes públicos e o Estado, mensurando sua irradiação nessas órbitas de divisão espacial. Por isso, toma-se como objeto de pesquisa a Constituição brasileira de 1988, que concentra normas gerais dessa relação e que são determinantes para toda e qualquer compreensão, reflexão e crítica do tema proposto.

O proêmio do estudo consiste na exposição do conceito de agentes públicos e suas espécies, considerando o caráter genérico do termo, para então prosseguir na captação da definição de regime jurídico e de suas espécies e, em etapa seguinte, avaliar sua moldagem

constitucional e, ao fim, pesquisar seus elementos, suas características peculiaridades e consequências, à luz de uma visão crítica e dinâmica pelo recurso aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

2. Agentes públicos: conceito e espécies

Agentes públicos são pessoas físicas que desempenham atividades normativamente estabelecidas em entidades estatais da Administração Pública centralizada ou descentralizada, de qualquer âmbito, esfera, poder ou nível, investidos em funções públicas *lato sensu*, de modo transitório ou permanente e de forma remunerada ou gratuita, sob determinado regime de vínculo. Este conceito amplo abrange todos que, sem distinção, exercem função pública em gênero, inclusive aqueles investidos em cargos, funções (*stricto sensu*) e empregos públicos².

Há uma definição no nível normativo infraconstitucional constante do art. 2º da Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), enunciando que “reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades da Administração centralizada ou descentralizada federal, estadual, distrital, municipal de qualquer Poder (inclusive, empresas estatais), referidas em seu art. 1º.

É certo que este conceito se presta a uma finalidade específica: a repressão de atos de improbidade administrativa³, mas seu conteúdo amplo e genérico tem caráter científico para cunhagem de uma definição de agente público e é consequência de uma evolução normativa que teve marcos significativos transitando pelos conceitos de funcionário público para responsabilização penal (art. 327, Código Penal), de servidor público para perda de bens ou valores por enriquecimento ilícito, influência ou abuso de cargo ou função (Lei nº 3.502/58), e de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança (art. 1º, § 1º, Lei nº 1.533/51)⁴ ou de responsabilização por abuso de autoridade (art. 5º, Lei nº 4.898/65) – conquanto autoridade não se equipare a agente ou servidor,

² As observações lançadas são o resultado da extração de livro de minha autoria (*Remuneração dos agentes públicos*, São Paulo: Saraiva, 2009) e do capítulo denominado “Agentes políticos”, também de minha lavra, contido em livro coordenado por Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (*Tratado de direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2).

³ Daí porque tem amplificação para uma noção de agente público por equiparação (ou ficção), como se verifica do parágrafo único de seu art. 1º.

⁴ Conveniente o registro da oscilação da noção de autoridade na antiga legislação de mandado de segurança: o § 1º do art. 1º na redação primitiva da Lei nº 1.533/51 cunhava que “consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções”; a Lei nº 6.978/82 a majorou estabelecendo que “consideram-se autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos dos Partidários Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções”; por último, a Lei n. 9.259/96 contraiu-a ao enunciar que “consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”. Na vigente Lei nº 12.016/2009, o conceito de autoridade tem abrangência denotada pelo emprego da fórmula “seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (art. 1º, *caput*), tonificado pela equiparação dos “representantes ou órgãos de partidos políticos” e dos “administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições” (art. 1º, § 1º), e uma exclusão objetiva-formal relacionada aos “atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público” (art. 1º, § 2º).

pois, autoridade é, segundo preciso conceito do art. 1º, § 1º, III, da Lei nº 9.784/99, “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Nem todo agente ou servidor público é autoridade, senão aquele portador de capacidade decisória⁵.

A vigente Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019), persegue a trilha da Lei da Improbidade Administrativa ao adotar o conceito de agente público, preceituando que “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade” da Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território (art. 2º, parágrafo único). Ela é expletiva ao gizar que a situação jurídica de agente público é mais dilatada que a de servidor público com as fórmulas “agente público, servidor ou não” (art. 1º, *caput*) e “qualquer agente público, servidor ou não” (art. 2º).

A Constituição de 1988 não conceitua agentes públicos, não obstante às vezes se refira ao termo (arts. 37, §§ 5º e 6º, e 151, II) ou empregue vocábulos como autoridades ou servidores públicos (arts. 5º, LXIX, 37, V, VI X, XIV, e § 1º, 38, 39, 135, 144, § 9º, 169, §§ 3º a 5º, 247), e mencione outras expressões como agente político, membro de Poder, ocupantes de cargos, funções ou empregos públicos, detentores de mandato eletivo etc. Tampouco os classifica, embora sua leitura sistêmica forneça elementos para tanto, quando precisa distinções normativas topológicas e atomizadas.

Destarte, são elementos do conceito de agente público: (a) a pessoalidade; (b) a execução de atividades de competência estatal; (c) a investidura em funções públicas *lato sensu*; (d) o regime de vínculo. Não ingressam nessa definição a natureza profissional ou eventual da relação entre Estado e a pessoa física, a espécie (ou tipo) de vínculo e seus corolários, nem mesmo a maior ou menor intensidade de subordinação de seu regime. O conceito é propositalmente amplificado e inclusivo para abarcar todas as pessoas que prestam algum serviço ao Estado e em seu nome.

Sob os prismas subjetivo e material do conceito: (a) se excluem pessoas jurídicas de direito privado exógenas à Administração Pública e executoras de serviço público a título de delegação (concessão ou permissão) em nome próprio, mesmo porque não são pessoas físicas (e que correspondem ao que se denominava agentes públicos delegados ou particulares em colaboração com o poder público) e não se investem em função pública (no sentido de posição ou posto); e (b) se incluem pessoas físicas vinculadas (profissionalmente ou não) a empresas estatais (pessoas jurídicas de direito privado) exploradoras de atividades econômicas (ou entes estatais econômicos) porque, como empregados públicos (consoante demonstrado adiante), exercem em nome desses instrumentos de ação do Estado atividades que lhe são atribuídas.

Sob o prisma objetivo há uma relação de ocupação física numa posição pública. Agentes públicos são investidos em funções públicas, compreendida sua acepção ampla, porque abrange cargos, funções e empregos públicos, plexos individualizados de atuação

⁵ A qualificação de um agente público como autoridade decorre da natureza das atribuições do cargo (e não da pessoa que o ocupa) de nível diretivo e decisório, o que o distingue daquele cuja função seja limitada ao cumprimento de ordens na organização hierarquizada. Ou, como expõe Cármen Lúcia Antunes Rocha, “não é o agente público que é autoridade, mas ele age com autoridade, tornando-se ele mesmo titular dessa qualidade havida em seu desempenho”, de maneira que a autoridade reside na “na própria atribuição como manifestação do poder político do Estado que se põe e impõe com aquela qualidade” (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75-76), ligando, portanto, autoridade à competência qualificada.

legalmente atribuídos. A tipologia de funções públicas é assaz variegada (e nem sempre a legislação assimila os contornos peculiares assentados em doutrina ou jurisprudência), englobando funções eventuais (cívicas ou honoríficas; temporárias) ou permanentes (funções de confiança; funções estáveis) em sentido estrito. Também é diversificada a natureza dessa relação em razão de diferentes formas de acesso e ocupação adotadas de acordo com as especificações constitucionais (nomeação, designação, contratação, requisição, eleição etc.) que influenciam temas que se conectam ao seu regime como a permanência do agente, a profissionalidade da função, a gratuidade do exercício.

Sob o prisma formal há o regramento jurídico do vínculo que une pessoa física e Estado numa relação de sujeição especial ou geral. É a disciplina jurídica que guia, preside e baliza esse relacionamento pela instituição de regras respectivas, inclusive para a estruturação de seus componentes particulares como onerosidade, definitividade, profissionalidade ou não. Não é adequado sumular que somente os agentes públicos profissionais e remunerados estão sujeitos a algum regime jurídico. Todos aqueles que executam uma missão de serviço público estão em maior ou menor dose subordinados a um complexo denso ou tênue de regras relacionais, pouco importando *a priori* a natureza e a característica dessa ligação, pois a variação de grau não desmente a existência de um regime normativo. E considerando, ainda, a pluralidade de funções (em sentido amplo) de natureza distinta, é de bom grado adiantar que há diversidade de regimes jurídicos e mesmo no regime mais difusa ou tradicionalmente adotado a coexistência de regime geral e de regimes especiais. Em suma, há um regime jurídico geral a todos os agentes públicos e diversidade de regimes jurídicos especiais.

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, é possível captar as seguintes espécies de agentes públicos que fornecem indicadores para uma classificação. Sopesando a natureza da função, eles podem ser arrolados como (a) agentes políticos eletivos, comissionados (em alto grau) e vitalícios; (b) servidores públicos (em sentido amplo), compreendendo servidores públicos (em sentido estrito⁶), servidores temporários e empregados públicos; (c) militares; e (d) agentes civis especiais (ou honoríficos).

De acordo com a esfera espacial de poder, podem ser classificados em agentes (a) federais, (b) estaduais, (c) distritais e (d) municipais, o que implica diferentes zonas de atuação (central, regional e local; integral ou parcial) de acordo com as competências de seus entes, órgãos e postos.

Também podem ser catalogados em: (a) profissionais ou (b) não profissionais, à luz das características da função; (c) permanentes ou (d) sazonais, à vista da temporariedade do vínculo; (e) transitórios, (f) precários, (g) efetivos ou (h) vitalícios, sob o prisma da durabilidade da ocupação.

Agentes civis especiais ou honoríficos⁷ são as pessoas que exercem função pública determinada e transitória em colaboração ou representação, mediante convocação, requisição etc., em razão de seu *status* cívico, de seu mérito e de sua capacidade pessoal, ou de sua honorabilidade, sem vínculo empregatício nem integração à organização administrativa

⁶ Neste setor incluem-se, além dos titulares de cargo público de provimento efetivo e dos ocupantes de cargos de provimento em comissão, os detentores de função pública estável, fruto da estabilidade anômala ou excepcional disciplinada no art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 e que preservou o vínculo de função (em sentido estrito) àqueles não admitidos por concurso público no tempo e na extensão indicados nessa norma.

⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61-88; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-80.

(dada a contingência e efemeridade da investidura na função) e, na maioria das vezes, gratuitamente. Embora não sejam servidores públicos “momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um pró-labore e contar o período de trabalho como de serviço público”⁸.

Agentes políticos em visão mais ampla são os que reúnem as seguintes características: (a) exercício remunerado de cargos superiores na estrutura estatal constitucional; (b) inexistência de subordinação hierárquica; (c) sujeição a regime jurídico especial constitucional (investidura, atribuições, prerrogativas, restrições, responsabilidades); (d) atuação com ampla liberdade funcional no desempenho de funções estatais típicas e subordinadas (diretamente) à Constituição. Eles são investidos por eleição, designação, nomeação, em cargos de provimento eletivo, efetivo, vitalício ou comissionado, englobando os Chefes do Poder Executivo e seus auxiliares diretos (Ministros, Secretários), os membros do Poder Legislativo, os magistrados, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas, e os representantes diplomáticos, por exercerem funções governamentais. Ou seja, a noção de agente político no direito brasileiro positivo demanda conjuntamente (a) a natureza política da função permanente e essencial como expressão de parcelas da soberania estatal; (b) a independência funcional; (c) a peculiaridade de regime jurídico (notadamente a especialidade do plexo de predicamentos e restrições, e da responsabilidade); e (d) sua sede jurídico-formal (a Constituição). Há, no quadro dos agentes políticos, os profissionais (vitalícios e efetivos) e os não profissionais (eletivos ou comissionados): estes desempenham, em mandato, comissão ou investidura a termo, funções governamentais em nível decisório; aqueles exercem relação profissional em funções técnico-científicas de matriz constitucional, como titulares de cargos públicos de provimento vitalício – todos presididos por um regime jurídico legal peculiar. Seus regimes jurídicos são específicos. Em essência, são unilaterais e legais (ou constitucionais), mas plantam uma série de derrogações ao regime jurídico legal (estatutário) geral (comum) dos servidores públicos – instituídas em virtude das características próprias dessas funções.

Por sua vez, os servidores públicos podem ter concepção ampla ou restrita. O gênero servidor público (em sentido amplo) designa o sujeito ligado por uma relação empregatícia profissional, de vínculo legal, contratual ou especial, a uma pessoa jurídica (de direito público ou privado) da Administração Pública direta ou indireta para o exercício de uma função pública *lato sensu* (cargo, função ou emprego público), definitiva ou temporariamente, mediante remuneração e subordinação hierárquica. Emergem como suas espécies: (a) os servidores públicos *stricto sensu* (investidos em cargos públicos); (b) os empregados públicos (ocupantes de empregos públicos); (c) os servidores temporários (exercentes de funções públicas) – os primeiros investidos em cargos públicos e sujeitos ao regime jurídico legal (estatutário comum); os segundos ocupam empregos públicos, submissos ao regime jurídico contratual (celetista); e os terceiros exercem função pública transitória e excepcional, sob o domínio de um regime jurídico administrativo-especial. O que denota os servidores públicos *lato sensu* é sua ligação ao Estado por uma relação de emprego de cunho profissional. Como sintetiza José dos Santos Carvalho Filho, “fazem do serviço público uma profissão, como regra de caráter definitivo, e se distinguem dos demais agentes públicos pelo fato de estarem ligados ao Estado por uma efetiva relação

⁸ STJ, REsp 656.740-GO, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 03-05-2007, v.u., DJ 31-05-2007, p. 328.

de trabalho”⁹. Por isso, segundo seu escólio, são características dessa categoria de agentes públicos: (a) profissionalidade (exercício de efetiva profissão no desempenho da função pública); (b) definitividade (permanência no desempenho da função); (c) a relação jurídica de trabalho (relação bilateral de emprego em sentido amplo)¹⁰. A esses predicados, adiciono: (a) submissão a um determinado regime jurídico (para disciplina dessa relação); (b) remuneração (contraprestação pecuniária dos serviços); (c) subordinação hierárquica; (d) investidura em função pública *lato sensu*¹¹.

Entenda-se para fim deste ensaio função pública em sentido amplo como a posição ou posto na organização administrativa, compreendendo as espécies do cargo, da função (em sentido estrito) e do emprego, instituídas por diversas determinantes variáveis (regime, natureza etc.). Função é a atividade devida a um fim¹², constituindo a função pública o exercício de uma atividade em uma posição por um agente em órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, e em nome desta, para a realização de fins de sua competência – o interesse público. Por isso, quando se alude no conceito à função pública, insito está que ela tem por fim a prestação de uma atividade estatal, definida segundo regras de atribuição entre agentes de escalões diversos com maior ou menor gama de poderes, para satisfação do interesse público indicado em lei, bem como que o agente público produz ou manifesta a vontade do órgão ou da entidade ao qual se encontra vinculado, porque por esta razão lhe foi outorgada competência. A função pública em sentido estrito é composta (a) da função temporária (contratação por prazo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público); (b) da função estabilizada (servidores públicos admitidos sem concurso público até o quinquênio anterior à promulgação da Constituição com exercício continuado); e (c) da função de confiança (atribuição de assessoramento, chefia e direção, exclusiva de servidores de provimento efetivo) – e que não se confunde com função gratificada, que é uma gratificação de função.

3. Regime jurídico dos agentes públicos: conceito e espécies

Regime jurídico é a disciplina normativa ou o complexo de normas que regula determinada e específica matéria. E, a rigor, ao se tratar do regime jurídico dos servidores públicos, como já exposto antes, impõe-se abordar o regime jurídico dos agentes públicos como continente do qual o dos servidores públicos é um de seus conteúdos: há um regime jurídico geral a todos os agentes públicos e, considerando a pluralidade de funções (*lato sensu*) de natureza distinta, uma ordem de diversidade de regimes jurídicos.

Regime jurídico dos servidores públicos é o conjunto de direitos, deveres e responsabilidades que regula as relações de vínculo de subordinação funcional-empregatício entre o poder público e seus agentes, derogando ou não o direito comum. É o núcleo normativo

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 468, 470.

¹⁰ *Ibidem*, p. 470-471.

¹¹ Ruy Cirne Lima resumia os quatro característicos da função pública profissional (inerente à categoria dos funcionários públicos): (a) natureza técnica ou prática do serviço prestado; (b) retribuição de cunho profissional; (c) vinculação jurídica à União, aos estados, ao Distrito Federal ou aos municípios; (d) caráter permanente dessa vinculação, segundo uma disciplina legal específica (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 162). Pontes de Miranda também visualizava no funcionário público o “exercício da função a título de profissão” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo VI, p. 271).

¹² Ou como explica José Cretella Junior, função “é toda atividade exercida por um órgão para realização de um determinado fim” (*Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 410, nº 261).

da relação funcional contendo a disciplina da acessibilidade aos cargos e funções e sua forma de provimento e requisito, assim como suspensão e extinção, o modo e a forma de seu exercício, direitos e deveres, movimentação funcional (promoção, remoção etc.), prerrogativas, restrições, incompatibilidades, sistema remuneratório, responsabilidade etc.

Para o Supremo Tribunal Federal, “a locução constitucional ‘regime jurídico dos servidores públicos’ corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes”¹³; e seu conteúdo,

em virtude da extensão de sua abrangência conceitual, compreende [...], todas as regras pertinentes (a) às formas de provimento, (b) às formas de nomeação, (c) à realização do concurso, (d) à posse, (e) ao exercício, inclusive as hipóteses de afastamento, de dispensa de ponto e de contagem de tempo de serviço, (f) às hipóteses de vacância, (g) à promoção e respectivos critérios, bem como avaliação do mérito e classificação final (cursos, títulos, interstícios mínimos), (h) aos direitos e às vantagens de ordem pecuniária, (i) às reposições salariais e aos vencimentos, (j) ao horário de trabalho e ao ponto, inclusive os regimes especiais de trabalho, (k) aos adicionais por tempo de serviço, gratificações, diárias, ajudas de custo e acumulações remuneradas, (l) às férias, licenças em geral, estabilidade, disponibilidade, aposentadoria, (m) aos deveres e proibições, (n) às penalidades e sua aplicação e (o) ao processo administrativo¹⁴.

Na atualidade, há normas constitucionais que compõem o regime jurídico comum dos agentes públicos, basicamente concretadas no art. 37 da Constituição de 1988, a *latere* (a) do regime jurídico legal (estatutário) geral (servidores públicos em sentido estrito) ou especial (militares, vitalícios, eletivos); (b) do regime trabalhista ou celetista (empregados públicos); e (c) do regime administrativo-especial (servidores temporários)¹⁵, e que, em razão de conjunturas políticas, sociais e econômicas, se estabelecem a partir de um mínimo denominador comum e (no caso brasileiro) de uma teia complexa reflexiva da composição de movimentos nos sentidos de apropriação, derrogação, percolação ou interpenetração total ou parcial do direito ordinário (civil ou trabalhista) ao ensejo também a circunstâncias históricas de tempo e lugar de cada ambiente jurídico.

Enquanto a Seção I (Disposições Gerais) do citado Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 contém disciplina para os servidores públicos *lato sensu* nos arts. 37 e 38 – como a exigência de concurso público para provimento originário de cargos e empregos públicos (art. 37, II), a sujeição ao teto remuneratório dos empregados públicos das empresas estatais e suas subsidiárias que recebem recursos da Administração direta para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (art. 37, § 9º) –, o regramento dos arts. 39 a 41 é destinado aos servidores públicos *stricto sensu*, salvo uma ou outra disposição tendente a se ligar às prescrições gerais do art. 37, como a extensão da proibição de acumulação de vencimentos e proventos inclusive de empregos públicos (art. 40, § 11),

¹³ RTJ 157/460.

¹⁴ STF, ADI 4.827-AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 27-09-2019, v.u., DJe 15-10-2019.

¹⁵ No âmbito federal, a Lei nº 8.112/90 trata do regime estatutário; a Lei nº 9.962/00, do celetista; e a Lei nº 8.745/93, do temporário.

ou para explicitar, ainda que *a contrario sensu*, que suas normas são restritas aos servidores públicos, como a submissão dos servidores de cargos em comissão, dos temporários ou dos empregados públicos ao regime geral da previdência (art. 40, § 13).

3.1. Regime jurídico único

A projeção constitucional da unicidade de regime jurídico (regime jurídico único) foi, na prática, de difícil compreensão de sua natureza, extensão e alcance por governos e parlamentos¹⁶. O balanço das operações normativas de aplicação da diretiva de regime jurídico único demonstrou a existência de soluções carentes de coerência sistemática com a Constituição¹⁷. Uma delas consistiu na transformação de empregos em cargos públicos e consequente migração do regime celetista para o estatutário e vice-versa, porque: (a) na primeira hipótese, houve investidura em cargo público de provimento efetivo à míngua de aprovação em concurso público e atribuição de estabilidade; (b) na segunda, do mesmo vício em situação jurídica inversa com perda da estabilidade¹⁸ e geração de ônus financeiro de natureza trabalhista e previdenciária ao Estado sem fonte orçamentária de cobertura ou agravando-a se existente. Também alhures se optou pela composição, num mesmo diploma legal (geralmente estatutário), de servidores públicos de regimes diversos (extranumerário, celetista, interino), espargindo prerrogativas inerentes ao regime estatutário (cargo, estabilidade etc.).

Outras soluções foram apontadas como a distinção entre atividades-meio e atividades-fim e a projeção *pro futuro* do regime jurídico único (estatutário ou celetista¹⁹) em maior ou menor extensão (toda a estrutura de um nível federado, de uma entidade pública ou de alguns de seus órgãos ou, ainda, de alguns de seus cargos ou carreiras²⁰), preservando situações pretéritas, se bem que deve atentar a peculiaridades especiais de alguns postos (cargos) cujo regime estatutário é essencial e explicitamente adotado

¹⁶ Para agravar, norma que o abolia introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98 é alvo de controvérsia na jurisdição constitucional, com eficácia suspensa por decisão liminar (com efeito *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa), por conta de vício formal de inconstitucionalidade em seu processo legislativo (RTJ 204/1029), comentando Carlos Henrique Maciel que de um regime jurídico único se transitou a um regime jurídico plural (estatutário, celetista ou misto) e houve regresso ao primeiro estágio (MACIEL, Carlos Henrique. *Curso objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205).

¹⁷ Baseado em livro de minha autoria (*Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009).

¹⁸ A atração da perda da garantia da estabilidade é verdadeira quimera: embora dispensado na demissão o processo administrativo, exige-se a motivação, como em qualquer ato administrativo, principalmente os restritivos de direitos.

¹⁹ José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 578-579) e Adilson Abreu Dallari (*Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 45-50) apontam o estatutário como regime jurídico único.

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello dissertou que as pessoas jurídicas de direito público de um mesmo nível de governo (federal, estadual, distrital ou municipal) “não poderão ter diversidade de regimes entre si”, sendo possível que “as atividades básicas estejam sujeitas ao regime de cargo, isto é, estatutário, enquanto algumas remanescentes, de menor importância, sejam exercidas sob regime de emprego, ou seja, trabalhista, *contanto que idêntico esquema valha para todas*. O que não é possível, sem contrariar o art. 39, é que adotem soluções diferentes entre si, de tal maneira que uma coloque certas atividades sob regime de cargo, ao passo que outras, as mesmas atividades estejam sob regime de emprego. Deverá haver um ‘regime jurídico único’ para as três”, e sem que isso signifique unificação de quadros e carreiras. Por isso, conclui pela identidade de regime entre a Administração direta, autárquica e fundacional, tendo como ponto essencial o cargo como regra e o emprego como exceção (para atividades de modesto relevo), pois “seria absurdo e afrontoso à isonomia que atribuições idênticas fossem submissas a disciplinas diversas”, de tal sorte que “a coexistência de regimes, quando possível, será entre atividades de natureza diferente, nunca para as mesmas atividades” no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional (*Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 104-105 e 112).

na Constituição, havidas como carreiras típicas de Estado *a posteriori* pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

A intenção da norma original da cabeça do art. 39 da Constituição de 1988 – a adoção de regime jurídico único – tinha como escopo o sepultamento da multiplicidade de regimes jurídicos de pessoal na Administração Pública (estatutário, celetista, interino, temporário, extranumerário, especial etc.) quase sempre instituídos para a dispensa de algum privilégio odioso ou para legitimação de admissão de pessoal sem observância da (salutar) regra do concurso público ou extensão da estabilidade. Uma das opiniões assinala “a preocupação de assegurar a igualdade de direitos e obrigações em diferentes aspectos da relação funcional”²¹. Daí porque se afigura correto dizer que o regime jurídico único impede nas pessoas jurídicas de direito público de um mesmo nível de governo a diversidade de regimes jurídicos de seus servidores entre si para idênticas funções, ou seja, impõe uma disciplina de pessoal uniforme na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello²².

3.2. Irretroatividade do regime jurídico

Em atenção à rigidez das normas constitucionais de acesso a cargos, funções e empregos públicos, não há como refutar a eficácia prospectiva do regime jurídico unificado – o que vale também para a adoção de determinado regime jurídico. Sua exigência se liga à ideia de unidade de disciplina legal da relação funcional (portanto, do regime jurídico) entre o agente e o Estado com projeção *ex nunc*, ou seja, lei nova regulando situações novas, acabando com a pluralidade de regimes.

Se a adoção do regime recair sobre o celetista ou o estatutário, a opção exercida em lei de cada entidade federativa só valerá ao futuro (isto é, excluindo os servidores admitidos anteriormente do regime adotado posteriormente), porque sua previsão não significa, em absoluto, que, desde então, todos os regimes existentes estariam unificados no regime estatutário ou celetista, alcançando o passado, como posto em acento em decisão magistral²³.

O regime jurídico único se projeta ao futuro para as novas relações funcionais. O pretérito será conservado em via de extinção, preservando-os os regimes existentes, cada qual com sua natureza. Nunca convolar um regime antigo no novo. É o que admoesta Adilson Abreu Dallari: “haverá, porém, servidores na administração direta e autárquica sob regime trabalhista, tanto como remanescentes de contratações feitas antes da promulgação da nova Constituição, quanto como contratados para execução de serviços temporários”²⁴.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 686-687.

²² Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 104, 110.

²³ “Não parece possível que, mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar a condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, a imposição constitucional do concurso público. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com o texto da Lei Fundamental, as normas legais que, independentemente de concurso público, possibilitam o aproveitamento, nos quadros funcionais de entidade federada diversa (como o Distrito Federal), de servidor que ocupa cargo em outra pessoa política (União, estados-membro e municípios). Precedentes” (STF, ADI-MC 980-DF, Tribunal Pleno, Rel. Celso de Mello, 03-02-1994, v.u., DJ 13-05-1994, p. 11.337).

²⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Op. Cit.*, p. 46.

3.3. A escolha do regime

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cada esfera federativa “ficou com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual”, com a ressalva das

carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como “atividades exclusivas de Estado”, conforme previsto no artigo 247 da Constituição, acrescido pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98²⁵.

José dos Santos Carvalho Filho identifica três posições a respeito da escolha do regime jurídico único: (a) a obrigatoriedade de adoção exclusiva do regime estatutário; (b) a opção, por cada ente federado, pelo regime estatutário ou trabalhista, idêntico para a Administração centralizada, autárquica e fundacional; e (c) a opção por um regime único para a Administração direta e outro para autarquias e fundações públicas²⁶.

A opção legislativa de cada ente federativo para a escolha de seu regime jurídico é matéria que rendeu, da parte de Celso Antonio Bandeira de Mello, áspera crítica ao regime celetista e adesão ao estatutário por força da impessoalidade, da finalidade e da moralidade, da estabilidade e suas consequências e da própria extensão de alguns – não todos – direitos sociais aos servidores públicos, salvo para atividades materiais subalternas em caráter marginal²⁷. Posição intermediária aponta a unidade de escolha de regime jurídico (estatutário ou celetista) e a impossibilidade de coexistência. Adilson Abreu Dallari explica que a Administração Pública direta, autárquica e fundacional não pode adotar outro senão o regime estatutário próprio para seu pessoal permanente, arrolando, em suma, vários motivos: necessidade de garantias à autonomia funcional e ao exercício da autoridade, inadequação do regime celetista em função de vocação tutelar do trabalhador etc.²⁸.

Esta questão é assaz interessante. Registrada a diversidade de opiniões doutrinárias e de soluções normativas, não é possível obliterar que, no âmbito federal, por exemplo, houve a adoção paralela dos regimes estatutários e celetista na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, mecanizado pela Lei nº 9.962/00 (art. 1º). Tampouco é admissível obnubilar que a Constituição indica, explícita ou implicitamente, a compulsoriedade de um regime estatutário quando se refere, notadamente, a certos requisitos ou garantias elementares à natureza da função desempenhada (liberdade de provimento e exoneração; vitaliciedade; estabilidade), e que não se reduzem a indicações nominais como as do arts. 37, II e V, 95, I, 128, § 5º, I, a, 132, parágrafo único, 134, § 1º, e 247.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 686-687.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 651.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit., p. 105-109.

²⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Op. Cit., p. 46-49.

Em prol do regime estatutário militam variegadas razões: atribuição de presunção de legitimidade aos atos administrativos praticados pelo servidor público; proteção do interesse público; unilateralidade do regime permissiva da eficiência e da alterabilidade de sua execução (mutabilidade do regime) sem oposição de direito adquirido; imparcialidade; natureza estatal da atividade como reflexo de parcela da soberania com atributos peculiares para o exercício do poder extroverso e da autoexecutoriedade. O resgate histórico demonstra que a penetração do regime celetista (e o de outros regimes) na função pública foi engendrada para burla à regra do concurso público, situação interdita pela Constituição de 1988 com sua previsão para investidura também em empregos públicos (art. 37, II) inclusive nas empresas estatais, independentemente de seu objetivo institucional (exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público)²⁹. Não se percebe vantagem alguma na adoção expansiva e geral do regime celetista na Administração Pública direta e nas autarquias e fundações públicas. A maior flexibilização do vínculo visando à sua ruptura longe da estabilidade (e suas decorrências) que o regime trabalhista proporciona cede em face do custo econômico-financeiro da despedida sem justa causa, sem olvidar que, não obstante, exige-se motivação – princípio basilar da atividade administrativa³⁰. É claro que a regra comporta exceções como as atividades subalternas, atividades-meio ou nas quais seja prescindível o regime jurídico público.

Há outro aspecto a considerar. A natureza do regime celetista é contratual e bilateral, resultante da autonomia da vontade, princípio antagônico ao da legalidade que preside as relações jurídico-administrativas. Qualquer alteração requisita a simetria das formas. No campo estipendial, os empregados públicos das empresas estatais percebem salários livremente negociados (embora deva haver plano de salários para atender à impessoalidade) ou deliberados na instância judicial especializada, podendo criar sérios embaraços ao limite de despesas de pessoal. Na questão relativa ao teto remuneratório, a Constituição apanha empregos públicos da Administração direta, autarquias e fundações públicas (art. 37, XI) e das empresas estatais dependentes (art. 37, § 9º). E, ao prescrever a reserva de lei, refere-se aos servidores públicos em sentido amplo (art. 37, X), deve ser feita uma ressalva (sistematicamente concebida) excluindo os empregados públicos das empresas estatais à vista da natureza bilateral do regime trabalhista (art. 173, § 1º, II), pois, o art. 61, § 1º, II, *a*, inserindo na iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo o aumento da remuneração, essa prerrogativa merece ser adstrita aos empregos públicos da Administração centralizada e autárquica. É, ademais, incompatível com a Administração Pública (salvo as empresas estatais) o exercício do direito de liberdade de negociação salarial que é próprio do regime trabalhista³¹.

²⁹ RTJ 149/139, RTJ 146/139.

³⁰ “EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho” (STF, RE 589.998-PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20-03-2013, m.v., DJe 12-09-2013).

³¹ Tanto que a Súmula 679 do Supremo Tribunal Federal enuncia que “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

Portanto é devida uma distinção precisa a partir da compreensão global da natureza das atividades de uma posição e de um órgão ou entidade da Administração, porque não se trata de uma opção exclusivamente política.

As regras de acesso a cargos públicos mediante aprovação em concurso público e de estabilidade dos servidores públicos são vetores daquilo que foi denominado por Sabino Cassese como *processo di depersonalizzazione del potere pubblico*³². A expansão da primeira dessas regras na Constituição de 1988, sobretudo por sua direção também às empresas estatais e pela extinção da denominada primeira investidura, entre outras razões, não permite identificá-la, atualmente, como pressuposto do regime estatutário, conquanto coíba vetustas práticas patrimonialistas (clientelismo). Mas a segunda é fundamental por sua hábil serventia como a blindagem em face de pressões políticas ou econômicas. Se ambas convergem para a impessoalidade da função pública *lato sensu*, a adoção de determinado regime jurídico para disciplina de cargo ou emprego públicos atende à análise da sua própria natureza. Desta maneira, postos que detenham a imprescindibilidade de requisitos e garantias especiais (estabilidade, irredutibilidade remuneratória etc.) porque desempenham funções de natureza pública típica e indelegável, que substanciam o regime jurídico-administrativo (verticalidade e desigualdade jurídica) dos entes ou órgãos (com personalidade jurídica e regime jurídico ambos de direito público) que integram, têm a necessidade de prerrogativas extravagantes (do direito comum) para a prática de seus atos. Estabelecida esta premissa é, em tese, permitido salientar que em um determinado órgão ou entidade da Administração haverá posições dependentes do regime estatutário³³ ou do regime celetista (ou de outro qualquer porventura concebido). Fora do regime estatutário, decerto, se aninharão aquelas cujos atos não carecem regime jurídico público (presunção de legitimidade, autoexecutoriedade, fé pública etc.) nem o desempenho da função prescindia de garantia especial e reforçada.

Logo, não é somente a própria Constituição que subtrai parcelas ou segmentos dos agentes públicos do regime jurídico único, porque ela contempla regimes estatutários atomizados ou especiais (magistrados e membros do Ministério Público; atividades exclusivas de Estado etc.) e nem ela se inclina globalmente por essa ou aquela opção de regime, para não ser excessiva ou insuficiente em juízo de proporcionalidade ou conduzir a situações desarrazoadas. Portanto a questão não é meramente formal, de opção político-constitucional. É de índole material. A permissão da adoção do regime celetista não tem a potencialidade de nulificar a obrigatoriedade do regime jurídico estatutário quando isso se faça adequado, necessário e proporcional, ou seja, obrigatório para determinadas posições, do mesmo modo que a admissão do regime estatutário soa desarrazoada quando seja despicienda. Esse fio condutor, por exemplo, iluminou decisão monocrática, na Suprema Corte, que censurou o regime celetista nas agências reguladoras, que, como se sabe, desenvolvem a polícia administrativa sob regime jurídico público³⁴. Isto implica afirmar, conseqüentemente, que há uma tendência constitucional pelo regime estatutário cuja dimensão pode ter maior ou menor alcance (total ou parcial) – e que pode ser questionável se total –, pelo regime celetista obrigatoriamente para as empresas

³² CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000. p. 263.

³³ Hely Lopes Meirelles defende, para esses servidores (referidos no art. 247) e para os investidos em cargos vitalícios (magistrados e membros do Tribunal de Contas e do Ministério Público), o regime jurídico estatutário peculiar ou especial (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 393).

³⁴ STF, ADI-MC 2.310-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 19-12-2000, DJ 01-02-2001, p. 5.

estatais em razão de sua personalidade jurídica de direito privado, e pelo regime celetista parcialmente na Administração direta, nas autarquias e fundações públicas em menor extensão decotadas as posições dependentes de predicados e regime extravagantes por sua natureza. É, destarte, difícil ou impossível cogitar a globalidade de regime jurídico único, o que não implica a admissão de, numa mesma esfera federada, multiplicidade de regime para posições com atribuições idênticas. Para isso vale a unicidade.

4. Regime jurídico constitucional e normas de reprodução obrigatória

Não obstante a previsão de regime jurídico no nível normativo infraconstitucional, é de se anotar que a própria Constituição contém série de normas adensadas nos arts. 37 a 41 que estruturam verdadeiro regime jurídico constitucional dos agentes públicos. Alhures denominadas normas constitucionais de observância obrigatória³⁵, elas são compostas de normas gerais e especiais, distinguindo-se pela universalidade ou peculiaridade de sua aplicação em relação às espécies de agentes públicos. Contém o mínimo denominador comum que alicerçam não só o regime jurídico constitucional dos agentes públicos como também informam a produção normativa infraconstitucional ulterior além de outras funções (derrogação, interpretação etc.).

A Constituição de 1988, seguindo o movimento das anteriores, tem pródiga e extensa disciplina do regime jurídico dos agentes públicos. Decerto uma razão para isso foi a superação da impossibilidade infraconstitucional de uma normativa geral e uniforme à vista do princípio federativo. A inscrição de normas de valor constitucional impõe sua observância por todas as unidades e orienta e conforma a normatividade infraconstitucional.

Digna de nota, ainda, é a expansão ou a contenção desse regime constitucional, pois a Seção I (Disposições Gerais) do Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 estabelece o regramento aos servidores públicos *lato sensu* e aos agentes políticos (observada, neste último caso, a compatibilidade com a peculiaridade de seu regime constitucional) nos arts. 37 e 38; os arts. 39 a 41 destinam-se aos servidores públicos *stricto sensu*, ressalvadas disposições relacionadas às prescrições gerais do art. 37.

³⁵ Como deliberado pela Suprema Corte brasileira, “a autonomia conferida aos Estados pelo art. 25, *caput*, da Constituição Federal não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória” (STF, ADI 291-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 07-04-2010, m.v., DJe 10-09-2010).

São normas constitucionais de reprodução obrigatória³⁶ que limitam a autonomia dos entes federados à luz dos arts. 25, 29 e 32 da Constituição Federal, que se refere inclusive aos princípios (nela) estabelecidos³⁷.

5. Regime jurídico: reserva de lei, competência normativa e iniciativa legislativa

Observadas as linhas compulsórias do regime constitucional dos agentes públicos, sua disciplina normativa infraconstitucional deve atender ao requisito formal da reserva de lei, emanada do princípio de legalidade. Trata-se de lei em sentido formal, exigente da observância rígida do modo de produção dos atos legislativos: é a lei oriunda do Parlamento, construída segundo o devido processo legislativo. É opção constituinte brasileira a reserva de lei *ut* art. 61, § 1º, II, *c* e *f*, da Carta Magna promulgada em 1988. Sendo matéria do domínio da lei (arts. 37, I, II, V, IX, IX, X, § 7º, 39, §§ 4º a 6º, 40, 48, X e XV, 61, § 1º, II, Constituição Federal), em virtude do princípio da simetria das formas, sua alteração ou extinção (art. 48, X, Constituição) também depende de lei, salvo exceções expressas na Constituição.

O regime estatutário é, por essência, legal, assim como o dos servidores temporários. E não poderia ser diferente tendo em conta que é relação de sujeição especial de natureza unilateral, vertical e alterável *ad nutum*; o regime celetista é de natureza contratual, horizontal e bilateral, mas subordinado à legislação trabalhista, competindo ao ente federado sua adoção conforme a opção facultada — apenas sua adoção.

A competência legislativa pertence a cada um dos entes federados, considerado o princípio federativo. Assim, por exemplo, a Constituição Federal menciona aos servidores públicos no *caput* de seu art. 39. E não poderia ser diferente, porque a disciplina do regime jurídico de seus agentes é assunto elementar à autonomia. Entretanto ela não é absoluta;

³⁶ Há uma percuciente exploração da natureza e do alcance dessas normas em voto do Ministro Roberto Barroso, que assim expõe: “12. Como se sabe, a autonomia dos entes federativos (art. 18 da CRFB/1988) corresponde ao poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada um deles o poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração. Nesse sentido, o art. 25 da Constituição da República prevê que Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. 13. A vinculação das Cartas estaduais à Constituição da República determina que os Estados: (i) adotem as normas de observância obrigatória; (ii) optem pela previsão ou não de normas de reprodução facultativa; e (iii) não editem normas de reprodução proibida. Essas três implicações do dever de obediência à Constituição Federal obrigatória, permissão e proibição levaram a doutrina constitucional a procurar sistematizar as possibilidades e limites do poder constituinte estadual. [...] 14. A Constituição de 1988 traz no seu corpo um conjunto expressivo de normas que são de observância obrigatória pelos Estados membros. Tais disposições, referidas pela doutrina como normas centrais, podem ser expressas ou implícitas. Delas se extraem mandamentos ou proibições, vale dizer: elas limitam a capacidade de auto-organização dos Estados impondo ou interditando determinados arranjos institucionais” (STF, ADI 4.362-DF, Tribunal Pleno, 09-08-2017, m.v.).

³⁷ Segundo Raul Machado Horta, “outro grupo de normas centrais é o constituído pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, que, a partir da Constituição Federal de 1946 (art. 18, passaram a limitar a autonomia constitucional do Estado-Membro, quer no exercício excepcional do poder constituinte auto-organizador, quer no exercício constante dos poderes reservados, obedecendo à regra de que aos Estados se reservam todos os poderes que implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição Federal. A identificação dos princípios estabelecidos reclama a interpretação do texto da Constituição Federal o seu conjunto, para reunir as regras dispersas que definam a origem, a causa, o começo, o germe, o elemento predominante da Constituição Federal. Os princípios estabelecidos se alojam nas normas constitucionais federais sobre repartição de competências, o sistema tributário, a organização dos Poderes, os direitos políticos, nacionalidade, os direitos e as garantias individuais, os direitos sociais, ordem econômica, a educação, a família e a cultura, afinal, na matéria dispersa no texto constitucional federal. A Constituição expansiva amplia e dilata o campo dessa pesquisa dos princípios estabelecidos, enquanto a Constituição não expansiva e breve contrai e reduz o campo dos princípios estabelecidos” (*Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 42).

é condicionada e limitada por normas constitucionais de observância ou reprodução obrigatória, como emana dos arts. 37 e 39 da Carta Magna. Os entes federados exercem sua autonomia dentro do espaço que lhes foi assinado e, sobretudo, sob as pautas de conformidade, compatibilidade e não contrariedade às prescrições constitucionais e, em algumas hipóteses, respeitando normas gerais infraconstitucionais que tangenciem o tema.

União, estados, Distrito Federal e municípios estabelecem seus respectivos regimes estatutários, verificando-se, nessa situação, seu mais amplo potencial de criatividade normativa, observados os limites já destacados. O mesmo se pode dizer do regime dos servidores temporários, de natureza administrativo-especial. Em ambos os casos, cuida-se de técnica de repartição horizontal de competências comuns. Diferentemente, a sede criadora do regime celetista é única porque compete exclusivamente à União legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, Constituição de 1988), o que torna o potencial criativo dos demais atores do pacto federativo assaz restrito, pois se vinculam às normas trabalhistas editadas sem qualquer possibilidade de inovação, considerada a técnica de repartição horizontal de competência exclusiva. Nem a União e tampouco estados, Distrito Federal e municípios criam o regime celetista de seus agentes, senão adotam a legislação trabalhista. Têm a possibilidade de legislar somente aquilo que é peculiar e necessário para se compatibilizar o emprego público à legislação laboral e que não foi tratado nesta legislação, o que não significa uma seara extensa para espelhar um verdadeiro regime estatutário. Se ao regime estatutário alguns direitos fundamentais sociais são estendidos (art. 39, § 3º, Constituição Federal), não é possível a extensão de peças do regime estatutário ao celetista, ressalvado aquilo que se apresenta nessa complexa percolação como fruto de parciais derrogações constitucionais (explícitas ou implícitas) ao regime privado.

Segundo o art. 61, § 1º, II, c e f da Constituição de 1988, a iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, sem admissibilidade de convalidação das leis resultantes do procedimento constitucional da usurpação³⁸. A reserva subtrai a matéria da iniciativa comum ou concorrente, que é a regra. O Chefe do Poder Executivo detém a exclusividade da deflagração do processo legislativo em qualquer dimensão, isto é, abrange a íntegra ou parcela do regime jurídico dos agentes públicos. Normas básicas do processo legislativo federal são de aplicação simétrica e reprodução compulsória nos demais extratos federados. Bem por isso o Supremo Tribunal Federal assentou, em repercussão geral, que “é inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município” (Tema 223). Esse entendimento é aplicável às Constituições dos Estados, expressões do poder constituinte decorrente, que devem respeito às normas de processo legislativo inscritas na Constituição da República. Exercida a iniciativa por quem a detém, emendas parlamentares são admissíveis desde que tenham relação de pertinência temática com o objeto específico da proposta ou não aumentem despesa.

A natureza da lei varia conforme o ambiente jurídico-federativo. Quando há reserva de lei complementar estabelecida na Constituição Federal, na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica Municipal, ela deve ser observada, lembrando que as primeiras condicionam a última e a segunda também condiciona a primeira. No silêncio, o trato da matéria se situa na lei ordinária.

³⁸ RTJ 69/625, 103/36.

No caso de emenda constitucional, é impositiva a submissão aos limites materiais, formais e temporais fixados constitucionalmente, não sendo válida, no âmbito estadual (emenda à Constituição Estadual) e municipal (emenda à Lei Orgânica), sua intromissão no regime jurídico de servidores públicos à vista da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Esse é o entendimento da Suprema Corte em expressivos julgamentos, assentando que “as normas de atribuição de iniciativa no processo legislativo previstas na Constituição Federal constituem cláusulas elementares de distribuição de poder no contexto da Federação, razão pela qual devem ser necessariamente observadas pelos Estados-membro, independentemente da espécie legislativa envolvida”³⁹, inclusive no poder constituinte decorrente estadual⁴⁰.

6. Regime jurídico dos servidores comissionados e temporários

O regime jurídico dos cargos de provimento em comissão só pode ser, na Administração centralizada, autárquica e fundacional, o estatutário. Tais postos são destinados a atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior em que haja a necessidade de relação especial de fidúcia para transmissão e controle de diretrizes políticas de governo. A admissão do regime celetista atenta contra a liberdade de exoneração⁴¹, consistente na cláusula *during good behaviour*, que lhe é elementar dada a natureza de sua investidura precária, tanto que a Lei nº 9.962, de 2000, exclui do regime celetista na União os cargos de provimento em comissão (art 1º, § 2º, I, b), uma vez que incluídos nos arts. 3º e 9º, II, da Lei nº 8.112/90. Neste sentido, já se decidiu que “a nomeação para cargo em comissão, por se tratar de relação jurídica própria de direito público estabelecida entre a Administração e o comissionado, é regulada pelo regime estatutário, ou seja, essa relação não tem natureza contratual, mas institucional, de modo que não se lhe aplicam as disposições pertinentes ao emprego público, subordinado, basicamente, ao regime celetista”⁴².

Pensamento oposto fornece, indiretamente, uma estabilidade impossível com a natureza da comissão na medida em que o regime celetista de vínculo reprime a dispensa imotivada do empregado pela imposição de ônus financeiro ao tomador de serviços – aviso prévio, multa rescisória, indenização e outros consectários de similar natureza. A isso se antagoniza a avaliação da dimensão do desprovimento do cargo comissionado como medida discricionária orientada pelos critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Portanto sua sujeição ao regime celetista tolhe a liberdade de exoneração reservada ao administrador público. O Supremo Tribunal Federal repudiou normas estaduais instituindo indenização pela exoneração de cargo de provimento em

³⁹ STF, ADI 5.087 MC-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, 27-08-2014, m.v., DJe 13-11-2014.

⁴⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CONCESSÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS A SERVIDORES PÚBLICOS. SIMETRIA. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. As regras de processo legislativo previstas na Carta Federal aplicam-se aos Estados-membros, inclusive para criar ou revisar as respectivas Constituições. Incidência do princípio da simetria a limitar o Poder Constituinte Estadual decorrente. 2. Compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis, lato sensu, que cuidem do regime jurídico e da remuneração dos servidores públicos (CF artigo 61, § 1º, II, “a” e “c” c/c artigos 2º e 25). Precedentes. Inconstitucionalidade do § 4º do artigo 28 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ação procedente” (STF, ADI 1.353-RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 20-03-2003, v.u., DJ 16-05-2003, p. 92).

⁴¹ Frequente confusão terminológica na prática administrativa impera entre os termos “exoneração” e “demissão”. Enquanto demissão é sanção (pena) pela prática de infração disciplinar ao servidor estável, exoneração tem outros significados, entre eles (a) desligamento voluntário de cargo público de provimento efetivo ou comissionado ou (b) dispensa *ex officio* de cargo público de provimento em comissão (pela intuitiva cessação da relação de confiança).

⁴² STJ, REsp 621.647-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, 21-03-2006, v.u., DJ 10-04-2006, p. 130.

comissão⁴³, timbrando que “a nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração. A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal”⁴⁴. Por isso, a adoção do regime celetista para cargos comissionados viola a moralidade e a razoabilidade.

O regime jurídico da contratação temporária de pessoal é administrativo-especial, o que não deixa de ser um regime estatutário porque unilateral e legal, e especial porque ajustado à natureza temporária de vínculo⁴⁵. A Constituição, no art. 37, IX, não permite a adoção do regime celetista. A forma de vínculo (bilateral) não se confunde com sua natureza (unilateral legal). Aliás, a menção à lei específica contida na norma constitucional fundamenta a derrogação do direito laboral comum e do direito estatutário geral, e aponta para a necessidade de um regime jurídico administrativo especial, porque deve ser peculiar para orientação das relações jurídicas daí decorrentes. A contratação é apenas forma prevista para o vínculo, e não a essência ou o conteúdo do regime jurídico. Além disso, como a adoção do regime celetista na Administração Pública é excepcional, é mister a existência de expressa permissão constitucional, cuja ausência interpreta-se interdita. E, como a União é detentora exclusiva da competência legislativa em direito trabalhista (art. 22, I, Constituição), estados, Distrito Federal e municípios estariam impedidos da edição de suas respectivas leis específicas para admissão de contratação temporária, o que implicaria perda de suas autonomias constitucionalmente asseguradas, inclusive pelo art. 37, IX, da Carta Magna.

De qualquer maneira, a divergência a respeito foi superada pela jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, visualizando um regime jurídico administrativo especial⁴⁶. O regime jurídico administrativo especial, igualmente ao estatutário, é unilateral e legal, ou seja, fixado pelo Estado mediante lei. No âmbito da União, há um bloco de disposições normativas na Lei nº 8.745/93, que delineia o regime jurídico especial da contratação temporária sedimentada no art. 37, IX, da Constituição de 1988. Cada ente federado deve ter sua legislação respectiva.

7. Elementos essenciais do regime jurídico

São elementos essenciais do regime jurídico dos agentes públicos para além do acesso e desprovemento, das atribuições, do modo e forma de exercício, as normas que balizam os direitos (pecuniários ou não) e deveres (positivos e negativos) e a responsabilidade (administrativa, civil ou penal, em especial as infrações e sanções).

Nos regimes jurídicos legais, a regra é a alterabilidade. Sujeitos a vicissitudes, são abertos à modificação unilateral para atendimento ao princípio da eficiência ou de outros (interesse público, moralidade etc.), de tal sorte que não há direito adquirido a regime

⁴³ STF, ADI 182-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 05-11-1997, v.u., DJ 05-12-1997, p. 63.902.

⁴⁴ STF, ADI 326-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 13-10-1994, m.v., DJ 19-09-1997, p. 45.526.

⁴⁵ Baseado na pesquisa constante de livro de minha autoria (*Contratação por prazo determinado: comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015).

⁴⁶ RTJ 207/611; STF, RE 573.202-AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21-08-2008, m.v., DJe 04-12-2008.

jurídico⁴⁷, salvo exceções (v.g., irredutibilidade remuneratória; proibição de transposição)⁴⁸. Portanto a tese predominante sumula que a segurança jurídica e a proteção ao direito adquirido não garantem aos servidores potencialmente afetados por alterações legislativas o direito à manutenção do regime anterior, desde que não haja ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos⁴⁹. E, ademais, “o direito adquirido é inoponível à Constituição quando nela se encontra interdito, posto eclipsado em alegado regime jurídico imutável, mormente quando o regime jurídico que se pretende ver preservado não encontra guarida na Constituição Federal”⁵⁰.

Outra característica dos regimes legais é a extensão de normas constitucionais sociais do regime trabalhista geral ou comum, operada no art. 39, § 3º, da Constituição de 1988, aos direitos ali especificados de maneira taxativa.

7.1. Direitos

Em boa doutrina, indicam-se os seguintes direitos dos agentes públicos: (a) à função pública; (b) ao exercício; (c) fundados no exercício; (d) ao amparo social e à dignidade do *status*. O primeiro surge com a estabilidade ou a vitaliciedade, impedindo demissão discricionária ou imotivada; o segundo é o de prestar o serviço; o terceiro compreende aqueles que dependem do exercício como remuneração, contagem de tempo, férias, licenças etc.; o quarto reúne os inerentes à assistência, à previdência, à associação, à greve, à petição, à defesa⁵¹. Há também inclinações por sistematização dos direitos e vantagens, destacando aqueles de conteúdo econômico direto de outros com natureza diversa, como consta da Lei nº 8.112/90.

7.2. Deveres

É tradicional visualizar deveres que, conforme sua maior ou menor determinação subjetiva ou universalidade, são gerais, alcançando todos os agentes públicos, e outros, especiais, inerentes a determinados cargos ou carreiras⁵², e que, segundo a natureza da exteriorização da obrigação, são classificados em positivos e negativos (proibições)⁵³. Outra classificação agrupa os deveres como os relativos: (a) à presença (assiduidade, pontualidade, residência); (b) ao ambiente de trabalho (urbanidade, cooperação e solidariedade); (c) à pessoa e ao procedimento do servidor (traje conveniente, procedimento correto na vida

⁴⁷ RTJ 208/1254.

⁴⁸ Repercussão geral no Supremo Tribunal Federal assentou que “a ampliação de jornada de trabalho sem alteração da remuneração do servidor consiste em violação da regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos” (Tema 514). A Súmula Vinculante 43 estampa que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

⁴⁹ STF, ADI 4.461-AC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, 11-11-2019, v.u., DJe 04-12-2019.

⁵⁰ STF, ADI 4.601-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 25-10-2018, v.u., DJe 07-11-2018.

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 315, n. 87.

⁵² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 394, n. 354; MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. Tomo II, p. 390, n. 240. Ruy Cirne Lima se refere a deveres funcionais, impostos pelo direito dos serviços públicos, e profissionais, prescritos pela lei penal ou legislação estatutária: estes, inerentes a grande parte dos funcionários públicos (respeito à lei e à moral, obediência, segredo); aqueles, deveres técnicos, especiais a cada serviço público ou a cada gênero de atividade dentro do mesmo serviço (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 175-176).

⁵³ MASAGÃO, Mário. Op. Cit., p. 240, n. 390.

pública e privada, ordem nos assentamentos, lealdade); (d) à prestação do serviço em si (observância das normas legais e regulamentares, obediência, denúncia de irregularidades, diligência, sigilo, zelo pelo material)⁵⁴. Entre as proibições encontram-se as de acumulação de cargos, funções e empregos públicos, uso indigno do cargo, atividades empresariais incompatíveis, patrocínio de interesses privados, insubordinação, desídia, improbidade.

7.3. Responsabilidade

Os agentes públicos estão sujeitos à tríplex esfera de responsabilidade subjetiva: administrativa, civil e penal. A responsabilidade penal é sedimentada no Código Penal e nas leis penais extravagantes. A responsabilidade civil é (a) direta e pessoal por danos ao erário (arts. 122 e 124, Lei nº 8.112/90) e prática de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), ou lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (Lei n. 4.717/65); e (b) regressiva no caso de condenação do Estado à reparação de dano (ou assunção voluntária da obrigação) a terceiro desde que apurado dolo ou culpa do agente por ação ou omissão (art. 37, § 6º, Constituição Federal), conforme assentado em repercussão geral (Tema 940)⁵⁵. A responsabilidade administrativa deita raízes no poder disciplinar, tendo os seguintes requisitos: (a) a definição legal dos ilícitos administrativos (consistente na violação de deveres funcionais positivos ou negativos) e das sanções; (b) o delineamento do respectivo processo administrativo.

As infrações ou ilícitos administrativos se caracterizam pela ofensa aos deveres funcionais positivos ou negativos (proibições) catalogados em lei e pela específica previsão legal do ilícito administrativo. É plena exigibilidade da reserva de lei em sentido formal (legalidade absoluta ou estrita). As sanções, consequências das infrações, também demandam rígida observância de previsão legal, denotando reserva de lei em sentido formal (legalidade absoluta ou estrita). O processo administrativo deve se curvar ao *adjective due process of law* exigente de decisão motivada, proporcionalidade das sanções, defesa e instrução contraditória.

Em regra, prevalece a independência de instâncias, sendo a comunicação excepcional. A instância criminal não subordina a civil e a administrativa e vice-versa. Somente terá repercussão a decisão judicial absolutória fundada na negação do fato ou de sua autoria, que abranja todos os motivos determinantes do ato administrativo sancionador, ou reconheça excludentes de criminalidade, e de delitos cuja conduta não é descrita autonomamente no estatuto singular⁵⁶. Outros motivos, como a prescrição penal punitiva, não interferem, embora já se tenha decidido que o ilícito administrativo tem sua prescritibilidade pelo prazo previsto na legislação penal⁵⁷.

Dentre os ilícitos administrativos há o puro e o penal, subdividindo-se o primeiro em disciplinar e funcional. Há ilícito administrativo penal quando o fato também configura crime, inclusive nas hipóteses em que a lei não descreve de forma autônoma o ilícito, remetendo-a à tipificação penal (ilícito administrativo penal remissivo) e que,

⁵⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 60-72.

⁵⁵ “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁵⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op Cit.*, p. 262.

⁵⁷ STJ, Rcl 611-DF, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 18-10-2000, m.v., DJ 04-02-2002, p. 248.

sem embargo, se contrapõe à reprodução (total ou parcial) de delito pela lei administrativa (ilícito administrativo penal reprodutivo).

A doutrina observa que “se entende que, no caso de crime, cuja conduta não seja descrita autonomamente como falta disciplinar, não subsiste a demissão se o Judiciário não considerou crime a falta praticada”⁵⁸, traçando distinção que principia por identificar situações de comunicação obrigatória na

*hipótese do funcionário ser indiciado por crime sem que o respectivo diploma estatutário descreva autonomamente a conduta punível (Lei Federal nº 8.112/90, art. 132, I; Lei Estadual nº 10.261/68, art. 257, II; Lei Municipal nº 8.989/79, art. 189, II). [...] Recorde-se, no entanto, que o mesmo princípio não se aplica em relação a infrações que, embora constituam crime, estejam descritas autonomamente pelos diplomas estatutários, como condutas puníveis administrativamente (abandono de cargo, ofensas físicas em serviço, etc.). E que, além disso, a Administração não é obrigada a aguardar, em nenhum caso (veja-se, a propósito, recente decisão do STF, no MS 21.113, in RDA 183:94), a sentença penal para decidir o processo administrativo*⁵⁹.

Esse é o entendimento da jurisprudência⁶⁰.

Não há repercussão da sentença penal absolutória na instância administrativa quando o fato não constitua infração penal. Portanto não se impede a punição disciplinar⁶¹ por força da falta residual. Desta compreensão, todavia, excetua-se o ilícito administrativo penal remissivo ao tipo penal. Neste caso, há comunicação porque foi pronunciado que o fato não constitui crime. Diferentemente, na hipótese de ilícito administrativo penal reprodutivo, não há influência da absolvição judicial.

8. Remuneração

Remuneração em gênero é a contraprestação pecuniária pelo exercício de cargo, função ou emprego público, abrangendo as espécies de (a) vencimentos (servidores públicos em sentido estrito); (b) salários (empregados públicos); (c) soldos (militares); (d) subsídios (agentes políticos, servidores policiais e, facultativamente, servidores públicos organizados em carreira) – e que não se confundem com proventos (benefício previdenciário ao inativo) e pensões (benefício previdenciário aos dependentes de servidor morto).

A Constituição contém uma rede (amiúde confusa) de normas sobre o tema (modificada em variadas oportunidades), de observância obrigatória para todos os níveis federativos,

⁵⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op Cit., p. 253.

⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. Cit., p. 258.

⁶⁰ STF, MS 21.310-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 25-11-1993, v.u., DJ 11-03-1994, p. 4.096; STF, MS 21.708-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 09-11-2000, m.v., DJ 18-05-2001, p. 434; STF, MS 21.332-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, 27-11-1992, v.u., DJ 07-05-1993, p. 8.328; STF, MS 21.294-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 23-10-1991, m.v., DJ 21-09-2001, p. 42; RTJ 141/364.

⁶¹ STJ, REsp 1.012.647-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 23-11-2010, v.u., DJe 03-12-2010; STJ, MS 7.861-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, 11-09-2002, v.u., DJ 07-10-2002, p. 169; STJ, MS 6.959-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, 24-03-2004, v.u., DJ 03-05-2004, p. 92; STJ, MS 8.998-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, 12-11-2003, v.u., DJ 09-12-2003, p. 207; STF, MS 23.242-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 10-04-2002, v.u., DJ 17-05-2002, p. 59, RTJ 191/151.

aplicáveis na Administração centralizada ou descentralizada. Eis algumas: (a) a remuneração depende de lei em sentido formal, sendo essencial que ela fixe os elementos constitutivos (valor, pressuposto fático, beneficiários etc.); (b) a revisão geral anual, igualmente necessita de lei, estabelecendo periodicidade e índices, sabendo-se que ela não estorva revalorizações ou reestruturações com aumentos diferenciados desde que descontados da revisão geral, bem como que não se aplica aos agentes políticos eletivos ou comissionados em escalão superior porque adstrita a funções profissionais; (c) a irreduzibilidade tem exceções enumeradas, convindo obtemperar o pressuposto indispensável da legalidade, pois “não há direito adquirido contra disposição normativa inscrita no texto da Constituição, eis que situações inconstitucionais, por desprovidas de validade jurídica, não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos”⁶², de maneira que não há espaço para arguição de irreduzibilidade, direito adquirido, incorporação ao patrimônio ou caráter alimentar decorrente da fixação ilegítima da remuneração⁶³; (d) o limite máximo (teto) exclui salários nas empresas estatais não dependentes e, em geral, vantagens de natureza indenizatória, e comporta, na medida do art. 37, XI, da Constituição Federal, subtelos com exclusão das funções essenciais à justiça; (e) o vencimento (padrão ou referência) da remuneração de servidores do Poder Executivo é outro limite aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário com funções iguais ou assemelhadas; (f) a proibição de acumulação remunerada de cargos, funções e empregos públicos tem sede exclusivamente constitucional, daí decorrendo a interpretação de direito estrito de suas exceções observada a seguinte ordem de fatores (que não pode ser invertida): as hipóteses expressamente previstas condicionadas à compatibilidade de horários, porque a regra é a vedação de acumulação remunerada; (g) a observância das normas constitucionais (art. 169, Constituição) e infraconstitucionais (Lei Complementar n. 101/00) de responsabilidade fiscal que fixam limites de despesas com pessoal.

As questões mais agudas e sensíveis se situam no domínio das vantagens pecuniárias, considerando-se inúmeros fatores como a fertilidade legislativa, a concessão de aumentos disfarçados, a irresponsabilidade fiscal nas despesas com pessoal, entre outros. Lamentavelmente, à margem dos parâmetros do § 1º do art. 39 da Constituição de 1988, impera nesse quadrante a proliferação imoral e desarrazoada de autênticas liberalidades com o dinheiro público, a distribuição desmesurada de mordomias, o desperdício e a ausência de parcimônia na gestão do erário.

Vantagens pecuniárias são acréscimos permanentes ou efêmeros ao vencimento dos servidores públicos. Não há unidade de terminologia nas legislações, mas elas podem ser classificadas em (a) adicionais, (b) gratificações, e (c) indenizações; em linhas gerais, têm natureza remuneratória ou indenizatória.

Intensa e séria preocupação paira em torno de sua incorporação aos vencimentos: se ele é exigente de lei, nem sempre a lei a admite com observância de princípios como moralidade, proporcionalidade, razoabilidade etc., sendo certo, todavia, que, na ausência de previsão legal, não há direito à incorporação. A Emenda Constitucional nº 103, de 2019, inseriu limite na Constituição, anunciando, no § 9º do art. 39, que “é vedada a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função

⁶² RTJ 209/347.

⁶³ STF, MS 23.996-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 18-03-2002, v.u., DJ 12-04-2002, p. 55; MS 33.432-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 15-08-2017, v.u., DJe 28-08-2017; MS 27.935 AgR-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, 21-08-2017, v.u., DJe 20-09-2017.

de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo”. Realmente, é um *nonsense* a incorporação de vantagens sazonais se cessada a causa de sua percepção, além de afrontar a economicidade.

Se o subsídio é definido como regime remuneratório de unidade – a expressão “parcela única” é paradoxal – o regime de vencimentos é composto do vencimento (padrão ou referência) e das vantagens. A literatura geralmente classifica as vantagens por conta dos seguintes critérios: (a) decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*); (b) desempenho de funções especiais (*ex facto officii*); (c) condições anormais de realização do serviço (*propter laborem*); (d) condições pessoais do servidor (*propter personam*). Às duas primeiras, denomina adicionais de vencimento e de função, e às duas últimas, gratificações de serviço e pessoais. Também se refere a vantagens gerais e pessoais (subjetivas e objetivas), simples ou condicionais (ou modais). E, assim, vantagens *pro labore facto* são incorporáveis, ao passo que as demais, sendo condicionais, são *pro labore faciendo*, devendo ser extintas quando cessado o motivo que as justifica⁶⁴. Adicionais são melhorias de retribuição pecuniária por tempo de serviço ou funções especiais, enquanto gratificações são compensações por serviços comuns em condições anormais ou ajudas pessoais⁶⁵.

Algumas dessas vantagens pecuniárias merecem reflexão. Adicional de tempo integral é concedido em razão da exclusividade do exercício do cargo público, impedindo outra atividade profissional pública ou privada, enquanto o adicional de dedicação plena se impõe a exclusividade não interdita o desempenho de atividade diversa no setor público ou privado⁶⁶. O adicional de nível universitário não pode ser outorgado indiscriminadamente aos servidores públicos apenas porque sejam portadores de habilitação em curso superior. Sua concessão é vedada (a) aos servidores públicos cujo requisito de habilitação no cargo público seja o grau superior, e (b) aos servidores públicos cuja graduação em nível superior não tenha aderência com as atribuições do cargo. No primeiro caso, evita-se a duplicidade de retribuição; no segundo, a falta de utilidade para o interesse público. Gratificações como as de insalubridade ou periculosidade só são devidas em razão do motivo que as justifica, cessando quando deixa de existir⁶⁷. Auxílio-alimentação só tem cabimento no exercício do cargo, não podendo ser concedida a inativos (Súmula Vinculante 55) nem àqueles afastados do exercício, porque tem natureza indenizatória. A Administração Pública brasileira tem exibido sinais de prodigalidade na outorga de vantagens pecuniárias que não atendem o interesse público nem a necessidade do serviço, beneficiando exclusivamente interesses corporativos ou políticos, como se nota nos casos de décimo-quarto salário, extensão de auxílio-moradia ou auxílio-alimentação a inativos, abono (ou gratificação) natalício (que não se confunde com a gratificação natalina, décimo-terceiro salário, pois é um presente ao aniversário do servidor público),

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 492-495.

⁶⁵ Agrega-se, a partir de uma distinção mais aprofundada, que “a gratificação é uma vantagem relacionada a circunstâncias subjetivas do servidor, enquanto o adicional se vincula a circunstâncias objetivas. [...] dois servidores que desempenhem um mesmo cargo farão jus a adicionais idênticos. Já as gratificações serão a eles concedidas em vista das características individuais de cada um. No entanto, é evidente que tais gratificações se sujeitam ao princípio da isonomia, de modo a que dois servidores que apresentem idênticas circunstâncias objetivas farão jus a benefícios iguais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 761).

⁶⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 230-231.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 232; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 457-458.

salário-cônjuge, pensão a ex-agentes políticos ou seus dependentes⁶⁸. Não raro, gratificações são instituídas em virtude do ordinário desempenho das funções do cargo ou do mero cumprimento dos deveres funcionais (gratificação por assiduidade, por eficiência etc.)⁶⁹, o que é impossível com o regime jurídico público e seus princípios, pois, em suma, a remuneração já os retribui. E, ademais, o próprio regime de subsídio admite vantagens remuneratórias como a gratificação pelo exercício de função de assessoramento, chefia ou direção, desde que não excedentes ao teto.

9. Conclusões

O regime jurídico dos agentes públicos, de *status* constitucional e infraconstitucional, abrange a disciplina das relações entre Estado e pessoas físicas ocupantes, a qualquer título, de posições na Administração Pública, não podendo se reduzir ao regime jurídico dos servidores públicos, espécie de agentes públicos ao lado dos agentes políticos, dos servidores públicos, dos militares e dos agentes honoríficos. Define-se regime jurídico como o conjunto de normas que regulam essa relação jurídica, estabelecendo, entre outros, direitos, deveres, responsabilidades e aposentadoria.

A Constituição de 1988 fornece a concepção de um regime geral como mínimo denominador comum a todas as espécies de agentes públicos e de regimes especiais para cada uma delas. Em atenção ao princípio federativo, cada unidade é portadora de autonomia para construção de seus respectivos regimes jurídicos mediante lei, respeitando as normas constitucionais centrais de observância compulsória.

A escolha do regime jurídico não pode se dirigir a situações pretéritas sob pena de resultados inconstitucionais. Além disso, deve destinar identidade de tratamento a postos iguais no âmbito da mesma pessoa jurídica da Administração Pública, evitando a multiplicidade de regimes.

Há, na conformidade da Constituição, reserva de regime estatutário a certos postos em razão de sua natureza, de seus requisitos ou de suas garantias, e abertura ao regime trabalhista para postos que não requeiram regime jurídico público ou localizados em empresas estatais. A remuneração, como integrante desse regime, não pode desprezar as normas constitucionais, inclusive os princípios jurídicos de direito público que inibem o malbaratamento das forças do erário.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

⁶⁸ STF, ADI 4.601-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 25-10-2018, v.u., DJe 07-11-2018; ADI 3.418-MA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, 20-09-2018, v.u., DJe 04-12-2018; ADI 4.552-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 01-08-2018, v.u., DJe 14-02-2019.

⁶⁹ STF, ARE 1.240.265-SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 12-11-2019, DJe 20-11-2019.

- CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MACIEL, Carlos Henrique. *Curso Objetivo de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.
- _____. *Contratação por prazo determinado: comentários à Lei nº 8.745/93*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. Tomo II.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomo VI.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Apontamentos sobre a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de serviços médicos

Wanderley José Federighi¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: Introdução. I. Evolução histórica. II. As teorias referentes à responsabilidade civil do Estado. III. Disposições legais específicas sobre o tema. IV. Excludentes da responsabilidade civil. V. O dano. Considerações sobre a atividade médica. A obrigação de meio e a de resultado. VI. Danos por omissão. VII. Dano moral e dano estético. VIII. Ação indenizatória. A indenização. IX. Denúnciação à lide e ação regressiva. X. Jurisprudência sobre o tema. XI. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

A noção do que vem a ser a *responsabilidade civil* é encontrada na própria origem do termo; vem o mesmo do latim *respondere*, que significa *responder a alguma coisa* ou *por alguma coisa*, correspondendo a *se responsabilizar alguém pelos seus atos que causem danos a outrem*.

Em verdade, o conceito de *responsabilidade civil* é algo que se encontra arraigado no próprio espírito e na natureza do ser humano. A ideia de que quem nos causa um prejuízo deve responder por ele vem de tempos imemoriais.

O *neminem laedere* – ou seja, *não lesar outrem* – é um dos três preceitos da jurisprudência do Direito Romano, segundo Ulpiano. Os outros dois preceitos são *viver honestamente* e *dar o seu a seu dono*; ou seja, *dar a César o que é de César*, preceito da mais alta justiça.

Vários juristas, por exemplo Serpa Lopes (*apud* STOCCO, 2004), entendem e definem a responsabilidade civil como o *dever de reparar o prejuízo*², definição sintética, mas verdadeira. Hely Lopes Meirelles (2015), por seu turno, lembra que a *responsabilidade civil* “é a que se traduz na obrigação de reparar *danos patrimoniais* e se exaure com a *indenização*” (p. 762)³.

É possível falar em *responsabilidade civil*, decorrente da prestação defeituosa de *serviços médicos* na área *particular*, tanto de médicos (pessoas físicas) como de clínicas

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela mesma Faculdade. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.

² Curso de Direito Civil, v. 5, n. 144, p. 188; *apud* Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 119.

³ Já Celso Ribeiro Bastos lembra que a responsabilidade “é a sanção imposta pelo direito ao autor de um ato lesivo à ordem jurídica [...]. A responsabilidade civil é aquela que se preocupa com a reparação dos danos patrimoniais. O seu objetivo é recompor a situação econômica da vítima de um ato danoso” (BASTOS, 1996, p. 304-305). Entendo pertinente aduzir, a propósito, em que pese o respeito ao venerado e saudoso mestre, que se entende cabível, nos dias atuais, a indenização também do denominado *dano moral*, como se verá adiante. Aliás, a lição de José Afonso da Silva é nesse sentido: “responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (às vezes moral) que uma pessoa cause a outra” (SILVA, 2002, p. 107).

e hospitais. Mas a responsabilidade civil não se cinge a essa área; o *Estado*, mais especificamente o *Poder Público* (em suas diversas feições: a União, os estados e os municípios) pode vir a ser responsabilizado, ao prestar serviços médicos a particulares, no caso de tais serviços terem causado danos ao paciente, ou até mesmo sua morte.

A *responsabilidade civil* pode decorrer das condutas praticadas por agentes públicos, no exercício de suas funções, que causem prejuízo a terceiros, *devendo ser imputadas ao Estado (lato sensu)*.

Em outra oportunidade, vim a escrever:

O Estado, em sentido amplo, sendo pessoa jurídica de direito público, é obrigado a praticar vários atos, para o regular funcionamento da máquina administrativa, bem como para prover a sociedade dos serviços públicos necessários a seu bem-estar. Se, em decorrência de um ato de um agente público, ou de uma omissão da Administração, vem a ocorrer um prejuízo a um sujeito de direito, nasce aí o dever do Estado de ressarcir o prejuízo sofrido. (FEDERIGHI, 2001, p. 131)

Dentre os diversos *tipos de responsabilidade*, esta é classificada como *extracontratual*. Ou seja, não decorre de *contrato entre as partes*, e sim do simples fato de ter o paciente ocorrido a hospital público para ser atendido. É espécie de *responsabilidade civil*, por serem os prejuízos dela decorrentes de natureza eminentemente *patrimonial*, embora seja possível falar também em dano puramente *moral*.

A responsabilidade civil do Estado é, assim, o *dever estatal de ressarcir particulares por prejuízos civis e extracontratuais experimentados em decorrência de ações ou omissões de agentes públicos no exercício de sua função administrativa*⁴.

Os *tipos de danos* que podem decorrer dessa responsabilidade são os *materiais*, *morais* e também os *estéticos*; estes últimos bastante trazidos à baila quando se trata da responsabilidade civil médica, em especial na área da *cirurgia plástica*⁵.

No atual momento, o mundo ressenete-se de uma *pandemia* de Covid-19, por conta do novo coronavírus. No Brasil, a pandemia já levou à edição da Portaria nº 454, de 20 de março de 2020, pelo Ministério da Saúde, que declarou, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária desse vírus mortal. No estado de São Paulo, foi baixado o Decreto Estadual nº 64.879/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública decorrente dessa pandemia.

A possibilidade de ser o Estado responsabilizado por ações ou omissões de seus agentes, diante dessa pandemia, cresceu exponencialmente.

⁴ Hely Lopes Meirelles define a responsabilidade civil do Estado como sendo “a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal” (MEIRELLES, 2015, p. 762). Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, define a responsabilidade civil como “a obrigação que lhe incumbe [ao Estado] de reparar economicamente os danos causados a terceiros e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos” (MELLO, 1980, p. 252).

⁵ Teresa Ancona Lopes de Magalhães define que o *dano moral* existe em contraposição ao *dano material*; este é “o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens e valores que não têm conteúdo econômico” (MAGALHÃES, 1980, p. 7).

A mesma autora apresenta percutiente análise do que é o *dano estético*: qualificando-o, acertadamente, como espécie de dano moral. É o que se verá, mais adiante, ao ser analisado esse tipo específico de dano (MAGALHÃES, 1980, p. 28).

Importa, assim, a análise do tema, em face da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes, para bem se posicionar a matéria em face da dura realidade que ora se enfrenta.

I. Evolução histórica

A responsabilidade civil do Estado passou por várias fases no campo do Direito Administrativo até chegar à fase atual.

A admissão da existência da responsabilidade civil do Estado, em tão amplo espectro, é fruto de lenta evolução. Em verdade, José de Aguiar Dias separa as *três diferentes fases* da evolução da ideia de responsabilidade civil do Estado, basicamente, em: 1^a) *fase da irresponsabilidade*; 2^a) *fase civilística*; 3^a) *fase do direito público*. Passa-se ao exame de cada uma delas.

1^a) *Fase da irresponsabilidade*. De início, verificava-se a concepção política-teológica da origem divina do poder; o soberano era “Deus na Terra”. Se Deus não erra, era de se esperar que tal atributo se estendesse aos governantes nomeados por Ele. Assim, prevalecia a tese de que “*the king can do no wrong*”, ou “*le roi ne peut mal faire*” (“o rei não erra”). Era a fase da *irresponsabilidade do Poder Público* pelos seus atos⁶.

O Estado, assim, não respondia por danos causados a particulares, em virtude de suas atividades. Admitia-se, quando muito, a responsabilidade *individual* do agente público causador do prejuízo, em virtude de seu comportamento pessoal. Abstraía-se a sua relação com a Administração Pública.

Sobre essa fase, dizia José de Aguiar Dias (1987) que a irresponsabilidade advinha de noção de fundo essencialmente absolutista. Segundo o autor, Paul Duez assinala, por exemplo, que, já vigente a Constituição do ano VIII, os particulares não tinham à sua disposição senão procedimento fundado na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes perante os tribunais judiciários. Acrescenta que a autorização para a demanda era manejada como processo governamental e que, frequentemente, como hoje, o funcionário era insolúvel (DIAS, 1987).

Sobre o tema no direito italiano, observam os autores Giorgio Losco e Paolo Mariotti:

La pubblica amministrazione opera, come noto, attraverso organi dello Stato civili o militari, attraverso organi Regionali, Provinciali, Comunali. Nello svolgimento della propria varia e composita attività può arrecadare danni a terzi. In passato l'ordinamento giuridico escludeva si potesse agire per danni nei confronti della Pubblica Amministrazione in base al principio che questa, dati gli scopi che perseguiva non poteva commettere atti antiggiuridici e quindi attributivi di responsabilità. Non solo ma si voleva evitare che altri organi ancorché espressivi di altri poteri dello Stato potessero sindacare sull'attività della P.A. Al massimo erano consentiti ricorsi in via gerarchica ovvero avanti ad altri organi della P.A. (LOSCO; MARIOTTI, 1995, p. 25).

José de Aguiar Dias lembrava, outrossim, que o sistema de irresponsabilidade absoluta do Estado

⁶ Também o lembra Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2007).

*[...] persiste na Inglaterra e nos Estados Unidos. No primeiro destes países vigora a regra *The King can not do wrong*, em face da qual não há possibilidade de acionar o rei ou funcionários diretamente dependentes dele com base na responsabilidade civil. Há leis que excluem certos funcionários (juizes, autoridades policiais, sanitárias e alfandegárias) de toda e qualquer responsabilidade, a menos que incorram em culpa grave. O sistema inglês estabelece, ainda, uma série de dificuldades às ações contra os funcionários: prescrição breve, direito outorgado ao funcionário acionado de oferecer ao autor determinada composição pecuniária. (DIAS, 1987, p. 651)*

E, mais adiante:

*Nos Estados Unidos, subsiste o sistema da responsabilidade do funcionário e da irresponsabilidade do poder público, legado pelo direito inglês. A *petition of rights* tem seu similar num processo especial perante a *Court of Claims*, fundada em 1855, o que substituiu os antigos procedimentos propostos ante o próprio Congresso. A própria *Court of Claims* esteve submetida a princípio à aprovação do Congresso, datando de 1863 a sua consagração como jurisdição autônoma, salvo alguns casos de recursos para a Corte Suprema. (DIAS, 1987, p. 653)*

2^a) *Fase civilística*. Passou-se pela *teoria da responsabilidade subjetiva*, também conhecida como *teoria da responsabilidade com culpa*, *teoria intermediária*, *teoria mista* ou *teoria civilista*, em que haveria necessidade de *prova* de culpa do agente público causador do dano. Ela foi adotada de 1874 até 1946, apoiada na lógica do Direito Civil; o fundamento da responsabilidade é a noção de *culpa*. Assim, tal teoria foi superada em face da dificuldade gerada pela *hipossuficiência do administrado* diante do Estado.

Buscava-se fixar a diferença entre os *atos de império* e os *atos de gestão* praticados pelo Estado.

Nestes últimos, segundo Yussef Said Cahali,

[...] o Estado equipara-se ao particular, podendo ter a sua responsabilidade civil reconhecida nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos, lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido, ou não, culpa do funcionário; havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano. (CAHALI, 1988, p. 365)

Weida Zancaner Brunini mostra as razões da decadência dessa teoria:

A doutrina civilista muito contribuiu à evolução da responsabilidade do Estado; todavia a necessidade da ocorrência de culpa, bem como a necessidade da individualização do agente culpado, tornava frágil o direito do lesado, sendo que, muitas vezes, a ação deste era virtualmente impossível, pois, uma vez não dispondo de meios para localizar o agente culpado, tinha sua pretensão denegada pelos tribunais, não recebendo portanto guarida, em muitos casos, a justa

pretensão ressarcitória do lesado, que se via privado de remédio legal que sanasse suas perdas. (BRUNINI, 1981, p. 24-25)⁷

3^a) *Fase do direito público.* Nessa fase, segundo José de Aguiar Dias (1987),

[...] se afirma a predominância do direito social, a que deu impulso e sistematização o notável trabalho da jurisprudência do Conselho de Estado francês, cuja ação, na autorizada análise de Paul Duez, se pode caracterizar por estas duas proposições: 1^a) A responsabilidade da Administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa, para resultar em teoria autônoma, da “falta do serviço público”, cujos traços o Conselho de Estado cada dia mais acentua e precisa; 2^a) Secundariamente, uma concepção original da responsabilidade fundada no risco se projeta ousada e sucessivamente em diversas direções. (DIAS, 1987, p. 660-661)

Nessa fase, sobreveio a *teoria da responsabilidade objetiva*, vigorando de 1947 até os dias atuais. Também conhecida como *teoria da responsabilidade sem culpa* ou *teoria publicista*, ela afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público, fundamentando o dever de indenizar na noção de *risco*. Ou seja, quem presta um serviço público *assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo*.

A discussão sobre a existência de *culpa* ou *dolo* transfere-se para a *ação regressiva*, a ser intentada pelo Estado contra o agente público causador do dano, após a condenação judicial na *ação indenizatória*.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1980) e José Cretella Júnior (1984) destacam como início do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado o denominado “Caso Blanco”. O último autor acima citado afirmava que,

[...] no ano de 1873, uma menina, Agnès Blanco, ao cruzar os trilhos que cortavam uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por um vagão da “Companhia Nacional de Fumo”, que transportava matéria-prima de um para outro edifício. Esta Companhia pertencia ao Estado [...]. O Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de responsabilidade decorrente do mau funcionamento do serviço público. (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 280-281)⁸

No tocante ao surgimento da *teoria da responsabilidade objetiva*, é novamente José Cretella Júnior quem observava que tal teoria

⁷ Ainda sobre o tema, Nelson e Rosa Nery lembram: “A CF 37 § 6º estabelece *regime único* da responsabilidade civil da administração pública, que é *objetiva* pelo *risco*, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva do agente ou servidor. Desde a CF/1946, que instituiu a responsabilidade objetiva do Estado, não se encontra mais em vigor o CC/1916 15, que não foi recepcionado. O revogado (por não recepção) CC/1916 15 previa a responsabilidade subjetiva do Estado. No direito vigente é inadmissível a consideração da *culpa* (responsabilidade subjetiva) para afirmar-se o dever de o Estado indenizar” (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 360).

⁸ No mesmo sentido era o entendimento de Celso Ribeiro Bastos (1995).

[...] entende a responsabilidade como a situação resultante do próprio fato, como consequência do risco criado, sem indagar da conduta do agente, sua negligência ou imprudência. [...] A teoria do risco integral, colocando de lado a investigação do elemento pessoal, intencional ou não, preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares praticados por agentes no exercício normal de suas funções. (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 296)

II. As teorias referentes à responsabilidade civil do Estado

Hely Lopes Meirelles examinava as diversas teorias a respeito da doutrina do direito público, no tocante ao tema da responsabilidade civil do Estado, afirmando que, basicamente, seria possível falar em *três teorias*: a) teoria da *culpa administrativa*; b) teoria do *risco administrativo*; c) teoria do *risco integral*. A primeira

[...] representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. (MEIRELLES, 2015, p. 764)

Ainda segundo o autor, essa teoria estabeleceu o binômio “falta de serviço – culpa da Administração”. Sua falha seria exigir da vítima que, além de suportar a lesão sofrida, viesse a comprovar a falta de serviço para obter a indenização.

Quanto à *teoria do risco administrativo*, vê-se que, atualmente, esta é a que goza do maior prestígio entre os doutrinadores. Parte do princípio de que *é dispensada a prova da culpa da Administração, por parte da vítima, para que possa a mesma pleitear uma indenização do Poder Público*⁹; entretanto, permite a este que *“demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização”* (MEIRELLES, 2015, p. 765). Ou seja, a Administração poderá sempre “demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização” (MEIRELLES, 2015, p. 765)¹⁰.

Trata-se, à evidência, da teoria que melhor aborda o tema, pois, se de um lado é justa para com a vítima, a parte mais fraca da equação, desonerando-a de provar a culpa do agente público pelo ato que, alegadamente, lhe tenha causado danos; por outro lado permite à Fazenda Pública a comprovação de que tais fatos não se deram por culpa de seu agente, desonerando-se de qualquer dever de reparar o dano.

A respeito, José Afonso da Silva observa:

Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois

⁹ A respeito do tema, José Celso de Mello Filho, analisando a Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, aduzia, no tocante ao art. 107: “O texto constitucional institui a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e consagra a teoria do risco administrativo. Nesse sentido: RDA, 55:261, 58:319, 97:177; RT, 201:163, 255:328, 382:138, 449:104, 273:700, 330:270” (MELLO FILHO, 1986, p. 320).

¹⁰ No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes (2008).

a obrigação de ressarcir-los, por parte da Administração ou entidade equiparada, fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. (SILVA, 2002, p. 107)

Por último, verifica-se a *teoria do risco integral*. Hely Lopes Meirelles lembra, a propósito, que se trata de

[...] modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. (MEIRELLES, 2015, p. 765)

Como foi dito, essa teoria foi relegada ao esquecimento.

A *teoria da responsabilidade objetiva* demanda três requisitos: a) *ato ou omissão do agente público*; b) ocorrência efetiva de *dano*¹¹; c) *nexo causal entre um e outro*. Exige tal teoria apenas um *fato do serviço*, causador de danos ao particular¹².

III. Disposições legais específicas sobre o tema

No Código Civil de 2002, enfatiza-se a aplicação da *teoria objetiva* para os danos causados pelo Estado. Diz o art. 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

O Código Civil de 1916 já trazia disposição assemelhada, em seu artigo 15, com a ressalva de que, ao invés de *agentes*, referia-se o texto a *representantes*, além de enfatizar que estes deveriam proceder *de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei*.

Vê-se, assim, que tal dispositivo consagrava a *teoria da culpa* como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Dissertando a respeito, Hely Lopes Meirelles (2015) aduzia que:

A imprecisão do legislador, todavia, propiciou larga divergência na interpretação e aplicação do citado artigo, variando a opinião dos juristas e o entender da jurisprudência, entre os que viam nele a exigência da demonstração da culpa civil da Administração e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a

¹¹ Como um dos elementos cruciais da própria responsabilidade civil, é definido por Rubens Limongi França como sendo “a diminuição ou subtração causada por outrem, de um bem jurídico” (FRANÇA, 1991, p. 881). Dentro dessa definição, é possível dar um escopo bastante largo ao *dano*, considerando-o não só sob o seu aspecto patrimonial, como também *moral*, estando o referido *dano moral* consagrado, nos dias atuais, pela própria Constituição Federal (art. 5º, V).

¹² Sobre o tema, Alexandre de Moraes observa: “Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência de dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal” (MORAES, 2008, p. 366).

responsabilidade civil sem culpa, em determinados casos de atuação lesiva do Estado. (MEIRELLES, 2015, p. 766)

O autor arrematava:

Temos para nós, que o questionado art. 15, nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos, a demonstração desse elemento subjetivo, para a responsabilização do Estado. (MEIRELLES, 2015, p. 766)

Assim, é de se entender que prevaleceu a doutrina subjetiva até o advento da Constituição de 1946, em especial de seu artigo 194, que acolheu a teoria objetiva do risco administrativo. É autorizado concluir-se que, *antes* disso, prevalecia a teoria subjetiva, inclusive consagrada no Código Civil de 1916, em seu art. 15.

No art. 37, parágrafo 6º, da atual Constituição Federal, a questão vem posta da seguinte forma:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal dispositivo segue a linha de seus antecessores (art. 194 da Constituição Federal de 1946 e art. 107 da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969), consagrando a *teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública* sob a modalidade do *risco administrativo* (não se chegou à extremada teoria do risco integral, felizmente).

É importante observar, a propósito, que o texto da Constituição Federal de 1967 (com a Emenda de 1969) colocava a expressão *funcionários*, sendo certo que a atual, de 1988, refere-se a *agentes*, expressão de âmbito mais abrangente do que a anterior. De qualquer forma, o conceito de *funcionário público*, já para o texto constitucional anterior, era, segundo o entendimento de José Celso de Mello Filho, “amplo, abrangendo todos quantos exerçam a função pública, seja em caráter permanente ou não. Nesse sentido: RDA, 33:84, 13:123, 45:348, 24:246; RT, 159:153, 177:671, 181:316, 224:222, 227:203, 234:410” (MELLO FILHO, 1986, p. 321).

Destarte, para os fins do presente trabalho, é óbvio que o agente prestador de serviços médicos da área pública, seja qual for sua função, *é agente público, ocasionando suas ações ou omissões, que causem dano a terceiros, responsabilidade civil do Poder Público.*

Inova o texto constitucional, quanto ao anterior, ao incluir as *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, o que inexistia no art. 107, *caput*, da CF/67, com a Emenda Constitucional de 1969. Destarte, a nova Constituição *amplia* o leque de entes da Administração Pública sujeitos à teoria do risco administrativo¹³.

¹³ Sobre o tema, discorre José Afonso da Silva: “O direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação de a Fazenda Pública compor os danos que os seus servidores, nesta qualidade, causem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente. Agora, a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas, de direito privado, que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as

Na verdade, sob a égide da CF/67, *já se considerava existente a responsabilidade civil objetiva das referidas pessoas jurídicas*, ainda que sem a literalidade do texto constitucional atual. É novamente José Celso de Mello Filho que escreve:

A responsabilidade civil das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por atos danosos praticados na execução dos serviços públicos, é objetiva. Em caso de insolvência dos entes paraestatais, o Poder Público responde subsidiariamente, de modo integral e objetivo. Nesse sentido: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Prestação de serviços públicos e administração indireta, 2. Ed., Revista dos Tribunais, 1979, p. 118-20 e 141-2; HELY LOPES MEIRELLES, Direito administrativo, cit., p. 626. Contra: RT, 535:199. (MELLO FILHO, 1986, p. 321)

IV. Excludentes da responsabilidade civil

Como o Direito Administrativo brasileiro adota a *teoria do risco administrativo*, são admissíveis as denominadas *excludentes* da responsabilidade civil estatal.

Conquanto prevaleça a responsabilidade *objetiva* do Estado, em casos em que poderá, ao se defender, tentar demonstrar a inexistência de culpa de seus prepostos pelo *evento danoso*, produzindo prova em juízo que demonstre não ter o funcionário agido com culpa, nem incorrido em omissão quando deveria agir. Para tanto, deverá demonstrar a existência de uma das referidas *excludentes* da responsabilidade civil.

São elas:

- a) *Culpa exclusiva ou concorrente da vítima* – Dá-se quando o prejuízo é consequência de *intenção deliberada do próprio prejudicado*, ou, no mínimo, de *falta a ele atribuível*. No caso de responsabilidade civil médica, admite-se como exemplo o caso de paciente que não segue as recomendações de seu médico, ou mesmo que, internado em hospital público, vem a cometer suicídio. Nos casos de *culpa concorrente*, a solução é diferente. Nesses casos, a vítima e o agente público têm a denominada *culpa recíproca*, ocasionando o prejuízo. Resolve-se usualmente com a produção de *prova pericial*, para o fim de verificar quem foi o maior culpado. Faz-se um processo de *compensação de culpas*. A culpa concorrente *não é excludente da responsabilidade estatal*, mas mero fator de *mitigação ou causa atenuante* da mesma, como dispõe o art. 945 do Código Civil de 2002;
- b) *Força maior* – Cuida-se de um acontecimento *involuntário, imprevisível e incontrolável*, que rompe o nexo de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo sofrido pelo particular. No caso em pauta, é admissível como exemplo a imprevista falta de energia elétrica, em meio a uma cirurgia, causada por tempestade (fato da natureza). Outrossim, no denominado *caso fortuito*, o dano é decorrente de *ato humano ou de falha da administração*. Como exemplos poderiam ser citados o rompimento de adutora, causando a falta de água no

autorizatórias de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade pelos danos causados a terceiros" (SILVA, 2002, p. 107).

nosocômio, ou a pura e simples falta de medicamentos específicos, por incúria da administração. *A força maior exclui a responsabilidade estatal; o caso fortuito, contudo, não a exclui;*

- c) *Culpa de terceiro* – O prejuízo pode ser atribuído a *pessoa estranha aos quadros da Administração Pública*. Como exemplo poderia ser citado o caso de insano que invade hospital público e ataca pacientes indefesos, antes de ser contido por seguranças. Contudo, nesses casos, o Estado ainda pode responder, no caso de restar comprovada a sua culpa. Por exemplo, no caso acima citado, tendo a segurança sido alertada dos fatos, sem, contudo, tomar providências¹⁴.

Nos três casos acima, temos a *exclusão de causalidade*, rompendo-se o *nexo causal* entre a conduta da parte e o resultado lesivo¹⁵.

V. O dano. Considerações sobre a atividade médica. A obrigação de meio e a de resultado

Não se pode falar em responsabilidade civil, mesmo do Estado, se inexistente o *dano*. Trata-se, como dizia Yussef Said Cahali, de um dos “*pressupostos da pretensão ressarcitória*” (p. 374); ou seja, o **evento danoso** (*eventus damni*), que deve vir sempre junto com os outros dois: o **nexo de causalidade** e a **qualidade de agente público na prática do ato** (CAHALI, 1988). Destarte, o *dano* é um dos pressupostos para que a vítima possa ser indenizada pelo responsável.

Bem precisa, a propósito, é a lição de Rubens Limongi França. Segundo ele, dano “é a diminuição ou subtração causada por outrem, de um bem jurídico” (FRANÇA, 1991, p. 881).

No direito italiano, temos a lição de Alberto Trabucchi, o qual, citando decisão da *Cassazione*, afirma que esta

[...] ha stabilito che il danno non consiste nella distruzione o nel deterioramento di una cosa, bensì nell'effettiva diminuzione che si subisce calcolando la differenza tra il valore attuale della situazione dell'avente diritto e quello che essa avrebbe avuto se non fosse intervenuto il fatto danoso. (TRABUCCHI, 1992, p. 201)

Os conceitos de *dano* e de *responsabilidade civil* são estreitamente ligados. Tal é a constatação, também, de Rubens Limongi França, para quem a responsabilidade civil é,

¹⁴ É ainda Alexandre de Moraes quem lembra, a propósito do tema, que o princípio da responsabilidade objetiva “não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA137/233 – RTJ 55/50)” (MORAES, 2008, p. 367).

¹⁵ Verifique-se, a propósito, a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Indenização - Danos morais e estéticos decorrentes de complicações da enfermidade da paciente - Verba indevida dada a ausência de demonstração da imperícia ou desidía da equipe médica de hospital público - Concessão, entretanto, da assistência médico-hospitalar” (Ap. 96.02.36297-9/RJ – 4ª T. – j. 08.10.1997 – rel. Des. Federal Clélio Erthal – DJU 30.04.1998 – Publicado na *Revista dos Tribunais*, volume 754/437, ano 87, agosto de 1998). A ementa da redação está assim redigida: “A responsabilidade civil das pessoas de direito público decorre da ação danosa de seus servidores. Portanto, não comprovado que as complicações da enfermidade da paciente foram ocasionadas por imperícia ou desidía da equipe médica de hospital público, incabível a indenização por danos morais e estéticos, fazendo jus, entretanto, à assistência médico-hospitalar, compreendendo internação, intervenções cirúrgicas e acompanhamento”.

sinteticamente, “a obrigação de pagar o dano” (FRANÇA, 1991, p. 881). De outro lado, o dano, ainda segundo o renomado mestre, “pode ser **patrimonial** ou **moral**, conforme seja ou não, por natureza, redutível a uma soma pecuniária” (FRANÇA, 1991, p. 881).

Os danos causados a terceiros por conta da atividade de prestação de serviços médicos são de amplo espectro. Tanto pode ocorrer dano a paciente submetido a uma cirurgia em hospital público, como pode ocorrer dano simplesmente pelo fato de o paciente estar internado em um hospital e lá ocorrer um acidente, ou, ainda, um mal atendimento por parte de funcionário ou uma agressão física por parte de outro(a) paciente, como em um dos casos que adiante será citado.

A propósito, Miguel Kfoury Neto (2003) lembra o teor do Código Civil Brasileiro de 1916, que enumerava as atividades de *médico*, *cirurgião*, *dentista*, *farmacêutico* e *parteira* como as que podem causar danos a pacientes e, em consequência, gerar a responsabilidade civil. Tal autor ainda lembra que “a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando a cura total” (KFOURY NETO, 2003, p. 61).

A *responsabilidade civil do médico* é, em regra, *subjéctiva*. Tem natureza *contratual*, na medida em que o paciente procura o médico com o objetivo de obter tratamento para os seus males. José de Aguiar Dias lembra: “[...] a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. [...] Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos” (DIAS, 1987, p. 281-282). O autor referia-se ao Código Civil de 1916.

Entretanto, isto se dá quando existe *relação direta paciente/médico*, o que não se aplica quando o paciente procura atendimento em um *hospital público*. Fundando-se, nesse caso, a responsabilidade no *risco administrativo*, esta será a mesma *responsabilidade objetiva*, *invertendo-se o ônus da prova* - quando então cabe ao autor da ação apenas provar a existência da *ação ou omissão* do réu, além do *resultado danoso*, sendo a culpa do réu, nesse caso, presumida.

O autor, então, não irá processar diretamente o *agente causador do dano*, como seria no caso da referida relação contratual. *Processará, isto sim, a Fazenda Pública - estadual, municipal ou federal*, de acordo com o hospital ou a qualificação de funcionário público do agente causador do dano.

É importante, outrossim, que, para se caracterizar a responsabilidade civil do Estado, além do *dano*, da *conduta do agente* e do *nexo de causalidade entre os dois*, estejam presentes a *negligência*, a *imprudência* ou a *imperícia* na conduta (ou omissão) do agente, como se vê no texto do art. 951 do Código Civil de 2002.

A *negligência* é a conduta do agente que se apresenta em total oposição à *diligência*, atitude que deve ser atribuída ao profissional competente, consciente; é a antítese da atitude que pode ser considerada como aquela do *bonus pater familias*, do homem de princípios, que atua com consciência. A negligência anda de mãos dadas com a *desatenção* e a *distração*, por conta da atividade convulsiva dos tempos modernos. É um comportamento que denota insensibilidade, superficialidade ou falta de senso de dever no confronto com os problemas do paciente. O profissional desatento e negligente, especialmente em atividade de tanta importância como a médica, pode acarretar danos às vezes irreparáveis a seus pacientes.

A *imprudência* consiste na não previsão das consequências danosas das próprias ações, contradizendo, assim, os preceitos de elementar prudência. Sob o aspecto médico-legal, é imprudente o agente da área de saúde que não avalia com atenção suficiente a relação risco-benefício da própria conduta.

Já a *imperícia* é o comportamento incompatível com o mínimo de conhecimento e experiência que se pode esperar da parte de quem seja habilitado ao exercício de sua profissão. Assim, no tocante ao tema específico deste trabalho, é de se considerar imperito o médico que demonstra não conhecer noções fundamentais ou não possuir atualização nas áreas clínica, diagnóstica e terapêutica, já consolidadas na *praxis* médica.

No direito italiano, novamente Giorgio Losco e Paolo Mariotti (1995) aduzem que o erro do médico *especialista* deve ser avaliado com mais severidade do que aquele do médico clínico geral,

[...] *in considerazione di quel superiore grado di conoscenza, abilità o perizia che sono proprie del titolo specialistico, per il cui conseguimento è richiesto un corredo culturale e sperimentale e una capacità personale di scienza ed esperienza.* (LOSCO; MARIOTTI, 1995, p. 147)

Tanto lá como cá, a atividade do médico é considerada como *obrigação de meio*, e não de *resultado*, reservando-se a esta última apenas a atividade do cirurgião plástico. Ou seja, para a atividade médica em geral, o que se espera do profissional é a *diligência*, o *compromisso* com o exercício dessa atividade, empregando o profissional todos os meios disponíveis e todos os conhecimentos que possui para dar a seu paciente o melhor resultado possível; não sendo cabível esperar-se que prometa a um doente a cura de seus males (em especial se os mesmos são de considerável gravidade). Deve o médico, assim, empenhar-se com a diligência exigida da natureza da sua atividade e pela gravidade da moléstia combatida, não lhe sendo exigido, contudo, que obtenha a cura da mesma, mas que demonstre ter se empenhado nesse mister.

No tocante à referida atividade do *cirurgião plástico*, é compreensível que seja a mesma *obrigação de resultado*. Como a maioria imensa das cirurgias plásticas é *eletiva*, não espera o paciente sair da mesa de cirurgia pior do que entrou. Isso é evidente, malgrado os protestos reiterados da classe dos médicos dessa especialidade.

Apenas pode ser considerada tal atividade como *obrigação de meio* em casos específicos. Por exemplo: uma jovem ter seu rosto desfigurado por ataque de um cachorro feroz. Nesse caso, muitas vezes a cirurgia feita é de emergência, com o objetivo de reparar danos mais sérios, visando restaurar o rosto da paciente o quanto possível. É o que ocorre também em casos de acidentes de automóvel, queimaduras, entre outros. Nesses casos, a obrigação do cirurgião é de *meio*; ou seja, de fazer o *melhor possível, dentro das circunstâncias*.

Tais observações são feitas *a latere*, pois, usualmente, a cirurgia plástica eletiva desenvolve-se em clínicas particulares, não em hospitais públicos.

VI. Danos por omissão

Há casos em que o Estado deixa de agir, não logrando impedir um resultado lesivo. É o denominado *dano por omissão*, em oposição ao *dano por ação de agente público*.

Vários exemplos a respeito do tema podem ser lembrados, no que tange à responsabilidade civil do Estado, em geral. Assim, recorrentes são os casos de *enchentes*, em época de chuvas fortes, quando então ocorrem os *alagamentos*, com as consequentes perdas materiais sofridas pela população; tais alagamentos usualmente ocorrem pela confluência dos fatores *chuvas fortes* e *falta de obras adequadas para conter os seus efeitos*, como a limpeza de bocas-de-lobo, piscinões etc. Também é comum a *queda de árvores*, muitas vezes ligada à referida época de chuvas, mas, na maioria das vezes, à falta de tratamento adequado dessas árvores, usualmente tomadas por cupins e outras pragas que as enfraquecem.

Também podem ser lembrados os conhecidíssimos *buracos na via pública*, que infernizam a vida de todos os motoristas, bons e maus; e, em se tratando de responsabilidade civil médica, a *omissão de socorro*; a *falta de controle do funcionamento de máquinas de suporte de vida*, entre outras.

O que há em comum em todos esses casos? A resposta: a *inexistência de ato estatal* causador de prejuízo.

Há, isto sim, *inação, ausência de atividade do Estado*, quando *deveria* agir para evitar a ocorrência de danos à população.

Os danos por omissão são indenizáveis quando configurada a *omissão dolosa ou culposa*. Ou seja, nos casos de *omissão dolosa*, o agente encarregado de praticar a conduta *decide omitir-se, deixando de evitar o prejuízo*; nos casos de *omissão culposa*, a falta de ação do agente deriva de sua *negligência* na forma de exercer a sua função administrativa. Na área da responsabilidade civil do Estado prestador de serviços de saúde, pode ser lembrado o exemplo do médico plantonista ou do enfermeiro que adormecem em serviço, não conseguindo, por isso, evitar a morte de paciente.

Como se trata de *responsabilidade civil objetiva*, tal qual visto no início deste trabalho, o que se tem entendido é que, nesses casos, deve se operar a *inversão dos ônus da prova*. Ou seja, para se desonerar da obrigação de ressarcir o dano causado por tal omissão, cabe ao Estado, para derrubar a presunção de sua culpa, comprovar que não agiu com culpa ou dolo.

No atual momento, com a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), têm sido registrados diversos casos em que pacientes são diagnosticados açodadamente como portadores de simples gripes (ou “gripezinhas”...) e dispensados para se tratarem em suas casas – e, com a evolução da doença, chega-se a um resultado letal.

A omissão, nesses casos, ocorre pelos conhecidos fatores de *imprudência, imperícia* ou *negligência* - ocasionando, de qualquer forma, a responsabilidade civil do Estado, caso se comprove o nexo de causalidade com o resultado danoso.

VII. Dano moral e dano estético

O *dano moral* pode ser considerado como sendo o *dano não-patrimonial*; é aquele que *não se pode considerar como puramente econômico*. A maioria dos juristas que se debruçam sobre o delicado tema associa-o a sentimentos como *dor, tristeza, angústia* e outros semelhantes. E, malgrado mais recentemente venha ganhando maior destaque, tanto na doutrina como na jurisprudência, o dano moral *não é novidade*; o próprio Código Civil brasileiro de 1916 trazia diversos artigos que, ainda que indiretamente, o consagravam

(ver, por exemplo, os artigos 1543, que referia-se ao *valor de afeição* da coisa esbulhada que o esbulhador não mais pode devolver; 1549, que tratava da *violência sexual e ultraje ao pudor*; e, especificamente, o artigo 1538, que se referia ao *dano estético*). Veio a ganhar foros de maior notabilidade devido ao texto da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, inciso V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem” (grifo meu).

Segundo Teresa Ancona Lopes de Magalhães, “a definição de dano moral tem que ser dada sempre em contraposição a dano material, sendo este o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens ou valores que não têm conteúdo econômico” (MAGALHÃES, 1980, p. 7).

Agostinho Alvim (1965) traz à baila o conceito de Gabba do dano moral, ou não-patrimonial, como sendo o “dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio” (p. 215). E é ainda o mesmo autor quem fazia acendrada defesa do dano moral, afirmando:

Dizer que, se o dano moral não repercutir no patrimônio, deixará de ser indenizável, é negar, pura e simplesmente, indenização por dano moral, porque somente o dano que não repercute no patrimônio é dano moral. O outro é patrimonial. (ALVIM, 1965, p. 217)

O *dano estético*, outrossim, não sendo dano que se possa considerar como sendo *puramente patrimonial*, há de ser efetivamente considerado como sendo uma *espécie de dano moral*.

A propósito, também diz Teresa Ancona Lopes de Magalhães:

Em resumo, diríamos que o dano estético é a lesão a um direito da personalidade - o direito à integridade física, especialmente na sua aparência externa. Como todo direito da personalidade, qualquer dano que o seu titular possa sofrer vai ter consequências materiais mas, principalmente, morais e, portanto, não podemos conceber prejuízo estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa a partir do momento da lesão está menos feliz do que era antes ou, como quer Minozzi, o dano vem perturbar “il nostro stato di felicità”. Portanto, tal ofensa não pode ficar impune e, dentro do campo da responsabilidade civil, a sua reparação tem que ser a mais integral possível para que, caso não possam as coisas voltar ao estado em que se encontravam antes, tenha a vítima do dano, pelo menos, alguma satisfação ou compensação e, desta forma, possa ver minorado o seu padecimento. (MAGALHÃES, 1980, p. 28)¹⁶

¹⁶ Não apenas no direito brasileiro admite-se a indenização por dano puramente moral. O art. 2.059 do *Codice Civile* italiano, por exemplo, estabelece que “il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”, admitindo, portanto, o seu ressarcimento. Sobre essa questão, diz Alberto Trabucchi: “proprio a questo proposito, e cioè riguardo alla valutazione dei beni che formano oggetto di risarcimento tra le conseguenze sanzionatorie di un illecito, stiamo assistendo a una profonda evoluzione, che si esprime già nell’interpretazione più larga di una norma, l’art. 2059, la quale pone dei limiti alla considerazione dei ‘danni non patrimoniali’” (TRABUCCHI, 1992, p. 203).

Silvio Rodrigues, para justificar a indenização da vítima, em casos de dano moral e dano estético, trazia à baila a seguinte argumentação:

A ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nesta hipótese há que se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão. (RODRIGUES, 1981, p. 194)

O dano moral, o qual engloba também o dano estético, é, assim, o dano não patrimonial, não econômico, sendo considerado como indenizável, lançando-se mão de indenização em pecúnia, no mais das vezes, como forma de compor-se tal patrimônio danificado.

Pois bem.

O art. 37, § 6º, da CF/88, como já aduzido, traz à baila a responsabilidade civil do Estado, pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. E o Estado também presta serviços na área da saúde, havendo grande número de hospitais públicos, federais, estaduais e municipais, em funcionamento em nosso país.

Caso haja dano – patrimonial ou moral – causado a paciente de um desses hospitais, em virtude de ação ou omissão de agente público da área da saúde (não se cingindo essa categoria, por óbvio, aos médicos), caberá indenização ao paciente prejudicado, aplicando-se a teoria do risco administrativo. Admite-se que o Estado possa produzir prova em sua defesa, no sentido de desonerar-se da responsabilidade em questão, caso consiga comprovar que seus agentes não se houveram com culpa, incidindo alguma das hipóteses das excludentes de responsabilidade civil (*culpa exclusiva* ou *concorrente da vítima, força maior e culpa de terceiro*).

A comprovação da existência de uma dessas hipóteses causaria a *desoneração da culpa do Poder Público* em semelhante caso¹⁷.

VIII. Ação indenizatória. A indenização

A ação indenizatória é aquela proposta pela vítima contra a pessoa jurídica à qual pertence o agente público causador do dano (in casu, o profissional da área médica que teria atendido o paciente ou a pessoa lesada em questão).

Assim, tendo ocorrido dano a paciente, por exemplo, de hospital público municipal, cabível é o ajuizamento de ação de indenização contra a Prefeitura Municipal, responsável pelo hospital em questão, para o fim de obter de tal ente público a indenização correspondente ao dano causado.

O pedido administrativo de indenização pode ser formulado, mas não é necessário que a parte esgote as vias administrativas para levar a sua pretensão a Juízo. O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, é bem objetivo ao dispor no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁷ Vide, a propósito, decisão do TRF/2ª Região, citado neste trabalho, ao serem examinadas as excludentes da responsabilidade civil.

Dessa forma, em especial atenção a esse dispositivo, o Judiciário vem sistematicamente afastando alegações das Fazendas Públicas, no sentido de que os autores de ações indenizatórias, movidas contra elas, seriam carecedores de ação, por não terem formulado pedido administrativo, antes do ajuizamento das ações em questão¹⁸.

Indaga-se: é cabível o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente causador do dano?

O STF sempre entendeu que **não** (vide RE 327.904/SP, j. 15.08.2006, entre outros). A responsabilidade civil, *in casu*, há de ser do *ente público para o qual o agente, causador efetivo do dano, trabalha*. Assim como o Código Civil prevê a responsabilidade do patrão ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos, “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (art. 932, III, do Código Civil de 2002), *assim deve ser com relação aos danos causados por agentes públicos*, em face da teoria do *risco administrativo*, sendo descabido o ajuizamento de ações indenizatórias diretamente contra estes.

Isso não impede, outrossim, que, aqui e ali, surjam pedidos isolados, mais semelhantes a autênticas *aventuras jurídicas*, onde o autor da ação ajuíza-a diretamente contra o servidor que, alegadamente, causou-lhe o dano imputado.

Alexandre Mazza (2017) lembra, por outro lado, que há uma **posição isolada da 4ª Turma do STJ**, que admitiu o ajuizamento de ação direta de indenização contra agente público (REsp 1.325.862/PR), entendendo que é possível que o particular, vítima de ato danoso causado por agente público, venha a ajuizar ação de indenização contra: a) o *Estado*; b) o *agente público*; c) *ambos, em litisconsórcio passivo*.

O doutor Ministro relator entendeu que

a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

Tal tese, contudo, repita-se, é *absolutamente isolada*, contrariando a jurisprudência do STF e a majoritária *do próprio STJ*. Dessa forma, com a devida vênia da respeitável posição isolada, fica-se com a posição majoritária, mais consentânea com a doutrina e jurisprudência consagradas a respeito da matéria.

A ação de indenização, *in casu*, é processada pelo rito ordinário e usualmente demanda a produção de *prova pericial*, para o fim de se estabelecer se há *nexo de causalidade* entre o *ato* ou a *omissão* do agente público e o *dano* causado ao particular que se serviu dos serviços médicos fornecidos pelo Poder Público. É claro que outras provas podem ser admitidas, inclusive a prova oral; contudo, a mais contundente na formação da convicção do

¹⁸ A propósito dessa questão, Nelson e Rosa Nery assim dissertam: “Prévio esgotamento da via administrativa. Não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/1967 153 § 4º). Não é de acolher-se alegação da Fazenda Pública, em ação judicial, de que não foram esgotadas as vias administrativas para obter-se o provimento que se deseja em juízo (RP 60/224). Apenas quanto às ações relativas à disciplina e às competições desportivas é que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (CF 217 § 1º) [...]” (NERY JÚNIOR; NERY, 2009, p. 179).

jugador decerto há de ser a mencionada prova pericial, com o pronunciamento de *expert* da área médica, fornecendo ao magistrado subsídios para a séria decisão a ser tomada.

No que diz respeito à *indenização* a ser paga às vítimas de tal tipo de dano, a jurisprudência de nossos tribunais tem sido generosa, entendendo que deve ser a *mais ampla possível*, no sentido de se *restituir à vítima o mais que se possa ao seu estado físico anterior*, custeando-se os *tratamentos* necessários para tanto. Cirurgias, tratamentos médicos diversos, odontológicos, aparelhos ortopédicos etc.; tudo é admissível no intuito do restabelecimento da vítima ao seu *status* anterior à lesão causada pelo agente público. Da mesma forma, admite-se a condenação do Poder Público responsável pelo pagamento de *pensão mensal vitalícia*, incluindo-se aí o 13º salário, para o fim de compensar a vítima pela perda ou redução de sua capacidade laborativa. Cabível lembrar-se do *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002, que afirma que a indenização se mede *pela extensão do dano*.

O importante, assim, para que haja a correta indenização, é que ela seja *a que mais aproxime a vítima do estado anterior ao dano*. Ou, como observa Teresa Ancona Lopes de Magalhães:

Finalmente, deverá compor o prejuízo, a fim de que a indenização seja a mais completa possível, não só a verba destinada a cobrir a parte material do mesmo mas principalmente aquela a título de ressarcimento moral pelos danos à integridade física da vítima, que teve seus direitos humanos injustamente violados. (MAGALHÃES, 1980, p. 46)

O Código Civil Brasileiro de 1916 oferecia alguns parâmetros para a composição do dano, em especial nos seus artigos 1.538 a 1.540. O Código Civil de 2002 traz algumas inovações sobre a matéria, nos artigos 944/ 945 e 949 a 951.

O primeiro afirma que a indenização se mede pela *extensão do dano*, podendo o juiz reduzir equitativamente a indenização, no caso de haver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (parágrafo único).

O art. 945 trata da questão da *culpa concorrente*, abordada anteriormente neste artigo; tendo a vítima *concorrido culposamente para o evento danoso*, será reduzida a culpa do autor do dano. É possível fixar-se um valor substancialmente inferior àquele que seria devido, a título de indenização, caso o conjunto probatório aponte no sentido de ter a própria vítima concorrido para o resultado danoso. Um exemplo, na área da responsabilidade civil médica, seria o caso de o paciente *omitir informações* importantes, no que toca à sua saúde, redundando a mencionada omissão no surgimento ou no agravamento do dito resultado danoso.

No art. 949, encontram-se as disposições referentes às *lesões ou outras ofensas à saúde*, quando então “o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

O art. 950 cuida da *perda* ou da *redução da capacidade laborativa do ofendido*. Nesses casos, haverá necessidade de pagamento das *despesas com o tratamento e lucros cessantes*, até o *fim da convalescença*; da mesma forma, será necessário o pagamento da *pensão* correspondente à importância do trabalho para que a vítima se inabilitou, ou da *depreciação* que sofreu, podendo o prejudicado, se o preferir, exigir que a indenização seja *arbitrada e paga de uma só vez*.

Por fim, o art. 951 aduz que o disposto nos artigos 948 (que trata do caso de *homicídio*), 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, *no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho*.

Tais disposições aplicam-se perfeitamente à matéria *sub examine*, como exposto ao longo do texto.

IX. Denúnciação à lide e ação regressiva

O novo Código de Processo Civil, no art. 125, diz ser “admissível” a denúnciação (já não mais *obrigatória*) “àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”.

É alegadamente prejudicial aos interesses da vítima, por trazer ao processo discussão sobre *culpa ou dolo do agente causador do dano*, ampliando o âmbito temático da lide em desfavor da maior rapidez da solução do conflito.

A *doutrina majoritária* rejeita a possibilidade de denúnciação da lide em tais ações. Já a *jurisprudência majoritária* tem admitido a denúnciação do agente público como uma *faculdade* em favor do Estado.

A *ação regressiva*, por seu turno, é *proposta pelo Estado contra o agente público causador do dano*, nos casos de *culpa e dolo* (art. 37, parágrafo 6º, CF). Seu pressuposto é *ter o Estado sido condenado na ação indenizatória proposta pela vítima*.

A existência da possibilidade do ajuizamento dessa ação regressiva pelo Poder Público contra o agente causador do dano demonstra, ainda, a meu ver, que a tese desenvolvida pelo STJ no REsp 1.325.862/PR, referida alhures, não é, com a devida vênia, a que melhor soluciona a questão.

X. Jurisprudência sobre o tema

Os repertórios de jurisprudência dos diversos Tribunais brasileiros apresentam inúmeros casos de ações movidas contra o Estado, como prestador de serviços de saúde.

Assim, exemplificando, a Apelação Cível nº 134.973-1 consiste em caso em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) analisou pedido de indenização por cirurgia alegadamente mal feita em hospital público, que redundou em paralisação de um dos braços da autora da ação. Analisando o pedido, o TJSP assim se pronunciou: “Com efeito, a prova dos autos mostra que a apelada foi vítima de erro médico, devendo o Estado responder pelo fato ocorrido no Hospital do Servidor Público” (3ª Câmara Civil, relator o Desembargador Flávio Pinheiro, j. 19.02.91).

Em outro caso, o TJSP acolheu pedido de indenização formulado por paciente de hospital público que, internada em Hospital Psiquiátrico do Estado de São Paulo, vitimada por paralisia, veio a ser atacada por outra paciente, sofrendo lesões gravíssimas (arrancamento dos globos oculares). Tal caso é típico da denominada *omissão* do Poder Público, consistente, aqui, no seu dever de vigilância e custódia dos pacientes de referido hospital (Apelação Cível nº 52.655/1; 4ª Câmara Civil; relator o Desembargador Alves Braga; j. 18.10.84).

Ainda em outra oportunidade, o TJSP acolheu pedido de indenização, formulado por paciente que contraiu infecção durante internação em hospital, condenando este a

responder pelos custos do tratamento em outro hospital (Apelação Cível nº 234.259-2; 16ª Câmara Civil; relator o Desembargador Nelson Schiesari; j. 21.06.91).

No tocante, por exemplo, ao referido *dano estético*, o TJSP acolheu pedido de indenização de paciente que, submetida a mamoplastia, veio a apresentar deformidade estética (Apelação Cível nº 233.608-2/7; 9ª Câmara Civil; relator o Desembargador Accioli Freire; j. 09.06.94).

Muitos são os exemplos; contudo, é de se ressaltar que também se verifica a existência de muitos casos em que as Cortes *não acolhem* os pedidos de indenização, dada a sua evidente improcedência.

Assim, exemplificando o que foi dito anteriormente, respeitadamente ao caso de *culpa exclusiva da vítima*, quando o paciente vem a cometer *suicídio* nas dependências de hospital, o TJSP negou indenização à viúva de paciente etilista e com quadro de depressão (causado pela supressão da bebida alcoólica) que se suicidou quando internado no referido hospital (Apelação Cível nº 213.395-01; 1ª Câmara Civil; relator o Desembargador Alexandre Germano; j. 25.08.94).

Em outro caso curioso, o mesmo TJ indeferiu pedido de indenização movido contra a Fazenda do Estado por familiares de paciente que, vítima de picada de cobra, veio a óbito após ser atendido no Instituto Butantã, tendo, contudo, sido liberado *a pedido próprio*, afirmando estar se sentindo bem. O que se entendeu foi que, além de não ter ficado comprovada a existência de conduta culposa do profissional médico que atendeu o referido paciente, *a própria vítima contribuiu para o resultado fatal*, ao pleitear sua liberação precoce do Instituto (Apelação Cível nº 72.983/1; 8ª Câmara Civil; relator o Desembargador Fonseca Tavares; j. 08.10.86).

Ainda, há caso em que paciente portadora de luxação displásica bilateral dos quadris foi submetida a cirurgia em hospital do IAMSPE, sem sucesso, tendo seu quadro aparentemente sido agravado. Entretanto, não se concedeu indenização à autora da ação, na medida em que não se verificou a existência de qualquer erro na cirurgia em questão, tendo a paciente assumido o risco de piora de seu quadro ao consentir na mencionada operação (Apelação Cível nº 76.340/1; 5ª Câmara Civil; relator o Desembargador Ruy Camilo; j. 23.04.87).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, há vários anos, proferiu a seguinte decisão: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Erro médico – Perda de membro por falência circulatória corrigível mas não corrigida a tempo em hospital conveniado ao extinto INAMPS – Verba devida independentemente de dolo ou culpa dos agentes da União” (Apelação Cível 96.02.00093-7/RJ; 1ª T.; j. 25.09.1996; rel. Juiz Federal convocado André José Koslowski; DJU 07.10.1997; v.u.; publicado na Revista dos Tribunais, volume 748/419, ano 87, fevereiro de 1998). A Ementa da Redação está assim redigida: “Sendo a responsabilidade do Estado de natureza objetiva, deve a União Federal responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independentemente de prova de dolo ou culpa, estando compreendido nesse conceito o erro médico ocorrido em hospital conveniado ao extinto INAMPS, tendo como consequência perda de membro por falência circulatória corrigível mas não corrigida a tempo pela equipe médica”.

A 2ª T. do mesmo Tribunal proferiu decisão semelhante, por ocasião de erro médico verificado durante a realização de operação de sinusite, ocorrida também em hospital do extinto INAMPS, que teve como consequência a permanência da paciente em estado de coma, necessitando, posteriormente, de novas intervenções. Também nesse caso concluiu a Corte no sentido da existência do mencionado erro médico, determinando a indenização

(Ap. 99.02.20871-1-RJ; 2ª T.; j. 03.05.2000; rel. Des. Federal Castro Aguiar; DJU 20.06.2000; publicado na Revista dos Tribunais, volume 783/445, ano 90, janeiro de 2001).

Por vezes, esse tipo de responsabilidade civil revela uma omissão que resvala as raíais da desumanidade. Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Médico procurado à consulta no posto de assistência médica municipal, que, todavia, deixou de examinar a paciente menor, alegando que ela não trouxera os óculos, não diagnosticando grave doença (uveíte), que resultou em perda de visão do olho esquerdo e graves sequelas – Caracterização do nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido, independentemente da culpa do servidor – Verba devida” (Ap. 80.337-6; 2ª Câ. ; j. 20.09.2000; rel. Juiz convocado Munir Karam; publicado na Revista dos Tribunais, volume 789/361, ano 90, julho de 2001).

Nessa mesma decisão, a Câmara entendeu por bem conceder à autora da ação ampla indenização, incluindo aí a indenização pelo *dano moral* sofrido (a autora, menor de idade, em face do desmazelo do médico que a atendeu no posto de saúde municipal de Foz do Iguaçu, veio a apresentar sequelas como glaucoma, catarata, descolamento da íris e atrofia generalizada do globo ocular). Negou, no entanto, indenização cumulativa por *dano moral* e *dano estético*, entendendo que este é compreendido naquele.

Nem sempre é na prática direta do atendimento médico que surgem os danos ao paciente. É possível, dadas as circunstâncias, que tais danos venham a ser decorrência de *ineficiência administrativa* do hospital público. Confira-se, por exemplo, esta decisão: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Falecimento de paciente em hospital estadual por demora no trâmite de processo administrativo de transferência do enfermo para centro especializado onde seria realizado transplante renal – Circunstância que evidencia a negligência dos agentes públicos – Verba devida aos familiares da vítima – Inteligência do art. 37, § 6º, da CF” (Ap e Remessa *Ex Officio* 00.001075-8; Câmara Cível; j. 05.03.2001; rel. Des. Jersey Nunes; publicado na Revista dos Tribunais, volume 793/315, ano 90, novembro de 2001).

De outro lado, para demonstrar como pode ser amplo o espectro das ações e omissões por parte de agentes públicos que podem gerar direito à indenização por responsabilidade civil do Estado, é pertinente lembrar-se da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Danos morais – Exame anti-HIV realizado junto à Secretaria de Saúde, com resultado positivo – Exame de confirmação com resultado negativo, que só foi informado após um ano, quando o paciente já havia se submetido a tratamento” (ApCiv 70003726791; 6ª Câ. Civ.; j. 22.05.2002; rel. Des. Alberto Álvaro de Oliveira; publicado na Revista dos Tribunais, volume 803/387, ano 91, setembro de 2002). Observe-se que não houve intervenção médica alguma (a não ser no tratamento desnecessário posterior); o erro foi de *diagnóstico*, tendo o paciente sofrido por cerca de um ano com a inexistente ameaça à sua vida, até que se atestasse não sofrer o mesmo da mortal moléstia. Dano moral evidente! Lamentável...

Nos dias atuais, com a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), verifica-se a possibilidade de erros de diagnóstico desse tipo *em grande quantidade*, o que pode causar uma explosão de ações de indenização por responsabilidade civil contra o Estado, caso não procedam os seus agentes com o cuidado devido. Já há, também, notícias de diagnósticos equivocados pelos motivos os mais diversos – inclusive para inflar a necessidade de aquisição de respiradores, máscaras e insumos diversos por hospitais públicos, o que mostra um aspecto cruel, de má-fé, por parte de quem deveria estar a zelar pelo interesse público.

Nem sempre, contudo, as ações de indenização por alegado erro médico por parte de agente do Estado são acolhidas. Como observado alhures, o acolhimento da teoria da responsabilidade civil pelo risco administrativo comporta a produção de prova por parte da Administração Pública, no sentido de que seus agentes não se houveram com imperícia, imprudência ou negligência, ou que ocorreu alguma das excludentes da referida responsabilidade. Nesse caso, julga-se pela improcedência da ação. Como no seguinte caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Erro médico – Inocorrência – Profissional que, para salvar a vida do paciente, procede a intervenção que contém risco de causar efeito colateral grave – Inexigibilidade de conduta diversa – Excludente de responsabilidade caracterizada – Verba indevida” (Ap. 354.682-5/7-00; 3ª Câm.; j. 17.02.2004; rel. Des. Rui Stoco; publicado na Revista dos Tribunais, volume 824/222, ano 93, junho de 2004).

XI. Conclusões

Não é descabido, ao se tratar do tema em pauta, lembrar que *a saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas públicas, sociais e econômicas, que objetivam a redução do risco de doenças e de outros agravos; bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

O Brasil, como parte da comunidade internacional, encontra-se em regime de isolamento social, na intenção de combater a proliferação da COVID-19, tendo sido impostas várias medidas de restrição de circulação de pessoas e fechamento de estabelecimentos, tomadas pelos municípios, de maneira a reduzir a aglomeração de pessoas e evitar a disseminação da doença em várias regiões. Outrossim, tais medidas são *preventivas*, não bastando por si só para enfrentar a terrível situação. Há necessidade de se aparelhar os hospitais públicos devidamente, para o fim de ministrar o tratamento devido aos pacientes dessa grave doença, que é, atualmente, a face mais visível do tema.

O Estado, em seu sentido amplo, atuando com o objetivo de prover a comunidade com os serviços essenciais e necessários à vida moderna, pratica diversos atos, por intermédio de seus agentes. Estes, por seu turno, podem, por *ação ou omissão*, causar danos a terceiros, excluindo-se a responsabilidade civil nos casos de *culpa exclusiva ou concorrente da vítima*; da ocorrência de *força maior* ou de *culpa de terceiro*.

O dano causado pela prestação de serviços médicos pode, da mesma forma, ocorrer em virtude de ação ou omissão do agente prestador de tais serviços (não exclusivamente de médicos, mas também de enfermeiros e outros profissionais dessa área) – o que gera, de qualquer forma, o direito de ser a vítima indenizada, haja o referido agente obrado com *culpa* ou *dolo*.

A *indenização* a ser paga à vítima há de ser *a mais ampla possível*, cobrindo gastos com tratamentos médicos, odontológicos etc., para se restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes do evento danoso – existem, em nossa jurisprudência, decisões que fixam quantia específica para a indenização pelo referido dano, independente de qualquer tratamento. Nos casos de *morte* da vítima, devem ser observadas as disposições do art. 948 do Código Civil; ou seja, é cabível o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, além da prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável de sua vida.

São muitos (e variados), como foi dito, os casos de responsabilidade civil do Estado pela prestação defeituosa de serviços de saúde. Cabe, entretanto, ao Judiciário, como guardião da lei, saber separar o joio do trigo; ou seja, distinguir aqueles casos em que efetivamente ocorreu falha na prestação dos serviços, com resultado danoso (às vezes, trágico) ao paciente, daqueles em que se verifica mera aventura jurídica, destinada a enriquecer indevidamente quem, espertamente, busca usar o Judiciário para aferir indenização indevida.

Essa é a nossa espinhosa missão.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.
- FEDERIGHI, Wanderley José. A responsabilidade civil do Estado por dano moral e estético. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 131-141, 2001.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Direito civil brasileiro, v. 4).
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. *Dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LOSCO, Giorgio; MARIOTTI, Paolo. *La responsabilità civile: compendio normativo commentato*. Milano: A. Giuffrè, 1995.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. (Direito Civil, v. 4).
- SILVA, José Afonso da. *Manual da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 33. ed. Padova: Cedam, 1992.

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, impressão e acabamento
Tikinet

Revisão
Carolina Tiemi | Tikinet

Diagramação
Pamela Silva | Tikinet

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados – brochura

Tiragem
525 exemplares

Junho de 2021