

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO

Contemporâneo

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

LEANDRO SOARES NUNES

Lilian Rose Lemos Rocha
José Eduardo Martins Cardozo
Gabriel R. Rozendo Pinto
Leandro Soares Nunes

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO

Contemporâneo

Organizadores:

Gabriel R. Rozendo Pinto
Iago Farias Lora
João Vitor S. Lopes
Leandro Soares Nunes
Naiara Ferreira Martins
Rafael de Almeida Guimarães
Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Brasília
2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Rocha Lemos

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: direito administrativo contemporâneo /
Coordenadores: Lilian Rose Lemos Rocha...[et al.] ; Organizadores: Gabriel
R. Rozendo Pinto...[et al.]. – Brasília: UniCEUB ; ICPD, 2017.

193 p.

ISBN 978-85-61990-73-2

1. Direito administrativo. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.9

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	4
ATIVISMO JUDICIAL: AÇÃO PROATIVA (EFETIVIDADE, INTERFERÊNCIA OU POLÍTICA) DO PODER JUDICIÁRIO ANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	5
<i>Antônio Marcos Dias Prates</i>	
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR POLICIAL	29
<i>Bianca Araujo de Moraes</i>	
O ENFRAQUECIMENTO DO PODER EXECUTIVO FACE À CRISE EXISTENTE NA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	50
<i>Breno da Silva Ramos</i>	
ESTADO, CONQUISTA DA COMPETITIVIDADE NACIONAL NUM MERCADO GLOBAL E AS DECISÕES EMPRESARIAIS.....	70
<i>Gisele Mota Ramos</i>	
A AFERIÇÃO DE LUCRO POR PARTE DO ESTADO NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA POR MEIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	91
<i>Jessica Silvestre Martins da Veiga</i>	
A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA COM VISTAS À IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS	106
<i>Jorge Fragoso Netto</i>	
O PROJETO DE LEI DO SENADO 186, DE 2014: JOGO DE BINGO NO BRASIL COMO SERVIÇO PÚBLICO.....	120
<i>Luís Felipe Carvalho Bocayuva</i>	
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, OU A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO, UMA ANÁLISE QUANTO AO ATIVISMO JUDICIAL DOS MAGISTRADOS	138

Pedro Henrique da Fonseca Barros

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENTIDADES PARAESTATAIS: A
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E ATIVIDADES DE INTERESSE
PÚBLICO.....149**

Raul Torres de Lima

**CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: ANÁLISE CRÍTICA DO
FENÔMENO QUE SE ALASTRA
ENTRE OS PODERES PÚBLICOS BRASILEIROS 171**

Renan Emanuel Rocha Melo

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *ebook*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor do ICPD

ATIVISMO JUDICIAL: AÇÃO PROATIVA (EFETIVIDADE, INTERFERÊNCIA OU POLÍTICA) DO PODER JUDICIÁRIO ANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antônio Marcos Dias Prates¹

RESUMO

Para Montesquieu, um Estado exerceria suas funções por meio de três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Onde cada função corresponderia a um órgão. Dessa forma, cada órgão exercia somente a função que lhe fosse típica. A Administração Pública, para o seu bom funcionamento, precisa da harmonia dos Três Poderes. E, por alguma razão pode haver falha no Poder Legislativo ou no Poder Executivo, e nesse caso, a palavra final quanto à conformidade de leis cabe ao Poder Judiciário. O presente trabalho tem o objetivo de analisar a ação do Poder Judiciário, este tem o dever constitucional de assegurar o cumprimento de direitos fundamentais quando provocado. E deve agir em toda esfera da Administração Pública: saúde, segurança, educação, moradia, lazer, entre outros direitos. Trata-se de função típica do Judiciário realizar tal defesa ante circunstâncias de casos concretos, onde deve sempre intervir e determinar ao Poder Público a efetivação de obrigações. O Magistrado não pode agir por conveniência ou oportunidade, não pode agir politicamente. O Legislativo e o Executivo são Poderes eletivos, o Poder Judiciário não. O estudo destina-se a mostrar que o ativismo judicial veio para solucionar a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Mas, ao mesmo tempo, propõe vários questionamentos acerca do silêncio ou omissão destes Poderes. Pretende-se mostrar que o Poder Judiciário não pode interferir em esfera reservada a outros Poderes, tal procedimento violaria o Princípio de Separação de Poderes. Por outro lado, a Constituição Federal assevera que qualquer ato do Poder Legislativo ou do Poder Executivo pode ser revisto pelo Poder Judiciário. É o que se pretende.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Política Judiciária. Administração Pública. Princípio de Separação de Poderes.

ABSTRACT

¹ Aluno do Curso do Pós-Graduação lato sensu – Novas Tendências do Direito Público - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

For Montesquieu, a State would exercise its functions through three distinct, autonomous and independent bodies. Where each function would correspond to an organ. In this way, each organ exercised only the function that was typical to it. The Public Administration, for its proper functioning, needs the harmony of the Three Powers. And for some reason there may be a flaw in the Legislative Branch or in the Executive Branch, in which case the final word on the conformity of laws lies with the Judiciary. The present work has the objective of analyzing the action of the Judiciary Power, this one has the constitutional duty to assure the fulfillment of fundamental rights when provoked. And it must act in all spheres of Public Administration: health, safety, education, housing, leisure, among other rights. It is a typical function of the Judiciary to carry out such defense before circumstances of concrete cases, where it must always intervene and determine to the Public Power the performance of obligations. The Magistrate can not act for convenience or opportunity, can not act politically. The Legislative and the Executive are Elective Powers, the Judicial Power is not. The study aims to show that judicial activism came to solve the inertia of the Legislative and Executive Powers. But at the same time, it proposes several questions about the silence or omission of these Powers. It is intended to show that the Judiciary can not interfere in a sphere reserved for other Powers, such a procedure would violate the Principle of Separation of Powers. On the other hand, the Federal Constitution asserts that any act of the Legislative Branch or the Executive Branch may be reviewed by the Judiciary. This is what is meant

Keywords: Judicial Activism. Judicial Policy. Public administration. Principle of Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV consagrou a inafastabilidade do controle jurisdicional, por prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E sendo assim, qualquer ato do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que são Poderes Eletivos, pode ser revisto ante o Poder Judiciário. Esse fato contribui para a judicialização da política visto que o Judiciário não ascendeu ao Poder por eleição direta do povo brasileiro.

O ativismo judicial é entendido como uma ação proativa do Poder Judiciário em atuar mais adiante do que está previsto dentro do ordenamento jurídico. Outrora o Judiciário é acusado de dar interpretação extensiva a princípios que não totalmente explícitos na Constituição Federal. O que poderia desequilibrar a Administração.

Há uma discussão importante e atual acerca da função ativa do Poder Judiciário ante a Administração. A interpretação constitucional, competência do Poder Judiciário, ganhou força e importância em face às ações do Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, o risco do ativismo judicial leva à politização da justiça e atinge a legitimidade da democracia. Uma vez que falta ao Poder Judiciário a capacidade institucional para atuar em determinadas matérias.

No Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade é da alçada do Poder Judiciário, motivo pelo qual o fenômeno da judicialização da política vem crescendo de forma exponencial.

Todavia, a prática do ativismo judicial é muito real. E se envereda por caminhos que ainda não se sabe se é bom ou ruim. Entretanto, entende-se que decisões ativistas interferem a Política Pública, e isso pode comprometer a Administração. Pois há muitas ações judiciais que visam satisfazer o direito de poucos em detrimento do direito de muitos, e o Magistrado, aplicar a sua decisão, desconhece questões científicas, técnicas e orçamentárias.

1 SEPARAÇÃO DE PODERES

Na antiguidade, O filósofo grego Aristóteles foi quem inicialmente idealizou a noção de separação de poderes. O Exercício do Estado foi dividido em três funções: a função de editar normas gerais, a função de aplicar tais normas em caso concreto e a função de resolver conflitos decorrente de sua aplicação. Essa separação de poderes era compreendida como critério funcional, posto que se distinguia três funções para um Estado, ou seja, a Legislação, a Administração e a Jurisdição. Acredita-se que o grande filósofo não tenha vislumbrado um sistema político onde o abuso de poder pudesse ser coibido. Pois, naquela ocasião, essas funções eram concentradas nas mãos de um único gestor soberano e de poder incontestável onde exercia concomitantemente as três funções.

Na era moderna, a teoria de Separação dos Poderes foi primeiramente sistematizada por John Locke na renomada obra *Segundo Tratado do Governo Civil*. Em seu trabalho, os Poderes do Estado foi dividido em Legislativo, Executivo e Federativo. Coube ao primeiro a elaboração das Leis; ao segundo, a aplicação aos membros da comunidade; e aos terceiros, a função de relacionamento com outros estados. Locke descreveu o Poder Legislativo como um poder supremo, onde a sua separação do Poder Executivo é essencial. E, em sua teoria, o Poder Judiciário não foi descrito como um poder autônomo.

1.1 Funções básicas do Estado

Para Aristóteles, as funções basilares da “polis” eram três: Consultiva (pronunciamento acerca da guerra, paz, e das leis); Administrativa (delegação ao magistrado de incumbências de assuntos do governo) e Judiciária (atuava na solução de controvérsias).

Modernamente o Estado deu consistência a estas três funções (Legislativa, Executiva e Judiciária) e que, a partir grandes pensadores dos séculos XVII e XVIII, passaram a ser exercidas por respectivos órgãos de forma harmônica e interdependente.

A função Legislativa era destinada a estabelecer normas gerais e abstratas que regiam a vida em sociedade. A lei devia ser aplicada ao ocorrer um fato descrito na norma. A função Executiva traduzia em ato de vontade a exteriorização abstrata da norma. A função Judiciária dirimia controvérsias que surgiam durante a aplicação da lei.

1.2 Freios e Contrapesos

Freios e Contrapesos entende-se que os atos que o Estado pratica podem ser gerais ou especiais. Os atos gerais podem ser praticados tão somente pelo poder legislativo. Estes são constituídos na emissão de regras gerais, dotados de valor abstrato onde não é possível saber a quem irão atingir. Assim, o poder legislativo não atua de forma concreta na vida social, e não tem meios para cometer abusos de poder, beneficiar ou prejudicar pessoas pertencentes a um

grupo particular. Após a emissão da norma geral, vê-se a possibilidade de o poder executivo atuar por intermédio de atos especiais.

O Poder Executivo dispõe de meios concretos para atuar. Entretanto, está igualmente impossibilitado de agir de forma discricionária. Uma vez que todos os seus atos estão igualmente delimitados e restritos pelos atos gerais praticados apenas pelo Poder Legislativo, ou seja, o Poder Executivo é um refém da lei. E se algum dos Poderes (Legislativo ou Executivo) exorbitar, o Poder Judiciário entra em ação como agente fiscalizador e obriga cada um dos Poderes a permanecer dentro de seus respectivos limites de atuação e competência.

1.3 O Estado de Montesquieu

A teoria de Aristóteles, mais tarde, seria revista pela nova visão do Estado liberal burguês que fora desenvolvida por Montesquieu. Em sua obra *O espírito das leis*, este grande pensador francês consagrou a teoria da tripartição dos poderes². Neste sentido, tem-se o entendimento de Pedro Lenza³:

Por meio dessa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo. Tais atividades passam a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim o que se denominou teoria dos freios e contrapesos.

A monarquia absolutista revelara que, ao longo da história, a concentração de poder em uma única pessoa quase sempre culminara em tirania. Pois o poder, quando não encontra limites, tende a corromper.

A obra de Montesquieu *O espírito das leis* aperfeiçoou e inovou a teoria aristotélica. Cada uma das três funções, dentro de um órgão estatal distinto,

² A expressão *tripartição de poderes* não é considerada adequada por grande parte da doutrina. Entende-se que o poder emanado do povo é único, indivisível e indelegável. Noutra palavras, trata-se um poder que exerce suas funções por meio de órgãos estatais. As funções são a forma que o um Estado tem de manifestar sua vontade e os órgãos estatais são os instrumentos utilizados neste exercício. Os atos do Estado decorrem de um único poder em diversas formas. Portanto, a expressão tripartição de poderes deve-se ser evitada por carência de rigor técnico.

³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397-398.

autônomo e independente, devia exercer funções típicas inerentes a sua própria natureza. A teoria de Montesquieu afrontava, naquela época, o Absolutismo. Não seria mais permitido a um único órgão legislar, aplicar a devida lei e julgar unilateralmente. Noutras palavras, as funções estatais não deviam se concentrar unicamente nas mãos da pessoa do soberano.

Essa teoria, ganhou grande força e foi o alicerce de grandes movimentos revolucionários, dentre eles, as Revoluções Americana e Francesa.

Após surgir com grande vigor contra ao Absolutismo, a teoria de Montesquieu consolidou expressivamente na Revolução Francesa por intermédio da inclusão, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a frase: “um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação dos poderes era um Estado sem Constituição”. Desde então, o princípio da separação de poderes vinculou à ideia de constitucionalismo e transformou-se no centro da estrutura organizacional de Estado.

A divisão de poderes é supostamente dividida em dois princípios: especialização funcional e independência orgânica⁴. O primeiro significa que cada órgão é gabaritado no exercício de uma função, como as assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) atribuídos a função Legislativa; o Executivo, a função executiva; e função jurisdicional, cabe ao Judiciário. O Segundo significa que cada órgão deve ser efetivamente independente um do outro e a subordinação não vigora; além de exercer, é claro, a especialização funcional. Tem-se, assim, uma forma de organização jurídica das manifestações do poder.

Entretanto, a separação rígida dos poderes, tornou-se inviável e foi superada. Atualmente diz-se separação de poderes flexível. Onde há maior coordenação e harmonia entre os poderes. Cada um dos poderes exerce uma função predominante. Entretanto, de modo acessório, também exerce funções que seriam típicas de outros poderes. Vê-se o Judiciário exercendo funções administrativas relativas aos seus assuntos internos; o Executivo editando normas; e o Legislativo julgando autoridades em crimes de responsabilidade.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 109.

Em face a essa nova concepção de separação de poderes, a doutrina norte-americana deu forma ao sistema de freios e contrapesos “*checks and balances*” onde a interferência e controles recíprocos de um poder sobre o outro são admitidos na Constituição.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 adotou medida similar. A elaboração das leis cabe ao Poder Legislativo, entretanto essas leis são submetidas ao Poder Executivo que tem o poder de sancioná-la, vetá-la ou vetá-la parcialmente. Vale lembrar que o Poder Judiciário possui força para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Além disso, qualquer ato do Poder Executivo pode ser questionado ou ser objeto de questionamento perante o Poder Judiciário por força do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Ademais, a Constituição Federal confere poder ao Congresso Nacional competência para fiscalizar e controlar atos do Poder Executivo, da Administração Direta e da Administração Indireta, como assevera o artigo 49, inciso X da supracitada Lei.

A doutrina da Separação de Poderes é “uma fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmonioso, tendente à realização da vontade política geral”⁵ O Princípio da Separação de Poderes possui uma face que divide, controla e limita o poder; e um outra face que incide em ordenar e organizar este mesmo poder.

A Constituição da República de 1988 destaca logo no artigo 2º que os três Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, são independentes e harmônicos entre si. Entretanto, harmonia não combina com separação. Conclui-se que os entes estatais devem atuar de modo eficaz para que haja entre eles colaboração e controle recíprocos. Assim a harmonia se fará. E, conseqüentemente, o Estado irá atingir o seu objetivo: desenvolver, crescer e prosperar.

⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 387.

1.4 A Origem do Direito Administrativo

A existência de um Estado está intrinsecamente vinculada ao exercício de suas funções administrativas por meio de seus órgãos ou entidades administrativas. É sabido que essas funções foram constituídas ainda na antiguidade. Entretanto, sofriam algumas interrupções em épocas de arbítrio do executivo, onde os poderes eram concentrados nas mãos de um soberano. Os atos do soberano tinham prioridade e eram colocados acima de qualquer norma jurídica e jamais eram questionados ou submetidos aos Tribunais.

No Brasil Colônia, regime da monarquia absoluta, o Direito Administrativo não era autônomo. A sua autonomia iniciou no Brasil Império pela divisão de funções entre os Poderes de um Estado. Naquela ocasião existia uma administração pública organizada, entretanto era regida praticamente pelo direito privado, onde o Conselho de Estado se limitava a aplicar as funções Estatais.

No Brasil República, com o advento da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou evoluções expressivas. Naquele Diploma Maior havia previsão de extensão de atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. O Direito Administrativo brasileiro foi influenciado pelo direito francês e italiano. A Constituição Federal de 1988 demonstra que o Brasil adota a jurisdição única, a correção dos atos administrativos pode ser realizada pelo Poder Judiciário.

Vários doutrinadores conceituaram o Direito Administrativo. Seus conceitos variam de entendimento conforme Escola, objeto e demarcação de área de atuação. Sob a ótica de Hely Lopes Meirelles, o Direito Administrativo é “um 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”.

A Constituição Federal de 1988 diz em seu artigo 37, caput:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Conclui-se que a Administração Pública também foi esmerada em alguns princípios.

1.5 Funções típicas e atípicas de um Estado

Grande parte dos Estados Modernos adotou a teoria de Montesquieu, porém de maneira mais flexível. Pois diante de uma realidade social e histórica, admite-se que um poder exerça funções de outro poder, atenuando assim a teoria que idealizava uma separação pura e absoluta. Noutras palavras, além do exercício de funções típicas que são inerentes a natureza da própria função, cada órgão também exerce outras funções, naturalmente típica dos outros dois órgãos.

A exemplos, tem-se o Poder Legislativo exerce a sua função típica (legislar), inerente a sua natureza; e também funções atípicas de natureza jurisdicional (o Senado Julga o Presidente da República) e de natureza executiva (o Legislativo compõe a sua própria organização). O Poder Executivo exerce função típica (atos de chefe de Estado, chefe de governo e administração); e função atípica de natureza legislativa (o Presidente da República adota medidas provisórias, estas com força de lei) e de natureza jurisdicional (o Executivo aprecia e julga recursos administrativos). O Poder Judiciário exerce a função naturalmente típica (julga, diz o direito no caso concreto e dirime conflitos); e função atípica de natureza legislativa (elaboração de regimento interno de seus tribunais) e de natureza executiva (administração no seu quadro de servidores- magistrados e serventuários).

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Desde à época das Revoluções Liberais, dentro do modelo de Separação de poderes, era da alçada do Legislativo a edição das Leis, do Direito. Cabia aos

Administradores e aos Magistrados a aplicação do direito criado pelos legisladores.

Entretanto, esse modelo ideal não perdurou ao longo do tempo. A realidade atual se diferenciou muito. É sabido que, no mundo atual, qualquer pessoa pode se ingressar no Poder Legislativo, o acesso a um posto Parlamentar não exige capacidade técnica. Criou-se uma atecnia legislativa de onde, muitas vezes, emerge linguagem imprecisa, obscura e contraditória. Tudo isso passou a exigir interpretação mais aguçada das leis o que ensejou a discricionariedade no momento exato de sua aplicação, seja pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário. Noutras palavras, houve uma transformação de um modelo estatal, como assevera Daniel Giotti de Paula:

De um Estado de Direito, centrado no legicentrismo, na assunção da lei como fonte por excelência do direito, chega-se a um Estado Constitucional de Direito, pelo qual a Constituição passa a ser compreendida como norma jurídica, não mais uma mera exortação ao legislador. E o controle do respeito ao conteúdo constitucional passa a ser conferido a órgãos jurisdicionais, sobretudo.⁶

Vislumbra-se a passagem de um Estado de Direito para o um Estado Constitucional de Direito. Trata-se de uma passagem legal, pois há a supremacia do Poder legislativo. Nesta transformação, o Poder Judiciário adquire importância expressiva, posto ser o órgão que protege, fiscaliza e aplica a Constituição; e sua interpretação tem caráter vinculante. Assim entende Luís Roberto Barroso:

O Estado Constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse

⁶ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 227-228.

ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.⁷

Nesse raciocínio, surge a *judicialização da política*, e nessa perspectiva, Luís Roberto Barros o interpreta:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.⁸

O fenômeno da Judicialização pode ser traduzido em três causas principais. Assevera Luís Roberto Barroso: primeiro, o reconhecimento da importância de possuir um Judiciário expressivo e independente; segundo, a crise vivida pela funcionalidade de um parlamento e a representatividade de seus parlamentares provoca desilusão com a política; e terceiro, são os próprios políticos os atores que querem preservar-se de decisões controversas e polêmicas culminando em desgastes políticos. Na Terra Pátria, outro fator é acrescentado. A Constituição Brasileira é muito abrangente e analítica, e muitos temas são passíveis de controle constitucional pelo Poder Judiciário; controle difuso, qualquer magistrado, ou controle concentrado, onde atua o Supremo Tribunal Federal.⁹

Em face a essa problematização, o Poder Judiciário, ao ser convocado para se pronunciar sobre uma lei ou ausência de regulamentação de leis sobre um determinado tema, não pode ficar inerte.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 228-229.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 230.

⁹ Idem.

No Brasil, o atual momento que configura constitucionalismo está caracterizado pela superação da supremacia do Parlamento, e é marcado pela superioridade da Constituição onde todos os poderes lhes estão subordinados. Subordinação garantida por matérias jurisdicionais de Controle de Constitucionalidade.¹⁰

2.1 Força Normativa – Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro é muito amplo e pode ser efetivado de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal; ou de forma difusa, por juízes de primeiro grau.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal detém o posto de guardião da Constituição Brasileira, e lhe compete dar a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Interpretar a Constituição Brasileira não é tarefa fácil, e essa complexidade decorre de vários fatores, cita Gilmar Mendes:

(i) “a Constituição está repleta de termos vagos e plurívocos; (ii) fórmulas de compromisso, por meio das quais se postergam para o cotidiano da política ordinária as decisões valorativas apenas pautadas pelo constituinte; (iii) normas constitucionais de metas impostas à ação do Estado, muitas delas de feição social, que impõem um fazer, sem, contudo, indicar o como fazer, (iv) as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais.¹¹

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90.

Entende-se que, dessa forma, a interpretação da Constituição torna-se propensa a controvérsias. Problemática que se estende desde técnicas adequadas a limites que realmente deve-se ater.

Em face às dificuldades na interpretação Constitucional, o Poder Judiciário faz-se uso de mecanismo de filtragem constitucional. Objetiva-se permitir e obrigar que toda lei ou ato legislativo seja interpretado à luz do Diploma Maior. Obriga-se a concluir que o trabalho do intérprete não é objetivo; pauta-se em seus valores políticos, éticos, convicções pessoais, morais e etc.

2.2 Decisão STF - Efeito Vinculante

A Suprema Corte Brasileira tem a função de decidir casos complexos, difíceis. Nesse raciocínio, o ordenamento jurídico evoluiu no sentido de conferir efeito vinculante às decisões que o Superior Tribunal Federal profere. A exemplos, pode-se citar instituição da súmula vinculante, que possui força normativa (Emenda Constitucional nº 45/2004); a Ação Direta de Inconstitucionalidade; a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – decisões com efeitos vinculantes e *erga omnes*.

O Supremo Tribunal Federal detém a última palavra em matéria de interpretação do texto constitucional, e seu efeito é vinculante e *erga omnes*. Ademais possui uma parcela expressiva de competência para desenvolver atividades de caráter normativo.

2.3 A interferência do Poder Judiciário

Cabe ao Poder Executivo estabelecer políticas públicas que torne viável o exercício dos direitos garantidos na Constituição Federal. Por outro lado, a criação de normas que regulamentem tais direitos é da alçada do Poder Legislativo.

Porém, caso o Poder Legislativo não regulamenta corretamente os direitos que estão previstos na Constituição ou se o Poder Executivo deixar de realizar as políticas públicas necessárias para o bom funcionamento da Administração; o Poder Judiciário pode ser convocado a agir e impor o cumprimento do texto Constitucional ao Poder Executivo e preservar o direito ameaçado.

O mínimo existencial deve ser entendido e atendido. Condições mínimas necessárias devem ser preservados para garantir o direito à vida e a dignidade humana considerando a sobrevivência física e as necessidades socioculturais básicas.

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas está assegurada 'quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade. Tal linha de fundamentação, em termos gerais e consoante já destacado, tem sido privilegiada também no direito constitucional pátrio, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar consequências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do

mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material.¹²

Os Direitos sociais não representam um simples apelo ao legislador, trata-se de uma imposição constitucional e teria o cunho de legitimar mudanças de ordem social ou econômica para concretizar sua efetivação.

Os Direitos de defesa (vida, liberdade, intimidade, etc.) podem ser garantidos com pouca disponibilidade de recursos; os direitos sociais não, sua dimensão econômica é mais relevante e carecem de maior disponibilidade de recursos. E o Estado, para atender aos chamados direitos sociais, deve dispor de recursos inclusive de natureza jurídica, uma vez que há limitação do Orçamento Público. A alocação desses recursos deve se fazer de modo razoável e proporcional, tanto nas opções do Poder Executivo quanto às decisões do Poder Judiciário ao ser clamado a se manifestar em um caso concreto.

Embora valores a serem protegidos venha a justificar a intervenção o Poder Judiciário dentro da esfera de decisão do Poder Executivo, deve-se atentar a discricionariedade do Poder Executivo que reside em optar pela melhor política pública onde visa atender o maior número de pessoas. E assim, assegura-lhes condições mínimas necessárias ante a disponibilidade Orçamentária.

A Constituição Federal prevê grande quantidade de obrigações para o Estado. Essas obrigações estão traduzidas em prestações positivas teoricamente passíveis de serem exigidas do Poder Público, onde muitas são

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reseva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, ano 1, jul./dez. 2008. p. 191-193.

revestidas de direitos subjetivos e penderes de regulação legislativa dentro do âmbito de Política Públicas concretas, cuja efetividade fica comprometida. Isso gera maior intervenção do Poder Judiciário. É positivo, pois força o Poder Executivo a empenhar-se em estabelecer Políticas Públicas mais consistentes; entretanto, pode gerar exageros e medidas desproporcionais que demandariam realocação de recursos. O que não seria viável para a Administração Pública.

3 ATIVISMO JUDICIAL POR DEFINIÇÃO

Arthur M. Schesinger Jr., norte-americano, foi o primeiro a utilizar o termo *ativismo judicial* em 1947. Em um artigo para uma revista americana, Schesinger discutiu uma divisão que ocorreu na Suprema Corte Americana ante a interpretação legislativa e a real função do Poder Judiciário numa Democracia. Naquele cenário, juízes ativistas puseram-se contra aos adeptos da autocontenção “*self-restraint*” pois entendiam que direito e política caminhavam juntos e a Corte, que não podia escapar da política, deveria utilizá-la afim de efetivar propósito sociais integrais.

3.1 O Ativismo Judicial

A expressão “ativismo judicial” apresenta-se sem consistência. Não há consenso conceitual dentro da doutrina e os doutrinadores também não chegaram a conclusão se sua prática é desejável ou não. Entretanto, tal expressão é usada em contexto que visam destacar, afim de aplaudir ou censurar, o exercício arrojado do Poder Judiciário, não usual da jurisdição, em especial atitudes referentes a opções morais e políticas.

Na via contrária ao “ativismo judicial”, encontra-se a autocontenção. Esta, às vezes, encontra-se associada a respeito (ou deferência bajuladora) aos poderes políticos, ligados a uma tímida produção de resultados infrutíferos.

Luís Roberto Barroso assevera:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois

Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. O ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O ativismo, ao contrário, traduz-se mais em uma prática jurisdicional de como tratar o próprio exercício da judicatura. Contrapondo-se a autocontenção, é um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada.¹³

O ativismo judicial é apresentado por Elival da Silva Ramos como uma atitude não desejável, e sim como ofensa ao princípio da separação de poderes quando incide na “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”¹⁴, e assim o define:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativo invadido por decisões excessivamente criativas.¹⁵

3.2 Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 233-234.

¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

No Brasil, a Suprema Corte tem adotado medidas ativistas passíveis de críticas e elogios. O Ministro Celso de Mello entende que os Três Poderes devem respeito à Constituição Federal e este respeito não deve ser burlado por conveniência política e nem por pragmatismo institucional; completa:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.¹⁶

O magistrado entende que o Supremo Tribunal Federal assume práticas ativistas e justifica tal atitude:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.¹⁷

Diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal aplicou a Constituição, justificou que a mesma não contemplava expressamente em seu texto determinado tema e, sem a anuência do legislador ordinário, manifestou isoladamente, o que configura atitudes ativistas. Assim agiu na proibição ao nepotismo, proibição ao uso de algemas, regulamentação do direito de greve dos servidos públicos (fato que adquiriu importância histórica e que cuja norma de regulamentação ainda não foi editada), etc.

É oportuno citar, a exemplo de ativismo, o voto do Ministro Gilmar Mendes na Adin 3510, que discutiu a pesquisa médica com células tronco embrionárias. Percebe-se, em seu voto, a visão que o Magistrado tem sobre a função do Supremo Tribunal Federal em face a questões dessa natureza, tem-se:

¹⁶ MELLO, Celso de. *Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente no STF*. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

¹⁷ Idem.

Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O julgamento desta ADI nº 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloquente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência. É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993). Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções ADI 3.510 / DF morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contrargumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias"¹. Em

nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. Certamente, a alternativa da atitude passiva de self restraint - ou, em certos casos, de greater restraint, utilizando a expressão de Garcia de Enterría - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, "o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente". Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão: "O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso

é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.¹⁸

3.3 Críticas ao Ativismo Judicial

A principal crítica ao ativismo judicial é oriunda da suposta agressão ao Princípio da Separação de Poderes.

Criticam-se também o modo de investidura de magistrados, formação e a postura adotada em discursos proferidos. É sabido que os Magistrados (e membros de Tribunais) não são eleitos por voto popular. Falta, ao Poder Judiciário, legitimidade política para impor decisões aos demais Poderes (Executivo e Legislativo), estes sim tiveram seus membros eleitos de forma democrática.

O Ministro Luís Roberto Barroso diz que o Poder Judiciário também é passível de críticas de cunho ideológico, onde também é visto como conservador e reproduzidor de modelos que distribui riquezas e poder dentro de uma sociedade. Segundo Barroso: “Nessa perspectiva, a judicialização

¹⁸ MENDES, Gilmar. Voto em sede da *ADIN 3.510*. Relatada pelo Ministro Carlos Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2017.

funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.”¹⁹

O magistrado não tem conhecimentos suficientes para dar a última palavra em questões que envolvem complexidade científica ou técnica. E, ao decidir um caso concreto, ele volve a atenção afim de garantir os direitos do autor da ação e muitas vezes deixa de avaliar os efeitos de sua decisão em face de uma sociedade.

Neste raciocínio, uma decisão judicial interfere nas Políticas Públicas do Poder Executivo e, muitas vezes, vem a satisfazer o direito de uma pessoa em detrimento de direito de outras. Uma vez que os Magistrados em geral desconhecem as questões orçamentárias ou estudos que foram realizados para fundamentar a adoção de tal política.

Argumenta-se também que, no mundo do Direito, a linguagem é elitizada. Fato que afastaria pessoas que não a dominam em embates ou debates.

Não se deve tratar assunto de cunho estritamente político em Tribunais, isso o traria uma dose excessiva de politização em detrimento de debate jurídico. Argumenta o Ministro Luís Roberto Barroso “No movimento seguinte, processos passam a tramitar em manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes”²⁰.

CONCLUSÃO

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 234-235.

²⁰ Idem, p. 237.

Há vários apontamentos contrários ao Ativismo Judicial no Brasil, entretanto não se pode esquecer que há uma grande dificuldade em concretizar direitos fundamentais sociais por meio do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Por outro lado, há decisões judiciais de expressiva relevância que favorecem a garantia de direitos fundamentais. Direitos que outrora foram omitidos ou esquecidos pelos outros dois Poderes (talvez por receio de perda de popularidade) por terem viés polêmicos.

Dessa forma, é de suma importância a interferência do Poder Judiciário com o propósito de assegurar ao menos o mínimo existencial para o cidadão brasileiro, ou seja, garantir direitos elencados na Constituição Federal e que outrora foram subjugados ou esquecidos pelo Poderes Legislativo ou Executivo. Sendo assim, tal interferência não violaria institutos como o Princípio da Separação de Poderes, uma vez que o Supremo Tribunal Federal é o guardião do Diploma Maior. E o fundamento para tal procedimento judiciário estaria baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Entende-se que o Poder Judiciário assumiu a função de suprir a inércia dos Poderes Eletivos e deu cumprimento a preceitos constitucionais e aos direitos fundamentais. Também extraiu de princípios Administrativos a resposta para a enfermidade social. O Poder Judiciário, em face às crises representativas (falhas ou escândalos) dos Poderes Executivo ou Legislativo, chamou para si a responsabilidade de impor, através de decisões judiciais, a execução de atos legislativos e executivos. Assim, avançou os limites de sua legitimidade, e caiu em tramas do “ativismo judicial”.

Contudo, a atuação ativa do Poder Judiciário sobre assuntos puramente políticos deve ter limitação bem definida. O Entendimento de grande parte da doutrina é que somente estará legitimada a atuação do Poder Judiciário que possuir caráter excepcional, destinada unicamente a defender a aplicação de direitos fundamentais e a proteger preceitos constitucionais, sem avançar ao

mérito de questões políticas. Noutras palavras, o Magistrado deve se autolimitar e observar o caráter da ação a ser julgada.

Ainda não se pode comemorar ou reprovar o ativismo judicial. Sabe-se que essa prática é uma realidade que está em ascensão. E, até o momento, tem trazido mais benefício que risco à democracia brasileira.

É o entendimento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, ano 1, jul./dez. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR POLICIAL

Bianca Araujo de Morais¹

RESUMO

A presente pesquisa tem o objeto de analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a garantia de direito de greve aos servidores policiais, sob a ótica da crise institucional existente atualmente entre os poderes, onde o Judiciário muitas vezes possui atuação além de sua função típica, e por meio de interpretação da legislação, acaba criando ou excluindo direitos, com a alegação de que atua por meio de interpretação do conjunto normativo existente. É de extrema importância a análise de como a crise entre as instituições dos três poderes do Estado de Democrático de Direito podem atingir diretamente garantias constitucionalmente asseguradas, o que ocorreu no caso da declaração de inconstitucionalidade do direito de greve dos servidores público policiais pelo STF.

Palavras-chave: Direito de greve. Serviço público. Atuação do Judiciário. Mora Legislativa. Crise entre instituições. Ofensa de direito constitucionais.

ABSTRACT

The present research has the objective of analyzing the position of the Federal Supreme Court in relation to guaranteeing the right to strike of police officers, in view of the institutional crisis that currently exists among the branches of government, where the Judiciary often performs beyond its typical function , And through interpretation of the legislation, ends up creating or excluding rights, with the allegation that it acts through interpretation of the existing normative set. Of extreme importance is the analysis of how the crisis between the institutions of the three branches of the Democratic State of Law can directly achieve guarantees constitutionally assured, which occurred in the case of the declaration of unconstitutionality of the right to strike of public police officers by the STF.

¹ Advogada, Aluna do curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Novas Tendências do Direito Público no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

Keywords: Right to strike. Public service. The Judiciary. Crisis between institutions. Offense of constitutional law.

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito possui relação intrinsecamente interligada ao Direito Administrativo, o qual dispõe sobre as diretrizes estatais, bem como setor público em geral. Há atualmente uma crise no modelo de Estado de Direito Brasileiro, onde o célebre princípio da separação dos três poderes (Poder Legislativo, Judiciário e Executivo) gerou problemas operacionais, pois estes são harmônicos e possuem integração em alguns momentos.

O seguimento do Liberalismo pelo Estado gerou várias situações, sendo uma delas a possibilidade de serviços públicos essenciais serem realizados pela iniciativa privada concomitantemente com o Estado.

A omissão do exercício propriamente dito do Poder Legislativo, função legislativa, em algumas matérias de regulamentação, gerou a judicialização de várias atividades relacionadas a serviços não prestados por este motivo.

Outro ponto também é a omissão do Poder Executivo em promover a gestão do erário público a fim de garantir com que os serviços essencialmente prestados pelo Estado sejam considerados como eficazes, sendo, portanto, desnecessária judicialização em alguns casos.

Dentro dessa questão, por um aspecto prático e concreto, tem-se que a segurança pública é um serviço essencial, sendo exercido pela carreira policial, os quais são considerados pela Constituição Federal como servidores públicos civis.

Ocorre que aos servidores policiais, mesmo que exerçam atividade de risco, deve ser resguardados todos os direitos constitucionalmente assegurados aos servidores públicos em geral. O direito que deverá ser assegurado abordado neste artigo será o direito de greve.

Com isso, será ainda analisado em breves linhas se o Judiciário, mesmo não sendo detentor da função legislativa, poderá decidir por meio de acórdão

vinculante sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do direito de greve garantido aos servidores públicos policiais.

Essa análise é importante para que a crise existente atualmente no Estado Democrático de Direito seja repensada, justamente para que problemas operacionais como este, o Judiciário decidindo além de suas atribuição, pois não apenas interpretou a norma mas sim retirou direito de greve explicitamente previsto para determinada categoria, não ofenda direitos e garantias constitucionais dos cidadãos em geral.

1 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição Federal em seu artigo 37, incisos VI e VII² garantiu o direito de greve e à livre associação sindical dos servidores públicos com a previsão de que esses direitos “*será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.*”

O direito de greve dos servidores públicos ainda não foi regulamentado, com isso a jurisprudência da Suprema Corte³ compreendeu que devem ser aplicadas as mesmas normas previstas na Lei de Greve do servidor do setor privado, no que couber, pois, necessário que existam restrições, tendo em vista a primazia do interesse público sobre o privado.

No tocante a livre associação sindical, as normas aplicadas aos servidores públicos são aquelas previstas no artigo 8º da Constituição Federal⁴, tendo em

² Constituição Federal – Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

³ STF - MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384.

⁴ Constituição Federal - Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

vista serem compatíveis às questões interligadas ao direito sindical e criação de sindicatos para atuarem judicial e administrativamente em defesa dos servidores.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal era necessária, pois quando se trata do direito de greve aplicado aos servidores públicos, estes não poderá aplicar o regime celetista automaticamente, justamente porque a Constituição traz como requisito de sua fruição a existência de norma específica.

Desse modo, conforme dispõe Maria Di Pietro, “como a matéria de servidor público não é privativa da União, entende-se que cada esfera do Governo deverá disciplinar o direito de greve por lei própria.”⁵

José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

O direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os serviços públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada. Parece-nos, pois, que é a lei ordinária específica que vai fixar o real conteúdo do direito, e, se ainda não tem conteúdo, o direito sequer existe, não podendo ser exercido, como naturalmente se extrai da hipótese.⁶

Demonstrado isso, nota-se que a discussão gira em torno da necessidade de existir legislação específica, podendo ser ordinária confeccionada pelo Congresso Nacional ou por cada esfera do Governo.

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 634.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 694.

Necessário realizar a conceituação do instituto da greve, pois se trata de ato social que decorre de momentos em que o Estado se omite em relação a sua função obrigacional de garantir direitos. Sérgio Pinto Martins tem o entendimento de que greve “é toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todos ou parte do pessoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira”⁷.

Esse conceito também é trazido para a esfera pública, ao passo que os servidores podem realizar o ato de greve em detrimento de posições ideológicas reivindicatórias que sejam necessárias, inclusive porque é um direito garantido constitucionalmente.

A diferença entre a greve no setor privado e no setor público é porque as diretrizes e princípios que norteiam o Direito Administrativo são distintos das seguidas pelo Direito do Trabalho.

Em relação aos trabalhadores do setor privado, o Poder Legislativo editou a Lei nº 7.783/1989 que regulamenta o direito de greve, louvando o princípio constitucional da razoabilidade e harmonia entre as normas fundamentais, a fim de garantir o exercício de reivindicação de melhorias no trabalho de determinada categoria com ponderação.

Os artigos 10⁸ e 11⁹ da referida legislação estipulam quais serviços são considerados como essenciais, devendo os sindicatos e toda a categoria garantir a prestação desses atendimentos a toda sociedade.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 28.

⁸ Lei 7.783/1989. Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

Com isso, para garantir um mínimo de prestação de serviços essenciais dentro do Estado Democrático de Direito toda greve de trabalhadores no setor privado deve observar a mitigação do direito previsto na legislação, em prol de toda a coletividade.

Por outro lado, conforme já abordado, o servidor público que possui vínculo com a Administração de forma continuada, seja por ser estatutário ou empregado público¹⁰, poderá sim exercer este direito, conforme ditado em norma específica¹¹, pois o direito de greve é considerado como norma fundamental garantida também aos servidores públicos.

Desse modo, pelo fato da mora do Legislativo em regulamentar o direito de greve a ser exercido e gozado pelos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal, a fim de dar cumprimento à previsão constitucional que determina norma específica para o servidor poder exercer o direito à greve, no julgamento dos Mandados de Injunções nº 670, 708 e 712, determinou a aplicação da Lei nº 7.783/1989 para o serviço público em geral.

A teoria adotada por unanimidade foi a concretista geral, haja vista a declaração da omissão do Congresso Nacional em cumprir o determinado pela Constituição quanto a regulamentação da greve do servidor público. Até que o Poder Legislativo cumprisse seu dever, preenchendo essa lacuna, o Poder Judiciário, por meio do instrumento processual do Mandado de Injunção, compreendeu razoável a aplicação da legislação de greve do setor privado, no que couber, aos servidores do setor público.

XI compensação bancária.

⁹ Lei 7.783/1989. Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

¹⁰ Constituição Federal – Art. 37. [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 596.

Demonstrado isto, até os dias atuais não houve regulamentação da greve para o serviço público¹², mitigando e tolhendo o direito fundamental e social dos servidores de exercerem por meio de normas próprias o seu direito de greve, existindo vários conflitos quando determinadas categorias realizam greve, pois o servidor tem o regime jurídico completamente distinto dos trabalhadores do setor privado.

Nesse sentido, após o panorama geral do direito de greve aplicado aos servidores públicos no sistema jurídico brasileiro, necessário se faz promover um estudo sobre a atuação do Poder Judiciário em relação à decisão que declarou inconstitucional o direito de greve dos servidores policiais, mesmo estando inseridos na categoria macro de servidores civis.

Anteriormente o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a carreira policial estava inserida no âmbito do serviço público civil, entretanto, com o decorrer dos anos proferiu posicionamentos em que comparou a carreira dos policiais civis com a carreira militar, em muitos momentos, afirmando que ambos seriam o braço armado do Estado.

Ocorre que os servidores da carreira policial, seja civil ou federal, são detentores de direitos e deveres constitucionais, bem como possuem estatuto próprio. O regime estatutário dos servidores é completamente distinto e diferenciado do regime militar, não havendo que se comparar tais carreiras, inclusive porque a própria Constituição traz a diferenciação entre elas, instituindo expressamente a vedação do exercício do direito de greve apenas aos servidores militares, o que demonstra claramente que não há como equiparar tais categorias.

1.1 Da análise do Mandado de Injunção nº 670 do STF

¹² Celso Antonio Bandeira de Mello como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo” cumprindo o regime de Direito Público, o qual resguarda a supremacia do interesse público sobre o privado. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 27. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671.)

O Sindicato dos Policiais Civis do Espírito Santos propôs o Mandado de Injunção nº 670¹³, onde se restou decidido que, por maioria, fosse proposta como solução da omissão legislativa a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber.

O Ministro Celso de Mello afirmou no julgamento em seu voto que

não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, **cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -**, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.¹⁴

Desse modo, mesmo sendo policiais civis, a categoria encontra-se incluída na espécie dos servidores públicos civis que são detentores do direito de greve.

A vedação expressa constitucional aplicava-se, portanto, apenas aos militares, conforme previsão do artigo 142, § 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988¹⁵, os quais detém regime jurídico completamente diferenciado dos servidores públicos em geral.

Durante o julgamento do Mandado de Injunção em questão, o Ministro Gilmar Mendes afirmou também em seu voto:

nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, esta Corte ficou adstrita tão somente à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica. [...] **A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um**

¹³ STF - MI 670, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Constituição Federal. Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições [...] IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a relembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.¹⁶

Nessa mesma linha de resguardar o direito de greve, assim como o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello também considerou em seu voto se tratar de um direito constitucional garantido na fonte aos servidores públicos civis, ou seja:

A greve, como todos sabemos, foi erigida, pela Constituição Federal promulgada em 1988, como direito reconhecido aos servidores públicos civis. O sistema de direito constitucional positivo conferiu, desse modo, legitimidade jurídica à greve no seio da Administração Pública, dela apenas excluindo, por razões de evidente interesse público, os militares das Forças Armadas e os integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, aos quais se proibiu, terminantemente, o exercício desse direito de ação coletiva (CF, art. 42, § 5º).¹⁷

O Ministro Celso de Mello afirma ainda em seu voto que anteriormente a Corte Superior, guardiã da Constituição Federal, apenas se manifestava sobre a mora do Poder Legislativo, ao passo que nada faziam para modificar a situação jurídica que os servidores se encontravam, privando os servidores do exercício de seu exercício de seu direito de greve.

Dessa forma, restou-se consignado por maioria, no julgamento do Mandado de Injunção nº 610 que seria aplicado no que coubesse, a fim de consagrar o direito constitucional de greve assegurado ao servidor público, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

O fato da legislação de greve aplicada aos servidores públicos prever a mitigação do exercício deste direito, demonstra que os servidores dos setores de serviços essenciais como saúde e segurança pública também eram detentores do direito de greve, devendo sempre no momento deste ato observar o mínimo necessário da prestação de serviços em prol da garantia do atendimento à coletividade.

¹⁶ STF - MI 670, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011.

¹⁷ Idem.

Isso ocorre devido a própria previsão constitucional de inviolabilidade do direito à vida, à propriedade e à segurança, devendo ser respeitado mesmo no exercício de outro direito fundamental: o direito de greve.

O acórdão publicado demonstrou que o instrumento do Mandado de Injunção foi criado com a finalidade de preencher lacunas na aplicação de direitos de eficácia contida, ou seja, que dependem de legislação para serem efetivados, ao passo que a aplicação de norma que trata da mesma matéria já existente não alcança tampouco ofende a competência legislativa que se encontra até os dias atuais em mora.

A decisão analisada, portanto, foi um grande avanço no período em que foi proferida, pois garantiu que os servidores públicos civis de carreira policial (polícia civil, polícia federal, polícia rodoviária federal) pudessem exercer o direito de greve, considerando as regras previstas na Lei nº 7.783/1989 até que o Poder Legislativo cumprisse seu dever elaborando legislação específica para os servidores do regime jurídico estatutário.

2 A CARREIRA POLICIAL E O DIREITO DE GREVE

No Mandado de Injunção 610 apreciado pelo STF, foi assegurado o direito de greve aos servidores, mesmo sendo policiais, justamente porque com a promulgação da Constituição Federal de 1988 estes eram considerados servidores públicos civis. O fato da distinção entre a carreira policial em geral e a carreira militar pelos direitos e deveres atribuídos pela Carta Magna, corroborar com o entendimento firmado no referido Mandado de Injunção, além da confirmação dessa situação se comprovar também com a proibição expressa constitucional do exercício da greve apenas para os militares.

A carreira policial é pilar para a segurança pública, que é serviço essencial e de atribuição exclusiva do Estado, a qual deverá ser efetivada com a finalidade de alcance de toda a coletividade.

O artigo 144 da Constituição Federal atribuiu expressamente como função da carreira policial o exercício da segurança pública com a preservação de ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Essa atividade não poderá ser exercida pela iniciativa privada, justamente por ser a segurança pública um direito inviolável que deve necessariamente alcançado por todos, garantindo, indiscutivelmente, o interesse público nesta situação.

Na contramão da jurisprudência anteriormente firmada no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que os servidores da carreira policial são proibidos de entrar em greve. Ou seja, o direito de greve dos policiais foi declarado inconstitucional pelo STF.

O Estado de Goiás propôs uma ação declaratória no Tribunal de Justiça do Goiás questionando a legalidade da greve exercida pelos policiais civis da região. O Tribunal de 2ª instância declarou legítimo o ato da greve, com a aplicação dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal quando analisaram os Mandados de Injunções nº 610, 708 e 712.

O acórdão proferido pelo TJGO declarando a legalidade da greve dos servidores policiais civis motivou a interposição de recurso extraordinário para a Corte Constitucional, cujo objetivo era questionar a constitucionalidade do exercício de greve aos servidores do setor de segurança pública, justamente, por ser até os dias atuais ausente legislação específica que regulamentasse a matéria, bem como sob a alegação de que a matéria a ser analisada detinha repercussão geral por existir reflexos e impactos sociais e econômicos.

Assim, por meio do Agravo em Recurso Especial 654.432¹⁸, o qual tratava da questão da greve de policiais, foi declarada a repercussão geral do tema, reconhecida em 2012 pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal e

¹⁸ STF. *ARE 654.432*. Voto Ministro Alexandre de Moraes. Acórdão ainda não publicado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE654432_grevedepoliciais.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2017.

alcançou todos os servidores que exerciam atividade de segurança pública no sistema jurídico brasileiro.

Após a afetação do tema como repercussão geral, em 2017, o Supremo Tribunal Federal analisou o recurso em questão o julgando procedente com a seguinte tese a ser aplicada:

1 - O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública.

2 - É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do CPC, para vocalização dos interesses da categoria".

O Agravado, Sindicato dos Policiais Civis no Goiás, comprovou no julgamento que os servidores passaram sem recomposição inflacionária da remuneração percebida durante cinco anos, sendo a greve o único direito capaz de assegurar um mínimo de dignidade na reivindicação de melhorias laborais.

A indicada recomposição suscitada pelos servidores ao Estado foi autorizada apenas após a greve do ano de 2014, comprovando a necessidade de declaração de constitucionalidade do exercício deste direito aos servidores policiais que são servidores públicos civis.

O direito de greve deve ser resguardado a todos os servidores públicos civis, tendo em vista haver tal previsão expressamente resguardada pela Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal é competente para interpretar da melhor forma possível as normas constitucionais, entretanto, não está autorizado a criar situações que vão em descontrolo ou ofendam a determinação expressa e clara da Norma Maior.

Nesse sentido, o relator originário do ARE 654.432, Ministro Edson Fachin, emanou voto no sentido de negar provimento ao recurso, justamente por compreender que a vedação absoluta do direito de greve aos servidores públicos civis policiais obstruiria o gozo de direito fundamental garantido expressamente na Constituição Federal.

O entendimento do referido Ministro é no sentido já abordado quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 610 pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, onde afirmaram em seus votos que o direito de greve é existente na fonte constitucional, apenas não sendo exercido àquela época pelos servidores públicos por ser inexistente a regulamentação específica.

O Ministro Edson Fachin¹⁹ concluiu em seu voto que o direito de greve não é absoluto, entretanto, não poderia também ser excluído sem que houvesse expressamente previsão normativa ou constitucional. Assim, ponderou que as considerações previstas no Mandado de Injunção 670 deveriam ser observadas no caso em concreto, sendo destacada a essencialidade do serviço de segurança, bem como que seria vedado o porte de arma, uso de uniforme, e utensílios específicos de uso de serviço durante o ato da greve.

A ponderação foi objeto central de seu voto, onde não excluiu direito resguardado constitucionalmente aos servidores civis da carreira policial, determinando, apenas, limites para o exercício a fim de assegurar todos os outros preceitos fundamentais constitucionais quanto ao exercício de greve e de reunião em praças públicas.

O voto do Ministro Relator Edson Fachin foi vencido, sendo acompanhado apenas pelos Ministros Marco Aurélio e Ministra Rosa Weber.

Contrariamente, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu voto divergente, o qual foi vencedor. Em seu voto foi declarada inconstitucional a greve do servidor policial, e nesse momento ponderou que mesmo sem fazer analogia com a vedação expressa de greve aos militares, existiam proibições dos policiais exercerem direito de greve por toda a Constituição.

O referido Ministro Alexandre de Moraes desenvolveu a tese que

a carreira policial é o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas são para a segurança nacional. É inegável que há um paralelismo importante aqui entre segurança interna e a segurança

¹⁹ STF.

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340096>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

nacional, inclusive pela inexistência de atividades paralelas na iniciativa privada.²⁰

Assim, concluiu logo no início de seu voto que a atividade policial é carreira de Estado, não autorizado seu exercício pela iniciativa privada, distinguindo-se dos demais serviços também considerados essenciais, como, por exemplo, a educação e a saúde. Ainda no decorrer de sua exposição no voto proferido, foi realizada uma correlação entre a paralisação da segurança pública com a respectiva paralisação da própria Justiça Criminal e do Ministério Público.

No momento em que o aludido Ministro realiza a comparação dos servidores civis da carreira policial ao “*braço armado do Estado*”, diretamente faz uma correlação destes com as Forças Armadas e Militares.

No decorrer do voto, o Ministro Alexandre de Moraes questiona:

Como compatibilizar que o braço armado do Estado mantenha as necessárias disciplina e hierarquia com o Direito de Greve, sem colocar em risco a segurança pública, a ordem e a paz social?

Como compatibilizar a obrigatoriedade de os integrantes das carreiras policiais realizarem intervenções e prisões em situação de flagrância com o exercício do Direito de Greve?

Como compatibilizar a continuidade do exercício integral das funções do Ministério Público e a continuidade da jurisdição criminal com o exercício do Direito de Greve pela Polícia Judiciária?

Não é possível. Ninguém é obrigado a ingressar no serviço público, em especial nas carreiras policiais, ninguém é obrigado a exercer o que, particularmente, considero um verdadeiro sacerdócio, que é a carreira policial. Mas aqueles que permanecem sabem que a carreira policial é mais do que uma profissão, é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. Não é possível que o braço armado do

²⁰ STF. *ARE 654.432*. Voto Ministro Alexandre de Moraes. Acórdão ainda não publicado. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE654432_grevedepoliciais.pdf >. Acesso em: 06 jul. 2017.

Estado queira fazer greve. O Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição não permite.²¹

O voto do Ministro Alexandre traz como argumento central para responder as indagações acima transcritas o fato de o policial não andar desarmado, pois possui porte de arma justamente porque precisa exercer o dever de segurança durante 24 horas diárias, o que implica que sua atividade é necessariamente diferenciada dos demais servidores. Contradiu os argumentos do relator originário, pois o direito de greve e reuniões seria considerado impossível, assim, nunca um policial os exerceriam sem estar com porte de arma.

Por fim, utilizou o argumento de que a prevalência do interesse público, que no caso seria a segurança pública, deve ser resguardada, o que impede a declaração da constitucionalidade da greve aos policiais em geral, por ser um serviço inadiável da comunidade, a partir da interpretação dos artigos 9º, § 1º, 37, inciso VII todos da Constituição. Com isso, alegou que estaria afastando, portanto, a analogia à vedação constitucional da greve aplicada aos militares.

Nesse sentido, o referido voto foi vencedor por maioria, sendo apontado como sugestão pelo Ministro Barroso a inclusão na tese da utilização da mediação como instrumento processual a ser garantido aos policiais quando se depararem com ofensas aos direitos sociais referentes ao labor resguardados pela Constituição.

O julgamento gerou grande repercussão em todo o serviço público brasileiro, pois a tese aprovada pela maioria dos Ministros do STF é um completo retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

É certo que a segurança pública é um serviço essencial, não podendo a sua prestação ser colocada em situação de risco no ato de sua efetiva execução, entretanto, a Constituição Federal distinguiu os servidores civis da carreira das Forças Armadas e Militares.

²¹ STF. *ARE 654.432*. Voto Ministro Alexandre de Moraes. Acórdão ainda não publicado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE654432_grevedepoliciais.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2017.

Os policiais civis, federais, rodoviários federais são considerados como servidores públicos civis, detentores de direitos e deveres previstos na Carta Magna, bem como nas regras estatutárias de regência. Eles possuem o regime diferenciado pela natureza da atividade que exercem, não havendo norma alguma expressamente impedindo o livre exercício do direito de greve. Pelo contrário, conforme previsão constitucional, o direito de greve está assegurado aos policiais assim como a todos os demais servidores públicos civis.

Nota-se que mesmo com mitigações, tendo em vista a greve não ser um direito absoluto, não há como vedar direito expressamente assegurado pela Carta Cidadã, conforme bem colocado pelo Ministro Edson Fachin.

A equiparação dos policiais civis aos militares nos termos do voto aprovado pela maioria dos Ministros da Suprema Corte desencontra as normas constitucionais que garantem inúmeros direitos fundamentais aos servidores civis. Não há vedação alguma expressa imposta aos policiais do serviço público civil.

O constituinte traz a previsão de proibições do exercício de greve, como o fez com os militares que são submetidos a um regime hierarquizado e de disciplina completamente afastado dos demais servidores policiais.

O pró-atividade do STF do julgamento, exercida como argumento de que deve primar pela melhor interpretação das normas constitucionais, neste caso foi em desencontro direto com a previsão da Constituição Federal, pois no intuito de solucionar a controvérsia, a Corte feriu atribuição não conferida ao Judiciário, fazendo uma interpretação sistemática de artigos que não trazem previsões de impedimento dos policiais, servidores públicos civis, em exercerem, mesmo que com as ressalvas devido a natureza da atividade essencial exercida, o direito de greve.

A afirmação de que a carreira policial é braço armado do Estado, bem como que é carreira de Estado, configura o comparativo e a aplicação da isonomia dos servidores civis com as Forças Armadas.

Se o intuito constitucional fosse afastar o direito de greve dos servidores policiais, texto normativo não teria consagrado as carreiras policiais como espécies inseridas no gênero do serviço público civil, detentoras dos direitos e garantias sociais amplamente resguardados no artigo 7º da CF.

Com isso, a decisão preferida pelo STF ofendeu o direito de greve garantido pela Constituição ao servidor público policial.

3 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CASO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA GREVE DOS POLICIAIS

A interpretação das normas constitucionais é uma competência assegurada ao Supremo Tribunal Federal por determinação da própria Constituição.

Ocorre que no que se trata de interpretação desses normativos o próprio Ministro Gilmar Mendes em sua obra afirmou que quando o constituinte não prevê expressamente proibições de direitos, em regra, não teve o objetivo de conferir as mesmas consequências a serem aplicadas as previsões literais. Isso deve ser observado e levado em consideração pelo intérprete. Conclui que

A omissão da regulação nesse âmbito, terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída. Fala-se, em situações tais, que houve um 'silêncio eloquente' do constituinte, que obsta a extensão da norma existente para a situação não regulada explicitamente.²²

Constata-se, portanto, que a interpretação extensiva ou sistemática dos normativos constitucionais aplicada pelos intérpretes do Supremo Tribunal Federal não pode excluir direitos previstos, tampouco inovar a ponto de que esteja claramente demonstrado que o Constituinte não tinha aquele intuito. Isso implicaria em problema operacional referente a tripartição dos poderes, gerando crise institucional no Estado de Democrático de Direito.

O próprio STF já se posicionou nesse sentido, afirmando em julgados que a omissão constitucional não poderá se converter no denominado "*silêncio*

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88-89.

eloquente", pois este foi deixado intencionalmente pelo constituinte, não sendo autorizado o preenchimento sem a correta análise de todo o texto constitucional em conjunto:

Recurso em Mandado de Segurança. 2. Matéria eleitoral. 3. Organização do Poder Judiciário. Preenchimento de vaga de juiz substituto da classe dos advogados. 4. Regra geral. Art. 94, CF. Prazo de 10 (dez) anos de exercício da atividade profissional. 5. Tribunal Regional Eleitoral. Art. 120, § 1o, III, CF. Encaminhamento de Lista Tríplice. 6. A Constituição silenciou-se, tão-somente, em relação aos advogados indicados para a Justiça Eleitoral. 7. Nada há, porém, no âmbito dessa justiça, que possa justificar disciplina diferente na espécie. 8. Omissão constitucional que não se converte em "silêncio eloquente" 9. Recurso a que se nega provimento²³

Nesse sentido, não há aspecto algum trazido pelo constituinte no texto normativo que autorizasse o Poder Judiciário a declarar inconstitucional o direito de greve atribuído aos servidores policiais, ou seja, o Judiciário decidiu para além do texto constitucional.

A vedação expressa constitucional do exercício do direito de greve pelos militares, bombeiros e Forças Armadas ocorreu justamente porque estes exercem policiamento intrínseco da manutenção da ordem pública nacional, as quais não são diretamente exercidas pelos policiais servidores públicos civis.²⁴

O regime jurídico dessas carreiras são completamente diferenciada do regime jurídico estatutário, sendo submetidos à hierarquia e à disciplinar puramente militar, bem como possuem sistema diferenciado previdenciários e são submetidos à legislação penal especial.

Os fundamentos para que o constituinte incluído como previsão expressa à vedação do direito de greve aos militares são claros, sendo incompatíveis com a ostensividade inerente das funções, bem como auxílio às forças nacionais de segurança da nação.

²³ RMS 24334, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 26-08-2005 PP-00066 EMENT VOL-02202-02 PP-00245 RTJ VOL-00195-02 PP-00456 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 178- 202

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 634.

Distintamente, os demais servidores policiais, por mais que exerçam o papel de segurança pública, são qualificados pela Constituição Federal como servidores público civis que exercem atividade de risco.

Com isso, a não inclusão expressa dessas categorias na vedação do exercício de direito de greve na Constituição deve ser considerado como “silêncio eloquente”, não podendo o Poder Judiciário, sem qualquer previsão no sentido de vedar a greve aos servidores, declarar sua inconstitucionalidade.

Esse é o entendimento exposto pelo doutrinador Humberto Ávila em sua obra *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*:

Em primeiro lugar, como as regras tem a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita a escolha. É justamente para evitar o surgimento de um conflito moral e para afastar a incerteza decorrente da falta de resolução desse mesmo conflito que o Poder Legislativo opta pela edição de uma regra. Nesse sentido, Alexander e Sherwin: ‘A finalidade de se ter a lei promulgando regras para estabelecer questões sobre como os princípios morais se aplicam em casos concretos reside na eliminação da controvérsia e da incerteza, e dos custos morais a elas associados.

Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais.²⁵

Assim, o constituinte, por meio do Poder Legislativo, determinou tratamento diferenciado entre policiais em geral e os militares com a finalidade de limitar a atividade interpretativa quando do momento de aplicação da norma.

Com isso, deixou que o legislador infraconstitucional regulamentasse o direito de greve em detrimento a cada especificidade de inúmeras categorias existentes, podendo prever mitigações ou aplicação extensiva desse direito.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

O constituinte, detentor da função legislativa, não autorizou em dispositivo algum que a legislação específica ou o intérprete proibisse o exercício do direito a nenhum servidor público civil.

O Poder Judiciário, neste caso, editou norma em abstrato, ultrapassando a função puramente jurisdicional e ingressando na função administrativa, a qual cria de forma primária direitos e deveres.

A vedação por decisão vinculante do movimento paredista ofendeu, portanto, a função legislativa intrinsecamente do Poder Legislativo. Isso é um dos grandes problemas operacionais da separação dos Três Poderes, modelo aplicado no atual Estado de Direito, que implica nas indefinições futuras do significado do Estado e suas respectivas funções.

CONCLUSÃO

Constata-se da análise da decisão de declaração de inconstitucionalidade do direito de greve dos servidores da carreira policial, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 654.432, com repercussão geral conhecida, que há uma nítida crise entre poderes atualmente.

A Constituição Federal instituiu o direito de greve para todos os servidores, resguardando a sua fruição não apenas pelos trabalhadores do setor privado, como também a todos os servidores públicos civis. Houve a vedação expressa do direito de greve aos militares, justamente pela incompatibilidade dos serviços prestados com o instituto.

Na vedação, o constituinte não incluiu todas as categorias de servidores policiais, deixando como competência do legislador infraconstitucional em determinar as regras a serem aplicadas a cada categoria do serviço público. Isso ocorre porque existem serviços essenciais que não podem ter sua paralisação total, devendo garantir um mínimo de prestação coletiva.

É nítida a crise entre poderes, pois o Poder Judiciário ingressou na competência do legislador infraconstitucional, determinando a vedação, por

meio de interpretação dos artigos constitucionais, do direito dos policiais, servidores públicos civis, do direito de greve.

O Estado Social garante o acesso aos direitos fundamentais nos moldes constitucionais, a interpretação com o intuito de criar ou extinguir direito não deve ser considerada como função própria a ser exercida pelo Poder Judiciário.

Mesmo o Poder Legislativo, neste caso, não poderia excluir o direito dos servidores policiais garantido pela Carta Magna, estando autorizado apenas a regulamentar, conforme a atividade essencial exercida de segurança pública, as normas de execução do direito de greve.

Pelo exposto, demonstra-se que a crise institucional entre poderes está gerando reflexos negativos práticos, pois o Poder Judiciário, muitas vezes mediante uma atuação pró-ativa, com a intenção de propor soluções aos casos em concreto, como é o caso da vedação do direito de greve aos policiais, acaba aplicando a função legislativa, a qual é a criação e extinção do direito por norma em abstrato, surtindo efeitos negativos e retrocessos jurídicos e sociais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017.

_____. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989*. Lei de greve do setor privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI 670*, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI 708*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI 712*, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RMS 24334*, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 26-08-2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340096>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.

O ENFRAQUECIMENTO DO PODER EXECUTIVO FACE À CRISE EXISTENTE NA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Breno da Silva Ramos¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estampa em seu artigo 2º a doutrina da separação dos poderes, de forma que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem coexistir de forma independente e harmônica. O fundamento para tanto está na garantia da liberdade individual e na contenção do abuso de poder. Enquanto cada poder exercer as atribuições que lhe são próprias, tem-se o equilíbrio desejado para a existência de um estado democrático de direito. Ocorre que atualmente há uma crise nessa separação de poderes. O Poder Judiciário, por meio de condutas ativistas, tem adentrado no âmbito de atuação do Poder Executivo. Isso gera um enfraquecimento do Poder Executivo e um crescimento do Poder Judiciário. A criação desse superpoder judiciário parece pôr em risco a estabilidade que a separação de poderes buscar assegurar. Esse é o pano de fundo do presente trabalho, no qual será realizada uma análise do atual cenário jurídico brasileiro, a fim de apontar as problemáticas decorrentes da crise na separação dos poderes e o conseqüente enfraquecimento do Poder Executivo.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Poder Executivo. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 establishes in its article 2 the doctrine of the separation of powers, in accord with that the Executive, Legislative and Judiciary must coexist independently and harmoniously. The reason for this is in the guarantee of individual freedom and in the containment of abuse of

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio do Recife e em Direito Administrativo pela Universidade ANHANGUERA/UNIDERP. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Advogado da União. *E-mail:* brenosramos@gmail.com

power. Once each power exercises its own attributions, we have the desired balance for the existence of a democratic state of law. It happens that there is currently a crisis in this separation of powers. The Judiciary, through activist conducts, has entered the sphere of action of the Executive Branch. This generates a weakening of the Executive Branch and a growth of the Judiciary Branch. The creation of such a superpower seems to jeopardize the stability that the separation of powers seeks to secure. This is the background of the present study, which in analysis to the current Brazilian legal scenario seeks to point out the problems arising from the crisis in the separation of powers and the weakening of the Executive Branch.

Keywords: Separation of Powers. Executive branch. Judicial branch. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º, estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se da incorporação da teoria da tripartição das funções estatais, a qual foi desenvolvida por Montesquieu, mediante o aperfeiçoamento da noção de separação de poderes que já pairava na sociedade desde a antiguidade, remontando aos pensamentos de Platão e Aristóteles².

Pela doutrina de Montesquieu, estampada na obra *O espírito das leis*, o poder não pode ser absoluto, pois o estado em que todo o poder se concentra nas mãos de um único órgão está fadado a se caracterizar como uma tirania, na qual não existe liberdade. Dessa forma, a divisão das funções estatais, entre três poderes independentes, é fundamental para a garantia dos direitos sociais e a contenção de abusos de poder por parte dos seus detentores.

É necessário se destacar a notável contribuição dos denominados Federalistas: Hamilton, Madison e Jay, nas publicações intituladas *The Federalist*, que aperfeiçoaram a ideia da contenção do poder pelo poder, com o reconhecimento daquilo que se denomina sistema de freios e contrapesos (*check and balance*).

² MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217.

Diante dessa realidade, a norma estampada no art. 2º da CF/88 assegura que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem coexistir de forma autônoma e independente, evitando-se a ocorrência de interferência entre eles, a qual deve existir apenas quando a Carta Magna permitir, para coibir o abuso no desenvolvimento das funções que são próprias a cada um dos poderes. É o caso, por exemplo, da possibilidade de veto de um projeto de lei por parte do Presidente da República, em claro exercício de contrapeso à atuação do Poder Legislativo.

Na realidade brasileira, contudo, tem-se percebido uma crise na separação dos poderes. Por vezes, o âmbito de atuação do Poder Executivo é “invadido” por condutas perpetradas de forma ativista pelos membros do Poder Judiciário, que passam a ditar como a política pública deve ser executada, sem que haja o necessário planejamento econômico/financeiro.

Sem o caráter legitimador do sufrágio universal, a atuação dos membros do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas pode pôr em risco a concretização de planos de governo democraticamente eleito pelo povo. O problema, conforme se demonstrará, está na ausência de critérios para o exercício do ativismo judicial, que, quando executado de modo desenfreado, passa a ameaçar a lógica da separação dos poderes.

É diante dessa realidade que se entende haver uma afronta ao disposto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, pois atualmente os três poderes da República não têm coexistido de forma harmônica e totalmente independente, estando o Poder Executivo limitado no desenvolvimento das funções que lhe são próprias.

O presente trabalho, portanto, se aterá à análise da atuação do Poder Judiciário frente ao Executivo, demonstrando-se as possíveis consequências do ativismo judicial sobre a doutrina da separação dos poderes e a manutenção da independência e da harmonia estampadas no art. 2º da Carta Magna. Assim, será realizada uma análise do cenário fático-jurídico atual, sem pretensão de exaurir o debate, mas apenas fomentá-lo.

1 A DOCTRINA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DOS FREIOS E CONTRAPESOS

A base da doutrina da tripartição do poder está na divisão das funções estatais. O poder soberano é uno e indivisível. O proposto pela doutrina é a tripartição das funções do estado, a fim de que o órgão incumbido de executar as leis seja diverso daquele que as cria, bem como o órgão responsável por julgar as infrações à lei seja distinto dos dois anteriores.

Essa ideia de separação das funções estatais existe desde a antiguidade, mas foi o barão de Montesquieu o responsável pela sistematização da doutrina da separação dos três poderes.

Os desmandos da monarquia absolutista que reinava na França no século XVIII culminou com a necessidade de implementação de um novo sistema que impusesse limites ao poder estatal e atribuísse direitos e garantias aos cidadãos. Com inspiração no pensamento de John Locke e no sistema constitucional inglês, Montesquieu sistematizou a teoria da separação dos poderes.

Montesquieu defendeu que todo o homem que detém o poder tende a dele abusar. Assim, para que o exercício do poder seja legítimo ele deve ser limitado pelo próprio poder. Logo, para se evitar a existência de governos tiranos que desdenham dos direitos individuais, faz-se necessária a tripartição das funções estatais, sendo cada função desempenhada por um órgão independente diverso.

O fundamento da doutrina de Montesquieu foi bem apontado pelo constitucionalista Paulo Bonavides, quando expõe:

Depois de referir a liberdade política aos governos moderados, afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo.

Vai o abuso até onde lhe deparem os limites. E para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a

sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder.³

A doutrina de Montesquieu teve aceitação nos Estados Unidos da América, servindo de base para os estudos que resultaram nas publicações intituladas *The Federalist*, artigos de autoria de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, que visavam ratificar a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e convencer a população acerca da imprescindibilidade da separação dos poderes, do federalismo e da república como fundamentos do Estado Americano.

Dentre os artigos que compõem as referidas publicações, merece destaque o de número 10, no qual, por meio da análise de influências de uma facção sobre outras, James Madison aprimora o sistema dos freios e contrapesos.

Pois bem. O objetivo imediato da doutrina da separação dos poderes está na garantia da liberdade. Liberdade de agir do cidadão que só pode ser limitada pela lei. Para que não haja abusos na lei, que tolham a dignidade da pessoa humana e os direitos dela decorrentes, o poder de ditar o direito e fiscalizar/julgar o seu cumprimento não pode estar concentrado de forma absoluta nas mãos de uma só pessoa, seja essa singular ou coletiva.

O poder, então, embora uno e indivisível, deve ser repartido entre três funções estatais: a Executiva, a Legislativa e a Judiciária. Cada uma dessas funções deve ser desempenhada de forma preponderante por um respectivo Poder constitucional.

Diante desse cenário, considerando-se a divisão tripartite das funções do estado, tem-se que cada função corresponde precipuamente a um poder: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Nessa toada, é importante que se definam quais as características que marcam as funções executiva, legislativa e judiciária.

³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 175.

De acordo com o administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo, as funções estatais se identificam pelas seguintes características:

Assim, função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais, ou excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.⁴

É necessário ressaltar que além das suas funções precípua, os poderes estatais também desempenham outras funções de forma atípica. É o caso, por exemplo, da realização de um procedimento licitatório pelo Poder Judiciário, quando este estará desempenhando função administrativa, ou da edição de medida provisória pelo Presidente da República, quando o Poder Executivo estará desempenhando função legislativa.

O que importa para o presente estudo, entretanto, é aclarar o ideal da teoria da tripartição das funções estatais, com a análise das limitações que um poder pode e deve exercer sobre o outro, para manter a harmonia do sistema.

Essa limitação entre os poderes deve ser exercida de forma comedida, sob pena de afrontar a independência e a harmonia sobre as quais o sistema se sustenta.

Partindo-se da ideia de Montesquieu de que um poder só é limitado pelo próprio poder, é certo que o desempenho das funções que são inerentes a cada

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, . p. 35-36.

um dos Poderes já representa uma limitação ao exercício do outro. Ao legislar, o Poder Legislativo limita o âmbito de atuação do Poder Executivo, pois o agente público só pode agir de acordo com a lei. O Poder Judiciário, por sua vez, limita o Poder Legislativo ao exercer o controle de constitucionalidade das leis. Já o Poder Executivo limita a atuação do Poder Legislativo, mediante o veto presidencial, e atua junto ao Poder Judiciário na nomeação dos ministros que integram a Suprema Corte.

O problema está no exercício abusivo dessa interferência entre Poderes. O que se verifica no cenário atual é uma verdadeira intromissão de um Poder frente a outro. A razão para tanto pode estar no que se considera um vácuo de poder.

Em face de deficiências estruturais e burocráticas, diversas vezes o Poder Executivo não consegue cumprir a sua função constitucional na velocidade que a sociedade moderna demanda, de forma que, em face dessa omissão, o Poder Judiciário adentra na formulação de políticas públicas, atuando em questões cuja competência não lhe pertence.

De outra sorte, por razões estruturais, também o Poder Legislativo cresce frente ao Poder Executivo, já que é fácil se vislumbrar uma dependência daquele que cumpre a lei frente àquele que faz a lei. Sem o apoio do Legislativo, o Executivo resta imobilizado.

Pode se verificar, com isso, uma crise no modelo ideal de separação de poderes, em que as funções estatais deveriam ser desempenhadas de forma independente. Para que haja o fortalecimento de um poder, necessariamente estará havendo o enfraquecimento de outro. Assim, surge a questão: o fortalecimento do Poder Judiciário requer o enfraquecimento e a violação à independência do Poder Executivo?

2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DO PODER EXECUTIVO

Partindo novamente da ideia da separação das funções estatais, cabe ao Poder Judiciário o desempenho da atividade judicante. É o Poder Judiciário que, por meio de decisões com força de coisa julgada, dirime conflitos da sociedade e aplica o direito ao caso concreto, preservando a manutenção da ordem jurídica.

No exercício da referida função, entretanto, não há espaço para a criação de normas gerais e abstratas que inovam no mundo jurídico, a exemplo das leis editadas pelo parlamento. Da mesma forma, não há espaço para a criação e execução de políticas públicas, em cumprimento à lei e à constituição, que é função primordial do Poder Executivo.

É nessa seara que entra o ativismo judicial. Pode-se dizer que o Poder Judiciário age de forma ativista quando ultrapassa a mera função de aplicação do direito ao caso concreto, mediante a decisão de litígios postos à sua apreciação, e passa a inovar de forma primária no ordenamento jurídico. Por meio do ativismo judicial o juiz se reveste da função de legislador e cria situações inéditas, seja pela edição de ato de caráter normativo, seja pela retirada do mundo jurídico de norma editada pelo Legislativo, por meio do controle de constitucionalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso⁵ define o ativismo judicial como sendo uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo. Ele cita as seguintes posturas que caracterizam esse modo de atuar:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Mas o ativismo judicial não se circunscreve à criação de normas jurídicas por meio de decisões judiciais, em usurpação à função do Poder Legislativo. Também se pode falar no ativismo judicial frente às competências que são próprias do Poder Executivo.

Nesse sentido, é esclarecedora a definição apresentada pelo atual Procurador Geral do Estado de São Paulo, Elival da Silva Ramos, na obra *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*⁶:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (p. 119)

São os efeitos do ativismo judicial frente ao Poder Executivo que são o cerne da discussão do presente trabalho.

Em consulta à jurisprudência dos tribunais pátrios, encontram-se diversos exemplos em que o Poder Judiciário, mediante postura ativista, adentrou na seara do Poder Executivo e criou e/ou executou políticas públicas.

Foi o que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 208, IV, da CF/88, garantiu vagas em creches para crianças de até 05 anos de idade, obrigando o Município de São Paulo a efetuar matrículas em unidades de ensino infantil, independente da existência de vagas, conforme se verifica da ementa do julgamento do ARE 639337/SP, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina

a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA

PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma

vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Outro grande exemplo em que o Poder Judiciário, a pretexto de aplicar a Constituição, adentra na área de atuação do Poder Executivo são as decisões que envolvem a concessão de medicamentos e procedimentos médicos.

É recorrente na justiça brasileira os casos em que os juízes deferem pedidos de medicamentos de alto custo sem que haja uma análise concreta dos impactos da decisão no orçamento público e na efetivação das demais políticas públicas.

Nesses casos, constata-se, inclusive, que o deferimento da concessão de medicamentos ocorre sem que se observe os parâmetros estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na STA 175/CE, no qual se definiu, dentre outros pressupostos, a necessidade de que o medicamento requerido contasse com registro na ANVISA, bem como que o medicamento e/ou tratamento seja fornecido pelo SUS, não sendo possível, a princípio, a concessão de medicamentos experimentais de alto custo, cuja efetividade não seja comprovada.

No referido precedente, inclusive, analisou-se a diferenciação entre hipóteses em que o Poder Judiciário garante a efetivação de uma política pública, que já foi definida pelo Governo, daqueles casos em que o Judiciário

passa a criar a política pública. Nesse sentido, constou do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do caso:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.⁷

Como se nota, há uma percepção, pelo próprio Poder Judiciário, do limite que diferencia a efetivação de um direito em consonância com a política pública definida pelo Governo, daqueles casos em que o Judiciário passa a criar a própria política pública. O problema, entretanto, é que esse limite vem sendo reiteradamente desrespeitado.

Acerca desse ponto, em que o Poder Judiciário ultrapassa o limite da sua função constitucional e passa a definir a política pública, Ada Pellegrini Grinover, ao analisar decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45-9, sintetiza a conclusão do julgado na seguinte forma:

Resumindo, percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido pelo cidadão, (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>.

financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.⁸

Diante desse contexto, pode-se concluir que, quando a atuação do Poder Judiciário ultrapassa esses parâmetros, está caracterizada a “invasão” na competência do Poder Executivo. Não se trata, assim, do exercício da função judiciária, na forma como pensada a doutrina da separação dos poderes, mas sim do exercício da função executiva.

É preciso deixar claro que não se pretende abominar a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal. Deve-se atentar, porém, à forma como esse controle é exercido.

Voltando às balizas da teoria da tripartição dos poderes, viu-se que a interferência exercida por um Poder sobre o outro deve ser a mínima e a necessária, para evitar a ocorrência de abusos. Essa limitação deve se dar com fundamento direto na Constituição. A limitação, portando, cinge-se ao exercício das funções que são próprias ao Poder, bem como daquelas que lhe são atipicamente atribuídas.

A partir do momento em que o Poder Judiciário, com o fim de assegurar a efetivação de direitos previstos na Constituição, e sob o fundamento evitar a ocorrência de “inconstitucionalidades” em decorrência de uma omissão ou negativa do Poder Executivo, passa a implementar políticas públicas, inovando na ordem social, há uma clara afronta ao postulado da separação dos poderes.

Surge, com isso, a problemática da ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para a criação de políticas públicas.

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF/88, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”. Nessa perspectiva, o chefe do Poder Executivo, eleito de forma democrática através do voto popular, é quem dispõe de legitimidade

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132.

para, em conjunto com os membros do parlamento, definir as prioridades e metas do governo.

Por meio das eleições democráticas, o povo, de forma majoritária, escolhe aqueles por quem se sentem representados para que implementem o plano de governo apresentado durante as campanhas eleitorais. Cumpre ressaltar que não apenas os representantes eleitos são escolhidos, mas também os planos de governo e as políticas ideológicas.

Nesse contexto, ao adentrar no âmbito de exercício do Poder Executivo e definir políticas públicas, o Poder Judiciário pode estar indo de encontro ao plano de governo que a população escolheu como sendo o melhor para ser implementado na sociedade, atuando em caráter contramajoritário.

Os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo. Na magistratura de carreira, o ingresso se dá por meio de concurso público de provas e títulos. Nos tribunais superiores, o ingresso se dá por indicação do chefe do Poder Executivo. Dessa forma, pode-se questionar qual seria a solução para os casos em que os anseios da população estejam na contramão daquilo que está sendo determinado pelo Poder Judiciário, em claro exercício de ativismo judicial? Poderia a população se insurgir contra as referidas decisões judiciais, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não goza de legitimidade democrática para governar?

Não se deve olvidar, ainda, o fato de que os membros do Poder Judiciário, embora juramentados pelo exercício da função judicante com imparcialidade e independência, também estão suscetíveis a inclinações políticas e pressões sociais. Dessa forma, como se pode ter certeza de que a política pública e a interpretação constitucional aplicada pelos órgãos julgadores é isenta e melhor atende aos anseios da população? E se a decisão judicial estiver revestida de caráter puramente político, a quem cabe o controle dessa decisão?

Outra problemática que se encontra nessa forma de ativismo judicial, em que o Poder Judiciário substitui o Poder Executivo na definição de políticas públicas, está no planejamento macro. Isso porque, o Poder Executivo, ao

formular e executar política pública, está preso a diversas amarras, em especial a questão orçamentária.

De acordo com o art. 167, II, da CF/88, é vedada a realização de despesa ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Com isso, anualmente, o Poder Executivo elege as ações prioritárias que serão executadas no exercício seguinte e assegura recursos orçamentários para custeá-las.

Nesse cenário, deve-se indagar se o Poder Judiciário, ao determinar o implemento de ações sociais por parte do Poder Executivo, também está limitado pela regra prescrita no art. 167, II, da CF/88. Isto é, pode o Poder Judiciário determinar a execução de atividade cujos custos não estão contemplados na Lei Orçamentária Anual?

Caso não haja recursos para a ação, a quem se deve atribuir a responsabilidade pelo descumprimento da norma constitucional? É o Poder Executivo que deve suportar o déficit orçamentário que eventualmente possa surgir em face do cumprimento das determinações emanadas do Poder Judiciário no exercício do ativismo judicial?

O que se verifica, na realidade, é um maior estrangulamento do orçamento do Poder Executivo.

Essas são apenas algumas das questões que surgem quando se analisa os efeitos do ativismo judicial. Mas a principal consequência, conforme analisado no presente trabalho, é o enfraquecimento do Poder Executivo.

O ativismo judicial surge para suprir lacunas deixadas pelos demais Poderes. No exemplo citado neste artigo, da concessão de medicamentos, temos a ineficiência do Poder Executivo em assegurar a efetivação do direito constitucional da saúde, plasmado no art. 196 da Carta Magna.

Em um cenário perfeito, em que o Poder Executivo cumpre o seu mister, não haveria espaço para a atuação ativista do Poder Judiciário. Caso o sistema de saúde pública se aproximasse do ideal, não precisaria o Poder Judiciário ser

a todo o momento chamado para interferir e dar ao cidadão aquilo que um estado eficiente já deveria lhe garantir.

O fato, entretanto, é que o orçamento é limitado e o Poder Executivo, ainda que fosse mais eficiente, não conseguiria atender a todos os anseios da população. É o que se reconhece como princípio da reserva do possível, de acordo com o qual a atuação do Estado está limitada pela sua disponibilidade orçamentária.

É inegável que o Poder Executivo deve assegurar o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana, conforme assentado na Carta Magna. Entretanto, são necessários limites para se definir prioridades e como os anseios da população devem ser garantidos.

Ao adentrar no âmbito de atuação do Poder Executivo e dar ao cidadão o que está sendo pedido, sem que se adotem critérios objetivos, o Poder Judiciário pode estar impedindo que o chefe do governo cumpra o plano traçado para o seu mandato. O Poder Judiciário retira, de forma direta, a competência do Poder Executivo de executar a política pública e impede, de forma indireta, que o programa de governo seja executado, pela inviabilidade financeira.

É necessário, portanto, que se criem limites ao ativismo judicial, como já propôs o Ministro Barroso, sob pena de que essa crescente onda enfraqueça cada vez mais a atuação do Poder Executivo.

O crescimento exacerbado do âmbito de atuação do Poder Judiciário, em contraponto à atuação do Poder Executivo, quebra com a lógica da doutrina da separação dos poderes.

Com efeito, se cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções próprias e em conjunto com o Poder Legislativo, exercer o controle de atuação do Poder Executivo, a quem cabe o controle do Poder Judiciário quando no exercício de função própria do Executivo?

Parece estar surgindo, assim, um superpoder ilimitado, que não encontra amarras no sistema dos freios e contrapesos bem delimitado pelos Federalistas. É

necessário que se atente, portanto, à importância dos limites impostos pela separação dos poderes, pois conforme restou estampado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”.

CONCLUSÃO

O ativismo desenfreado por parte do Poder Judiciário, que, sem critérios pré-estabelecidos, adentra na competência do Poder Executivo, e atende às pretensões que lhe são formuladas sem atentar ao programa de governo que está em exercício e às limitações orçamentárias vigentes, vai de encontro à doutrina da separação dos poderes.

A separação dos poderes tem uma razão de ser: garantir a liberdade individual e conter o exercício do poder. Ao quebrar com essa separação, o Poder Judiciário exerce atribuições do Poder Executivo e enfraquece a lógica do sistema. Isso porque o Poder Executivo, quando desenvolve e aplica a política pública, está submetido ao controle do Judiciário. O Poder Judiciário, por sua vez, quando desenvolve e implementa política pública, pelo ativismo judicial, não encontra limite em outro poder, pois se trata do exercício extraordinário de funções que não lhe são próprias. O sistema não foi pensado assim, de forma que, quando o Poder Judiciário exerce atribuições do Poder Executivo, há a criação de um superpoder que não encontra os freios pensados para o modelo ideal.

A intervenção judicial na política pública é salutar, entretanto somente deve ocorrer para impedir o cometimento de arbitrariedades por parte do Estado. Ao assim agir, o Poder Judiciário estaria dentro do que idealizado pela teoria da separação dos poderes.

Reafirma-se, então, o que já foi dito: a participação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas e das atividades do Poder Executivo é necessária, porém deve se ater aos limites estabelecidos pela Carta Magna, respeitando a âmbito discricionário de atuação do Poder Executivo.

Como já disse Montesquieu, todo o poder tende a ser abusivo, de forma que só o poder limita o poder. A concentração, no Poder Judiciário, das funções dos dois poderes (Judiciário e Executivo), cria um superpoder, com o claro enfraquecimento do Poder Executivo, que perde o seu espaço de atuação.

Com isso, tem-se o desequilíbrio do sistema, que não prevê mecanismos para frear esse “superpoder” judiciário. Surge, portanto, o temor de uma ditadura judicial, que criar a política pública e exercer o seu próprio controle, na contramão do Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 639339 AGR/SP*. Relator: Celso de Mello. Julgado em 23/08/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j452eq5>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTADO, CONQUISTA DA COMPETITIVIDADE NACIONAL NUM MERCADO GLOBAL E AS DECISÕES EMPRESARIAIS

Gisele Mota Ramos¹

RESUMO

Este artigo apresenta uma reflexão de como, no mundo globalizado, as decisões de gestão na esfera privada e o papel do Estado na esfera pública tem relação com a vantagem competitiva da nação. Para melhor compreensão, foi desenvolvido um estudo sobre os fatores que influenciam a tomada de decisão, sobre o conceito de vantagem competitiva, uma descrição da ordem econômica contemporânea e o cenário de globalização, bem como do papel do Direito nesse contexto. A conclusão que se chega é que o Estado precisa definir

Palavras-chave: Economia. Vantagem competitiva. Tomada de decisão.

INTRODUÇÃO

No cenário atual, onde as relações internacionais têm extensão global e frequência crescente, o pluralismo jurídico pode levar a situações conflitivas e mesmo à adoção de decisões contraditórias e indesejáveis sobre um mesmo assunto, seja em função da distância geográfica, dos hábitos culturais e sociais, dos interesses locais ou quaisquer outros argumentos e, de qualquer maneira, colocando em desvantagem pelo menos uma das partes envolvidas. Sendo assim, a princípio, uma das principais tarefas do direito, nesse mundo globalizado é encontrar o consenso para aplicação de soluções uniformes, considerando como o mesmo problema foi solucionado em outro país. O desafio está em se encontrar um equilíbrio para os conflitos de leis e de jurisdição

¹ Mestre em Economia Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-graduada em Marketing pela ESPM. Graduada em Direito e Administração de Empresas pelo UniCEUB. Professora no curso de graduação nas disciplinas de Gestão Empreendedora, Gestão de Serviços Públicos, Direito Administrativo e Fundamentos de Marketing.

nacionais diversas, assim como em se compreender a relação entre as ciências do direito, da economia e da administração.

Em tempos de alta competitividade, de globalização e do surgimento da chamada governanças empresas buscam maior eficácia e as nações alguma vantagem competitiva, seja de maneira isolada ou atuando em blocos. Ao mesmo tempo, o capitalismo que alavancou a economia durante décadas já não é mais o mesmo, pois a sociedade se manifesta de uma nova forma. O cenário exige que a administração adote novos padrões de comportamento por uma economia com resultados positivos a partir do conceito de vantagem construtiva minimizando prejuízos e maximizando o valor autêntico, sustentável e significativo das coisas². Esse conceito possui uma vantagem no tipo de valor que uma organização ou uma nação é capaz de criar, não somente na quantidade, mas na qualidade, com menor risco, de forma mais barata, mais defensável e mais duradoura. O novo manifesto capitalista requer criar algo que valha mais para todas as partes envolvidas: pessoas, comunidades, sociedade, gerações futuras, reguladores e investidores. Ao criar mais valor e de mais alta qualidade, é possível alcançar um nível superior de vantagem que não está atrelada somente à quantidade e margens de lucros cada vez menores. Num futuro bem próximo, será preciso criar valor substancial, pois quanto menos prejuízos econômicos forem causados, maior lucro será gerado (monetário ou social).

Nesse contexto é preciso estudar e compreender temas como: os conceitos econômicos e sua relação com a sociedade e seus agentes; o papel do Estado no âmbito privado; e, o Direito Internacional para a nova sociedade. O questionamento que se faz é se pode o Direito conciliar os conflitos de interesse relativos às práticas de mercado e ações econômicas com objetivo de garantir a competitividade da nação?

Existem conceitos que hoje são aceitos internacionalmente como válidos para julgamento de conflitos tais como: justiça social, meio-ambiente e direito

² HAQUE, Umair. *Novo manifesto capitalista: como construir a empresa do século 21*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

trabalhista. Conflitos entre as empresas privadas ou entre uma empresa privada e um Estado acabam se tornando um conflito entre Estados. Um exemplo é o caso da China com o controle de câmbio. A moeda artificialmente depreciada facilitou as exportações, o que torna o produto chinês agressivo economicamente, mas não leva em conta a justiça social, os direitos trabalhistas, tecnologias ou o meio-ambiente. As empresas visam o lucro imediato, assim, uma vez que produzir se torna mais caro, elas optam por comprar da China para vender no mercado brasileiro. Ao fazerem isso não geram renda ou emprego. É uma escolha gerencial, baseada na competitividade, mas que alimenta o processo de degradação da indústria brasileira, pois a empresa nacional toma decisões contrárias aos interesses do país. O que poderia, então, fazer o Estado Brasileiro para solucionar esse conflito de interesses?

O objetivo desse trabalho é compreender o cenário que influencia a tomada de decisões no âmbito corporativo e como essas decisões impactam na competitividade da nação.

Tais decisões evoluem a esfera privada e a pública. De um lado, o mercado, para o qual o foco está nos resultados financeiros, na lucratividade, sem a qual as empresas não poderiam existir. De outro, o Estado democrático de direito, no seu papel regulador de mercado e defensor da sociedade e dos direitos humanos. A análise sobre a distinção entre Estado e mercado, feita por Franz Oppenheimer, parece cruel, mas é simples, objetiva e real. Para ele, havia duas maneiras de satisfazer os desejos de uma pessoa, a primeira pela produção ou troca voluntária com outros mercados e, a segunda, pela apropriação violenta dos bens alheios. A primeira, chamada de “meio econômico” e a segunda, de “meio político”, sendo o “meio político” o Estado. Num ambiente democrático, o Estado representa a sociedade. Assim, qualquer forma de intervenção não é considerada tecnicamente coercitiva, embora esse apoio (da sociedade) seja claramente passivo.

Bem, se os indivíduos buscam maximizar suas utilidades, e o resultado direto de uma “invasão” é que a utilidade dos invasores aumenta à custa da

utilidade da vítima, sempre que se tomar uma decisão, a primeira consideração será justamente a questão de quanto vai se ganhar ou se perder. No ambiente corporativo, essa máxima faz parte da cultura organizacional que permeia o topo das decisões. Ao mesmo tempo, a evolução da ciência e da tecnologia provocou, nas três últimas décadas, transformações radicais nos processos produtivos e nas relações entre os indivíduos. A vida cotidiana e os hábitos de consumo foram alterados e um novo consumidor surgiu mais exigente, em termos genéricos de qualidade e atendimento. Assim, as empresas foram obrigadas a se transformarem em organizações mais rápidas quanto à tomada de decisões e lançamentos de novos produtos para atender a demanda de mercado e suas expectativas sociais.

Entretanto, é num cenário global que as organizações e Estado atuam, de pluralidade jurídica. E o termo global, permeia até mesmo o Direito Administrativo. No mundo pós-nacional, para Habermas³ os sistemas educacionais e os meios de comunicação de massa têm que se mover na direção “da construção de uma esfera pública comum”. O problema está no modelo de concorrência pelas posições dos agentes internacionais (ainda Estados), ultrapassado, difícil e lento, entretanto, considerado como um estágio de transição para diminuir distâncias e preparar o mundo para a passagem para o universalismo igualitário. Qualquer que seja o domínio, nenhum governo de estado independente, seu parlamento, juízes ou suas cortes, podem ignorar totalmente as múltiplas visões jurídicas (nacional, regional e internacional).⁴ É possível observar que o “direito nacional encontra-se, em qualquer espécie, cercado por todos os lados”. Para Delmas-Marty, uma proposta de estudos jurídicos comparativos envolve uma análise procedimental dos processos de interpretação e de interação entre os atores nos diversos níveis, sobre as relações jurídicas que abordam o fator econômico e o conteúdo dos direitos humanos. Há uma nova ordem em formação, portanto, ao estudar a internacionalização do Direito como um movimento, com ênfase nos processos

³ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Litera Mundi, 2001.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs? Les forces imaginantes du droit*. France: Éditions du Seuil, 2011. v. 4. p.255.

de interação, níveis e velocidades de transformação organizacional, em vez de uma formulação objetiva, hierárquica corre-se o risco de desconstruir o próprio ordenamento legal ainda resistente à internacionalização e à sua globalização.

Diante dessa pluralidade e do cenário global de interesses, uma das alternativas propostas é que em processos de negociação os agentes não estejam munidos especificamente de direito de voto, mas possibilitar, nos casos em que eleições, referendos, processos de decisão e representação não sejam suficientes, que todos pudessem expressar opinião e assim, intervir no debate.⁵ Ora, se os primeiros destinatários da nova sociedade mundial são, “não os governos, mas os cidadãos e movimentos civis, que necessitam de uma perspectiva normativamente satisfatória”⁶, é preciso um novo formato de legislação que atenda aos interesses do indivíduo e mesmo do coletivo, formado por esses cidadãos globais. A “visão democrática” inclui todos os cidadãos na base da igualdade de direitos. Na relação entre o princípio dos direitos humanos e o da soberania nacional é preciso analisar o interesse em manter as sociedades interligadas, a necessidade de uma linguagem universal e transcultural e, ultrapassar a idéia do conteúdo moral e verificar a melhor forma para a implantação desse conteúdo no contexto mundial. A preocupação maior deve ser com os desafios oriundos da globalização, o que envolve, no mínimo, a economia, administração, a sociedade e a cultura. Dessa forma, são estabelecidos caminhos: ou o Estado libera seus cidadãos e agentes privados para uma competição mundial, numa espécie de modelo liberal; fecha as comportas para tudo que possa transcender as fronteiras nacionais; ou, entende que o capitalismo no âmbito transnacional não pode mais ser dominado⁷.

Ao mesmo tempo em que os cidadãos pressionam os Estados e outros agentes, as decisões empresariais deverão influenciar cada vez mais na construção da vantagem competitiva das nações ou mesmo dos blocos econômicos. O mundo do direito nacional ou internacional vai além das pessoas

⁵ HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Tempo Brasileiro, 2003. p.14.

⁶ REESE-SCHAFER, Walter. *Compreender Habermas*. São Paulo: Vozes, 2009. p. 118.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Tempo Brasileiro, 2003. p.14.

e governos. Ele é também composto dos agentes privados que movem a economia das nações, as empresas. E, no aspecto organizacional, desse mundo privado, “há mais de duas décadas os gestores estão aprendendo a atuar segundo um novo conjunto de regras”⁸. Ou seja, as empresas devem ser rápidas ao reagir às mudanças de mercado para continuarem competitivas. Por isso, elas praticam constantemente uma ação conhecida como benchmark, que significa pesquisar, adotar e até aperfeiçoar as melhores práticas de mercado. Algo quase como o estudo do direito comparado, mas no mundo de estratégia empresarial. Assim as empresas buscam obter uma vantagem competitiva que as coloque à frente nos seus respectivos mercados. Tais decisões empresariais estão associadas a resultados financeiros e quase nunca ao conceito de justiça social. Entretanto, o Direito, juntamente com a sociedade, pode exercer papel fundamental como força motriz para que as decisões, negociações e contratos privados tenham como princípio o conceito de vantagem construtiva e justiça, daí a importância desse estudo.

1 VANTAGEM COMPETITIVA

Uma vantagem competitiva real está relacionada com algo difícil de ser copiado num curto espaço de tempo. O que coloca a empresa possuidora da vantagem numa posição mais favorável do que seus concorrentes. Entretanto, até mesmo uma vantagem competitiva é algo temporário, uma vez que já é possível copiar com relativa rapidez qualquer ação da concorrência. As empresas, em busca de maior eficácia e lucratividade, aproveitam a diminuição de barreiras de competição, advinda da atenuação de regulamentações e da globalização dos mercados. Elas utilizam suas vantagens operacionais, de poder econômico e de conhecimento nas suas negociações, seja em contratos nacionais ou transnacionais. A teoria da vantagem competitiva pode ser aplicada também às nações e a busca pela competitividade torna-se um dos principais desafios para o Estado e para as empresas oriundas dos mesmos.

⁸ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 37.

A prosperidade nacional não é algo herdado, mas, sim, o produto do esforço criativo humano. Não é privilégio que emana dos dotes naturais de um país, de sua força de trabalho, das taxas de juros ou do valor da moeda, como insistem os economistas clássicos.⁹

Observa-se a ideia de que a competitividade de um país depende da capacidade de inovação e melhoria de suas indústrias. Num mundo de competição global crescente, os países se tornaram mais, e não menos, importantes. A vantagem competitiva é gerada e sustentada por um processo altamente localizado. Essa é a conclusão resultante de estudos sobre os padrões do sucesso competitivo em dez dos principais países comerciais, o que contraria o pensamento de muitas empresas e governos nacionais para os quais as palavras de ordem são: fusão, aliança, parceiros estratégicos, colaboração e globalização supranacional. Parece que a ideia de empresa competitiva está clara, mas a de um país competitivo ainda é obscura. Ao identificar o que pode ser considerado um país competitivo, e independente de todas as teorias (macroeconomia, abundância de recursos, políticas governamentais e gerência) conclui-se que o único conceito significativo de competitividade no nível nacional é a produtividade. O principal objetivo de um país deveria ser proporcionar padrão de vida elevado e crescente para os cidadãos¹⁰.

De forma geral, as empresas privadas conquistam vantagem competitiva e uma posição de liderança internacional por meio da inovação. Em sentido amplo, novas tecnologias e novas formas de fazer as coisas. Isso pode ser exemplificado por: um novo desenho do produto, um novo processo de produção, novos canais de distribuição ou comunicação e até mesmo novas ferramentas para capacitação de profissionais. Nos mercados internacionais, as inovações que proporcionam vantagens antecipam as necessidades domésticas e externas. Inovadores em geral são observadores externos de outros setores e de outros países. A inovação é resultado do esforço incomum, e quase sempre

⁹ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 171.

¹⁰ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 176.

exige pressão, necessidade e até mesmo dificuldades, uma vez que o medo da perda é quase sempre maior do que a esperança do ganho.¹¹

São quatro os atributos que lapidam o “diamante” da vantagem nacional segundo os estudos da pesquisa: condições de fatores (mão-de-obra qualificada e infraestrutura); condições de demanda; setores correlatos e de apoio (presença ou ausência no país de setores fornecedores e outros correlatos, que sejam internacionalmente competitivos); e, estratégia, estrutura e rivalidade das empresas. Observou-se que nos setores sofisticados, sustentação das economias avançadas, o país não herda, mas cria os mais importantes fatores de produção – como recursos humanos e base científica. Além disso, a ideia é que “o estoque dos fatores do país num determinado momento, é menos importante do que a velocidade e a eficiência com que esse país os gera, aprimora e distribui entre os diferentes setores”. Por fim, a rivalidade interna exerce pressão sobre as empresas para encontrar soluções inovadoras e de melhoria. Nesse caso, quanto mais localizada, mais intensa a rivalidade; e, quanto mais intensa, melhor¹².

No debate sobre a competitividade das nações, nenhum tópico envolve maior discussão ou abrange mais incompreensões do que o papel do Estado. Fala-se em Estado como promotor dos setores, através de suas políticas; ou adotando o livre mercado, deixando-o a cargo da mão invisível. Por um lado, as políticas acabam por comprometer as empresas no longo prazo; e por outro, ignora-se o papel do governo na criação de um ambiente estimulante para a conquista de mercado. O tempo competitivo para as empresas e o tempo político para os governos são diferentes. Um setor ou uma empresa pode demorar uma década para consolidar uma vantagem competitiva, pois o processo “envolve longo aprimoramento das qualificações humanas, investimento em produção e processos, desenvolvimento de arranjos produtivos locais e incursões em mercados externos”. Dessa forma, os governos preferem políticas que proporcionem resultado de curto prazo, que sejam

¹¹ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 179.

¹² PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 181.

perceptíveis à sociedade, tais como: subsídios, proteção e incentivos a fusões e incorporações¹³. Para fechar esse tema, por enquanto, as empresas são as únicas capazes de construir tal vantagem competitiva, ou num termo mais adequado ainda para o cenário futuro, “vantagem construtiva”. Elas precisam criar um ambiente dinâmico e desafiador em busca da inovação, para isso devem: criar pressões para a inovação; procurar motivação nos concorrentes mais capazes; estabelecer sistemas de advertência antecipada às mudanças de mercado; melhorar o “diamante” nacional, estimulando a capacitação e produção interna; fomentar a rivalidade interna; globalizar para aproveitar as vantagens seletivas em outros países; recorrer à alianças de forma seletiva; e, localizar a base doméstica para sustentar a vantagem competitiva.

2 ORDEM ECONÔMICA, DIREITO E MERCADO GLOBALIZADO

Esse movimento econômico, no qual os atores internacionais estão inseridos, precisa ser acompanhado pelo Direito de forma que ele possa oferecer soluções para os novos problemas que surgem numa espécie de evolução do próprio Direito. Esse conceito abrange todos os princípios fundamentais e institutos vigentes aplicados até hoje, mas também, abrange novos institutos e elementos do pensamento jurídico, em todas as suas áreas, incluindo o Direito Administrativo Global, Direito Econômico e Direito Internacional.

A economia e seus fenômenos fazem parte da história da humanidade e seus princípios de sobrevivência, assim como a ordem social e a justiça. Não é possível separá-las a não ser numa tentativa órfã de submeter pessoas a uma coisa ou a outra. O ser humano não pode ser uma coisa ou outra, ele é um todo. Backhouse¹⁴ faz uma referência ao conceito de economia de Robins: “economia é a ciência que estuda o comportamento humano com relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos”. E, se para Marshall apud Backhouse a economia era o estudo da humanidade no que diz respeito aos negócios

¹³ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 201.

¹⁴ BACKHOUSE, Roger E. *História da economia mundial*. São Paulo: Estação Liberdade, 2007. p. 18.

ordinários da vida, não há como pensar em se separar os fatores estudados na economia, como distribuição, produção, consumo da riqueza e, de como tudo isso é utilizado para satisfazer as necessidades humanas, do que rege e ordena o comportamento social, o direito.

Não é à toa que tanto economistas quanto juristas tenham abordado as questões da filosofia moral em sua argumentação, o que hoje, num cenário econômico globalizado, retorna mais forte ainda. A economia, que havia passado por um longo período de cientificidade isolada, o que também aconteceu no direito, retorna na sua busca por uma explicação do comportamento humano baseado nos valores. Para Kelsen coexistem os dois tipos de ordens sociais¹⁵, a primeira onde é possível induzir o outro a uma conduta desejada apenas solicitando que ele assim o faça e esperando que ele, “por respeito e amor ao solicitante”, o atenda; e, uma segunda onde há um método bem distinto de se alcançar o comportamento humano desejado, através da ameaça de uma autoridade pelo não cumprimento do solicitado e ainda pelo mal que lhe será imputado legalmente.

Von Mises¹⁶ afirma que os filósofos espantaram-se ao descobrir que a sociedade ideal, baseada nos bons princípios e cidadãos virtuosos, não retrata exatamente o mundo em que vive a humanidade. Assim compreendeu-se que existe outro aspecto, “diferente do bem ou do mal, do justo ou injusto, segundo o qual a ação humana podia ser considerada”.

Em economia, a transição da teoria clássica de valor para a teoria subjetiva de valor, foi muito mais do que uma simples substituição de conceitos. A teoria da escolha e preferência extrapola os limites do campo da economia e da luta pelo bem-estar material. Quando todos os valores humanos são oferecidos para opção, todos os fins e todos os meios, o certo e o errado, o material ou o ideal, enfim, quando tudo é submetido a uma decisão que rejeita um e escolhe o outro, o campo da economia e seus problemas se inserem numa

¹⁵ KELSEN, Hans. *Princípios do direito internacional*. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 30.

¹⁶ VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 22.

ciência mais ampla, da qual não podem ser separados. Para Von Mises¹⁷, a “ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos” e, quando o homem toma tal decisão procura reduzir algum tipo de desconforto. A sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços individuais e, ainda assim, o traço característico da sociedade humana a cooperação propositada, a sociedade é fruto da ação humana, que apresenta um esforço consciente para a realização dos fins, mas aquilo que o indivíduo sacrifica ao escolher um lado ou outro, em favor da sociedade, é amplamente compensado por vantagens ainda maiores.

A sociedade e o estado são os principais meios para que qualquer pessoa possa atingir seus fins. Certamente sempre haverá indivíduos ou grupos de indivíduos que não conseguirão perceber os benefícios da cooperação social, assim como aqueles de “vontade fraca” que não resistirão à tentação de obter uma “vantagem efêmera através de ações prejudiciais ao funcionamento natural do sistema social”. Para os anarquistas, a sociedade ideal poderia prescindir do poder de polícia que é aparato social de coerção e compulsão; mas, se as pessoas que agem pelo mal, não forem contidas, a sociedade saudável não poderá existir, é preciso que a maioria das pessoas esteja disposta a impedir que uma minoria venha, sob qualquer pretexto, a destruir a ordem social. Diante disto, esse poder é atribuído ao estado (e exercido pelo governo), que tem o monopólio da ação, inclusive a violenta. O estado é essencialmente uma instituição de preservação das relações pacíficas na sociedade e, como tal deve estar preparado para reprimir as tentativas de violação da paz e da justiça, inclusive a social.

Para Von Mises¹⁸ a filosofia de Ricardo é a demonstração de que a cooperação social e a divisão do trabalho são benéficas a todos, tanto para aos mais eficientes quanto aos menos eficientes. Para Bentham apud Von Mises, “o único objetivo do governo deveria ser a maior felicidade do maior número possível de membros da comunidade”. E ele vai além ao citar Malthus e seu

¹⁷ VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 35.

¹⁸ VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 217.

conceito de que se a natureza é limitada o homem deveria controlar sua imprudência ou jamais se livraria do espectro da fome. Também cita Darwin e sua teoria que demonstrou que na natureza, não há nada que se possa chamar de respeito pela vida ou bem-estar do outro. Na verdade, a única existência permanente na natureza é a “luta e o implacável aniquilamento dos fracos, que não conseguem se defender”. Von Mises afirma que o significado importante dessa afirmação está no conceito de que um ser vivo resistiria a tudo que pudesse prejudicar sua própria existência, sem necessariamente promover uma guerra de extermínio.

Para Sandel¹⁹ “a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências, entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça”. Nesse contexto, a reflexão moral torna-se uma busca coletiva, requer interlocutores, dos quais cercados, poderia o homem se posicionar sem preconceitos ou pressões do dia-a-dia. Em seus muitos exemplos Sandel ilustra duas abordagens de justiça: uma que diz que a moral de uma ação depende das consequências que ela traz nesse caso a coisa certa a fazer seria aquilo que produz os melhores resultados; e, outra que diz que as consequências não são tudo o que deve preocupar, moralmente falando, certos direitos e deveres devem ser observados independente das consequências sociais da ação.

Daí para o conceito de justiça social é um passo. Ao tomar uma decisão, o homem, a empresa, ou mesmo o Estado, como agentes da sociedade, iniciam um processo de escolha que vai afetar diretamente o outro. As decisões dos líderes no que tange às relações de trabalho, ou relativas a contratos com parceiros e fornecedores, ou ainda, quanto à produção de determinado bem e as condições de seu processo produtivo, vão influenciar em toda a cadeia macroeconômica. As decisões do Estado, ao adotar uma política pública paternalista afeta a capacidade dos indivíduos de produzirem algo por eles mesmos e desestimula as empresas na busca de melhoria de seus processos produtivos e de maior produtividade. Ao cuidar para que o indivíduo mais necessitado tenha algo

¹⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 36.

dado a ele, o Estado estimula o comportamento passivo. Obviamente não se trata de não ser solidário ou benevolente com o ser humano necessitado, mas sim de dar condições para que qualquer pessoa possa, por ela própria, obter o seu sustento e de sua família. E, ainda, dar às empresas as mesmas condições macroeconômicas que lhes permitam competir no mercado, seja interno ou externo no âmbito da competitividade.

Nozick²⁰ defende um conceito diferente de justiça distributiva baseado nos direitos individuais e, que ao Estado, cabe apenas, se é que cabe, fazer cumprir contratos e a proteção das pessoas contra a força, o roubo e a fraude. Para ele, qualquer Estado com direitos mais abrangentes viola os direitos individuais como, por exemplo, cobrar dinheiro dos ricos para ajudar os pobres. Para Nozick a desigualdade econômica é natural, e há duas condições que a justiça distributiva deve atender: a primeira de que a origem da riqueza seja legítima; e, a segunda que dinheiro seja obtido por meio de negociações legais ou mesmo de doações voluntárias. Assim, se a resposta for sim a essas questões, qualquer distribuição resultante do livre mercado é justa. Toda a discussão de Nozick diz respeito ao direito à liberdade, que entre um exemplo e outro acaba no exemplo extremo da utilização do próprio corpo sem que o Estado possa interferir. Von Mises afirma que “o economista utilitarista não diz: *Fiat justitia, pereat mundus*. O que diz é: *Fiat justitia, ne pereat mundus*. Não pede ao homem que renuncie ao seu bem-estar em benefício da sociedade. Recomenda-lhe que compreenda quais são seus verdadeiros interesses”.

Por outro lado, os anarquistas deixam de perceber que algumas pessoas são limitadas intelectualmente ou mesmo fracas para se ajustarem às condições de vida social e buscarem a sua sobrevivência. E, ainda, há que se falar nas crianças e nos idosos que necessitam invariavelmente de cuidados do Estado para sobreviver. Von Mises também cita a doutrina social liberal em seu tratado, que para ele, vê o “problema da relação entre governo e governados de um ângulo diferente daquele do universalismo e do coletivismo”. De um lado o liberalismo entende que a minoria de governantes não podem permanecer

²⁰ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 149.

indefinidamente no poder sem o apoio dos governados, ou seja, da maioria. Para Von Mises o universalismo e o coletivismo são necessariamente sistemas teocráticos de governo²¹. Certos deveres morais e direitos humanos são tão fundamentais que estão acima do cálculo da relação custo x benefício? Se já se observou que uma ação humana é uma escolha que resulta no sacrifício de outra e, que alguns conceitos estão acima do estabelecimento de uma lei ou ordem social estabelecida formalmente, não deveriam, então, o homem e os agentes da sociedade tomarem decisões econômicas baseadas nisso? As escolhas dos agentes de mercado são efetivamente livres? Permeiam o bem-estar social? E, se não permeiam, há meios do Estado intervir? São questões antigas, mas que na atualidade ressurgem no âmbito dos negócios empresariais. Pensar em como as empresas agirão nos seus processos organizacionais, nas suas negociações internacionais e na geração de desenvolvimento econômico para atender às suas necessidades independentemente das necessidades dos quase oito bilhões de pessoas no mundo, sendo quase a metade considerada a base da pirâmide, é no mínimo inquietante.

3 GESTÃO, DESENVOLVIMENTO NO CENÁRIO GLOBAL

Aparentemente, tudo é uma questão de cálculo de benefícios, entre eles o econômico. O cálculo econômico²² abrange tudo o que possa ser trocado por moeda. Mesmo afirmando que certos bens e práticas sociais são corrompidos ou degradados se implicarem alguma transação com dinheiro, Sandel ²³ também acredita que existem coisas que não estão à venda monetariamente, mas que podem ser adquiridas com outros sacrifícios além do dinheiro. Para Von Mises, aquele que “pretende preparar-se para grandes realizações terá de empregar muitos meios”, inclusive o dinheiro²⁴. Mas será necessário investir em honra, virtude e glória dentre outros elementos. O que, teoricamente, não poderia ser avaliado de forma alguma em moeda. Mas hoje, essas avaliações não

²¹ VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 188-189.

²² VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 263.

²³ SANDEL, Michael J. *Jusica: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 99.

²⁴ VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p.266.

prejudicam o cálculo econômico do valor das empresas, de um país ou de uma pessoa. E esse cálculo econômico, em termos de preços, é o feito por empresários produzindo para uma sociedade de mercado. O cálculo econômico é o instrumento de distinção entre o lucrativo e o não lucrativo. É quase como uma análise antes da ação humana no mundo empresarial, onde cada passo está sujeito ao cálculo, numa antecipação de gastos e receitas. Até mesmo aquelas decisões que dizem respeito ao Direito.

Varella afirma que “no processo de internacionalização econômica, política e cultural, o direito internacional também passa por mudanças importantes, aumentando seu poder de sanção, em caso de violação”²⁵. Em relação ao comércio mundial, uma nova ordem surge agora capaz de mudar as relações internacionais de maneira significativa. Uma ordem de agilidade comercial, onde o domínio econômico das grandes nações foi reduzido, e as pequenas nações conseguem fazer parte do mercado competitivo internacional. Para Varella não existe um poder soberano e acima dos Estados e nem mesmo as Organizações Internacionais são superiores aos Estados, elas estão no mesmo nível. Embora, por vezes um processo de integração regional possa levar os Estados a transferirem parte de suas competências soberanas a uma Organização Internacional, eventualmente supranacional (MERCOSUL, União Europeia). Então, a Organização Mundial do Comércio – OMC tem força política para forçar mudanças nas normas de um determinado Estado²⁶.

Para Beck (1999), a economia global enterrou os fundamentos do Estado e da economia nacional. O poder saiu lentamente das mãos do Estado e passou a pertencer às empresas de atuação global²⁷. Entretanto, o que se verifica agora é uma nova mudança, onde o poder migra também para as mãos do indivíduo e seus grupos, com maior acesso à informação e às redes de comunicação o indivíduo ou grupos de indivíduos passam a ser ouvidos pelos agentes privados e públicos. Embora Beck, afirme que as novas empresas transnacionais têm o

²⁵ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

²⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24; 266.

²⁷ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

poder de entregar bens em qualquer parte do mundo e, segundo Porter²⁸, isso aumente o seu poder de negociação criando uma vantagem competitiva, essas mesmas empresas entram agora num novo cenário, onde o consumidor virou o que os especialistas estão chamando de “prosumer”²⁹.

No âmbito do Direito Internacional sabe-se que o mesmo tem sua fundamentação em tratados e convenções e que há uma pluralidade jurídica que muitas vezes atendem a um ou outro interesse, principalmente dos países economicamente mais fortes. Paralelamente a toda evolução do ordenamento jurídico e ajustes dos agentes privados nos seus modelos de negócio e/ou contratos, os movimentos sociais acontecem mais rapidamente, dificultando uma solução internacional para diversos casos e temas.

Assim, ao olhar para o mercado, hoje, é possível observar empresas considerando nos seus modelos de negócio conceitos associados a valores da sociedade, mais aprofundados do que a simples lucratividade. Na verdade, modelos de negócios onde a lucratividade é uma consequência do próprio modelo. A economia não é apenas uma questão de bens e serviços, assim como o Direito não é uma questão de certo ou errado, mas de ações de todos os homens, que deveria ter como seu principal objetivo (ou Direito), o desenvolvimento humano. Tal conceito gira em torno do crescimento econômico, uma vez que a expectativa de desenvolvimento é viver melhor e, para que haja uma melhor condição de vida, é preciso investimento, um pressuposto para o crescimento econômico. O direito ao desenvolvimento é um pressuposto básico para melhor qualidade de vida e expansão das liberdades de todos os povos³⁰.

Ao pensar-se no direito ao desenvolvimento, é necessário mencionar o mercado da chamada Base da Pirâmide – BP. O termo foi introduzido com o objetivo de “chamar a atenção para o 4,5 bilhões de pobres não atendidos ou

²⁸ PORTER, Michael. *Vantagem competitiva*.

²⁹ Para Tapscott os “prosumers” conduzem você pelo mundo cada vez mais dinâmico da inovação criada pelo cliente, no qual uma geração de consumidores-produtores considera o “direito de modificar” um patrimônio hereditário.

³⁰ VARELLA, Marcelo de. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 4.

mal atendidos pelas grandes organizações do setor privado, entre elas as empresas multinacionais”³¹ e o próprio Estado. Aparentemente sem condições de consumo, essa camada da população abandonada pelo setor privado e eventualmente subsidiada pelo governo, também movimenta a economia. A revolução do celular provou haver um mercado para bens e serviços de qualidade superior também na base BP. Na Índia, o minuto do celular custa menos de US\$ 0,01, a menor taxa do mundo, mas ele está lá. O mercado criou, por ele próprio, um ecossistema de miniempreendedores que fornecem o serviço de carregar o aparelho celular e a venda de cartão pré-pago. Para atuar nesse mercado, é preciso aprender as lições de quem já o faz: aceitar as restrições; construir um ecossistema; criar soluções em conjunto; desenvolver um novo sistema de escala; fazer uso da tecnologia; pensar na sustentabilidade na BP; e, pensar em como desenvolver mercados. “Os líderes do mundo dos negócios que se engajaram ativamente na BP começaram a reexaminar o papel das empresas na sociedade” afirma Prahalad. É conclusivo o reconhecimento de que os desafios sociais e ambientais do século XXI são tão complexos e multidimensionais que não podem ser exclusivamente solucionados pelos governos. O maior catalisador da mudança está na consciência do universo empresarial, cada vez mais forte, de que os problemas sociais não devem ser vistos mais como obstáculos ao progresso, e sim como oportunidades reais de inovação e crescimento dos negócios³².

CONCLUSÃO

Em seus papéis, “o estado e o governo não são fins; são meios”. A autoridade estabelecida só recorre à coerção e à compulsão para salvaguardar o funcionamento do sistema social³³. Von Mises afirma que o problema a ser examinado em relação ao intervencionismo “não consiste em procurar definir quais seriam as tarefas naturais, justas e adequadas ao governo”. Para ele a

³¹ PRAHALAD, C. K. *A riqueza na base da pirâmide: como erradicar a pobreza com o lucro*. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 27-28.

³² PRAHALAD, C. K. *A riqueza na base da pirâmide: como erradicar a pobreza com o lucro*. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 41.

³³ VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. p. 821-822.

questão que precisa ser examinada é se esse sistema de intervencionismo poderia funcionar. Ou seja, alcançaria ele o resultado desejado pelo governo? Para os novos intervencionistas, da “economia social de mercado”, é necessário que o estado intervenha no mercado quando o livre jogo das forças econômicas resultar em situações consideradas “socialmente” indesejadas. Mas nesse caso, caberia ao governo determinar quando estas situações aconteceriam. E, assim, o governo passa a ter o total domínio dos assuntos econômicos. O mercado passa a ser livre na medida em que fizer o que o governo deseja, que decide o que é certo ou errado, e, que está estabelecido legalmente, ou balizado pelas ações das agências reguladoras.

Assim, o estado pode interferir, sob o manto da regulação em todos os setores, do comércio à produção, o que significa proibir ou tornar mais difícil ou mais cara a produção, o transporte ou a distribuição de determinados artigos e serviços, ou ainda a utilização de certos métodos de produção, transporte e distribuição. Então, ao adotar uma política de restrição da produção, o governo acaba por impedir que as pessoas usem seus conhecimentos e aptidões, seu trabalho e meios disponíveis para proporcionar o maior retorno e a maior satisfação das suas necessidades. A interferência do estado aqui torna as pessoas mais pobres e menos satisfeitas. Para Porter, o estado deveria se preocupar apenas em fazer com que o cidadão tenha condições de melhorar o seu padrão de vida e que as empresas possam atingir a produtividade máxima³⁴. Von Mises alerta para o fato de que, especialmente populares, as medidas restritivas relacionadas à legislação trabalhista são vistas como um ganho social. Mas em lugares como a Ásia, onde há milhões de crianças carentes e famintas os salários são extremamente baixos em comparação com os padrões americanos ou da Europa ocidental, as condições sanitárias são péssimas e ainda assim, a única saída é o trabalho, ainda que com prejuízo social. Produzir e poupar é fundamental para a sobrevivência da população. Nesses países, as medidas restritivas são inúteis afirma Von Mises. Além de não melhorar a situação ainda a pioram. Outra forma de aplicar uma medida restritiva é o

³⁴ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 176.

estabelecimento de um privilégio, como o protecionismo aduaneiro (que não incentiva a criatividade nem a melhoria de produtividade. E, nesse caso, trata-se novamente de uma escolha, uma ação que ao ser tomada sacrifica outra (diminuição de impostos, por exemplo) que vai afetar o desenvolvimento econômico de alguma outra forma. Ora, a economia não pode ser relegada às salas de aula e aos departamentos de estatísticas. Ela é a filosofia da vida humana e da ação, e diz respeito a todos e a tudo. Portanto, deixá-la apenas na mão do estado é um risco para a sociedade (Caberá à sociedade, por meio, principalmente, de suas lideranças acadêmicas, levar o estado à adoção de leis sintonizadas com a evolução da economia?).

No âmbito da propriedade privada e das leis que a protegem, é difícil encontrar antagonismos entre os interesses dos indivíduos e os da sociedade. Uma empresa quer crescer e se tornar mais lucrativa assim como o indivíduo deseja melhoria nas suas condições de vida. É a realidade, sem a qual não seria possível o desenvolvimento econômico e a busca da excelência. Alguns países conseguiram alinhar objetivos do estado aos objetivos da sociedade e seus agentes, tornando-se assim culturas referências em determinados mercados. No seu papel para alavancar o desenvolvimento econômico e obter uma vantagem competitiva (ou construtiva) no ambiente internacional, um Estado pode desde promover a austeridade fiscal, privatização de empresas que não dão lucro ao Estado e liberalização dos mercados como medidas que contribuem para a melhor gestão do serviço público como investir nas áreas de infraestrutura e conhecimento³⁵. Somente isso já movimenta o ciclo de atração econômica que faz com que as empresas privadas aumentem seus investimentos gerando maior renda.

“O Direito Internacional Econômico visa, sobretudo, o desenvolvimento das nações”, afirma Varella³⁶. Assim, está diretamente associado ao conceito de desenvolvimento sustentável e a outros problemas econômicos mundiais, além

³⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 13.

³⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 4.

das fronteiras e interesses de cada nação. A relação filantropia pura versus negócio puro pode gerar um determinado nível de benefício social e econômico conjunto. No ambiente de negócios, aspectos como a malha rodoviária, tributação de empresas e a legislação societária, produzem efeitos que permeiam todos os setores. Tais condições “são cruciais para a competitividade dos países em desenvolvimento, e a melhoria delas, por meio da filantropia empresarial é capaz de produzir enormes ganhos sociais para os países mais pobres do mundo”.³⁷ Investimentos nos Arranjos Produtivos Locais – APL podem alavancar o desempenho de todos os participantes. Dessa forma, é possível inferir que tanto a intervenção do estado pode ser ruim para a competitividade e para os mercados, como pode gerar bons resultados.

As empresas e países têm em mãos o maior de todos os desafios, o desenvolvimento construtivo. Adaptar-se às novas situações para diminuir custos operacionais, produzindo onde o fazem por menor custo, comprando componentes ou semiacabados onde são produzidos com confiabilidade, sem que tenham de investir para isso, colocando seus centros logísticos operacionais em locais que ofereçam economia relevante, não necessariamente é a melhor “ação humana” para o desenvolvimento econômico do país. Uma decisão gerencial de produção eficaz, novas parcerias ou mesmo de um novo canal de comercialização está muito distante ainda da preocupação econômica de nação (dela ou do Estado receptor do “benefício”). De fato, contribui para ela, mas por vezes se não estiver vinculada a uma regulamentação mínima do Estado, pode acarretar num mercado interno fraco e facilmente sujeito às oscilações da economia internacional. Empresas privadas que escolhem países com mão de obra abundante e/ou barata para produzirem, por um lado tomam uma decisão gerencial “eficaz”, e por outro se responsabilizam pela má sobrevivência de uma população quase sempre miserável. E, por vezes, ainda têm a sua imagem associada ao trabalho escravo ou infantil, ambos mundialmente repudiados. No meio de toda a discussão econômica, insere-se o Direito como ferramenta regulamentadora dessas relações. Da mesma forma

³⁷ PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 465.

que a globalização se instalou na sociedade em toda as suas dimensões, o Direito procura respostas para as questões contemporâneas que envolvem a sociedade e o seu desenvolvimento.

Na sociedade globalizada, os grandes temas que envolvem as empresas privadas, o papel do Estado e o Direito, estão relacionados aos direitos trabalhistas, direito ambiental e (mais fácil de resolver), ao direito do consumidor, todos permeados pelos direitos humanos. Mas as decisões que envolvem maior interesse empresarial estão relacionadas ao Direito Comercial Internacional e Direito Administrativo. Enquanto isso, o Estado vive um conflito entre deixar o mercado agir por ele mesmo, incentivar a produção interna e/ou interferir na forma de atuação das empresas. Um caminho para tentar responder a questão e o dilema talvez esteja uma análise aprofundada dos ganhos obtidos pelos países em relação às suas respectivas posições sobre o assunto. Mas o fato é que o Direito Público não está tão afastado do Direito Privado como, a princípio, possa parecer. Na verdade estão interligados, na medida em que um se delinea a partir do outro, pois a empresa faz aquilo que o Estado deixa (ou às vezes não deixa, mas possibilita como decisão). Inicialmente acredita-se que o Direito não acompanhe as mudanças da sociedade no mesmo ritmo em que elas acontecem, mas se assim o fosse, não poderia se chamar Direito. O Direito deve ser uma resposta às mudanças sociais e suas novas demandas e não a própria mudança.

REFERÊNCIAS

BACKHOUSE, Roger E. *História da economia mundial*. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Les forces imaginantes du droit. France: Éditions du Seuil, 2011. v. 4.

- HABERMAS, Jurgen. *A constelação pós-nacional*. Litera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. *A era das transições*. Tempo Brasileiro, 2003.
- HAQUE, Umair. *Novo manifesto capitalista: como construir a empresa do século 21*. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- KELSEN, Hans. *Princípios do direito internacional*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- PORTER, Michael. *Competição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PRAHALAD, C. K. *A riqueza na base da pirâmide: como erradicar a pobreza com o lucro*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- SANDEL, Michael J. *Jusça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

A AFERIÇÃO DE LUCRO POR PARTE DO ESTADO NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA POR MEIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Jessica Silvestre Martins da Veiga

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a possibilidade de aferição de lucro por parte do Estado enquanto realiza a exploração da atividade econômica por meio de serviços públicos. Foram levados em consideração pontos importantes como a conceituação de serviço público por parte da doutrina administrativista e suas características principais no primeiro capítulo. No segundo capítulo, a análise foi feita sob o ponto de vista do direito constitucional, que revela-se como sendo a base fundamental da Ordem Econômica do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse aspecto, foram analisadas as diferenças trazidas pela Constituição quanto à exploração de atividade econômica por parte do Estado sob o manto do Direito Público e Privado. No terceiro parágrafo, análise foi feita sob o aspecto do direito administrativo econômico, buscando compreender a possibilidade de aferição de lucro pelo Estado no desempenho de atividade econômica por meio de serviços públicos. O estudo foi realizado por meio de pesquisa do tipo exploratória bibliográfica. A opção pela pesquisa exploratória se deu em razão de sua finalidade, tal qual a de proporcionar ao pesquisador uma maior afinidade com o assunto. O método utilizado se deu por meio da aplicação das pesquisas acerca das características próprias do que se entende por serviço público atrelado ao que preleciona o direito administrativo tradicional e o que vem se entendendo por direito administrativo econômico. Os resultados revelam como sendo arbitrária a aferição de lucro pelo Estado na exploração da atividade econômica por meio de serviços públicos, haja vista que as estritas hipóteses de exploração de tais atividades por parte do Estado, as quais não incluem a prestação de serviços públicos, ainda que quando realizados por particular, encontram-se previstas em lei.

Palavras-chave: Serviços. Econômica. Lucro.

ABSTRACT

The objective of this scientific article is to analyze the possibility of profit transfer by the State simultaneously, in the expectation of an exploration of the economic activity through public services. They were taken at critical points as a conceptualization of public service by the administrativist doctrine and its main characteristics not the first chapter. In the second chapter, an examination from the point of view of constitutional law, which proves to be a fundamental basis of the Economic Order of the Democratic State of Brazilian Law. In this regard, they were analyzed as remittances to the Constitution regarding the exploitation of economic activity by the State under the mantle of Public and Private Law. There is no paragraph, analyze the objective of economic administrative law, seeking the possibility of obtaining an asset for the year. The study was carried out by exploratory bibliographic research. The option for exploratory research in its final reason, as it is the content of the researcher a greater affinity with the subject. The method used by applying the research on its characteristics, whether it is the traditional administrative and administrative service. The United States of America, as far as the area of public services is concerned, should be seen as strict assumptions of the exploitation of such activities by the State, such as the provision of public services, when they are carried out by individuals, are in law .

Keywords: Services. Economy. Profit.

INTRODUÇÃO

O Capítulo I do Título VII da Constituição Federal, que trata da Ordem Econômica e Financeira prevê os princípios gerais da Atividade Econômica da República Federativa do Brasil. Em seu artigo inicial (artigo 170), a Constituição prevê que *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 princípios referentes à soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor*, dentre outros.

Não obstante alguns destes princípios se consubstanciarem mais em objetivos a serem alcançados pela ordem econômica, conforme entende a doutrina contemporânea, todos estes postulados fazem parte de um rol de direcionamentos constitucionais que constituem diretrizes condicionadoras da atividade econômica.

Nesse sentir, conforme veremos no primeiro capítulo desta pesquisa, os serviços públicos não são conceituados pela Constituição e nem mesmo pela

legislação ordinária brasileira. Assim, conforme exposto no segundo capítulo, muito embora a Carta Magna preveja e autorize as situações em que a Administração Pública poderá atuar seja na ingerência nas atividades econômicas pelo particular ou a sua exploração (direta ou indireta), ficou a cargo da própria legislação ordinária a previsão legal quanto à exploração de tais atividades por parte do Estado, bem como os serviços que serão prestados mediante delegação.

A delegação a qual a Carta da República permite pode ser feita mediante contrato de concessão ou permissão de serviços públicos, atividade esta regulamentada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

Por fim, no último capítulo desta pesquisa, será feita uma análise quanto à possibilidade de aferição de lucro por parte do Estado na exploração de atividades econômicas por meio de serviços públicos. O ponto que se levanta é exatamente a respeito da possibilidade ou não de o Estado, agindo sob o véu das regras de Direito Público, prestando serviços públicos, os quais muitos deles são serviços essenciais, como fornecimento de água, energia elétrica, dentre outros, de aferir lucros a partir do fornecimento de tais serviços.

1 QUANTO À NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Muito embora o presente artigo tenha como objetivo a análise da possibilidade de aferição de lucro pelo Estado quando da exploração de atividade econômica por meio de serviços públicos, com ênfase sob o ponto de vista do Direito Administrativo, a noção conceitual do que se entende por *serviço público* não está adstrita a um só ramo do direito, conforme se depreende a partir do desenvolvimento deste trabalho de pesquisa.

Apesar de tratar-se de seara atinente ao campo do Direito Constitucional, é importante esclarecer alguns pontos sobre a atuação do Estado enquanto agente econômico. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino expõem que o Estado

atua diretamente na economia quando ele desempenha o papel de agente econômico (Estado-empresário).

Assim, para iniciar a análise referente ao tema do presente artigo, revela-se imperioso o conhecimento quanto ao que a doutrina administrativista vem entendendo ao longo dos anos a respeito da conceituação e alguns breves esclarecimentos a respeito da evolução histórica do que se entende atualmente por *serviço público*.

A noção de *serviço público* nasceu na França com a chamada Escola de Serviço Público, capitaneada por Léon Duguit e integrada também por Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Roland, dentre outros. Conforme ensinamentos de Dinorá Grotti, o primeiro a utilizar a expressão teria sido Rousseau, em “Contrato Social”, abrangendo os seguintes aspectos:

De um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço público, isto é, de ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha que atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania.

Odete Medauar preleciona que a expressão *serviço público* às vezes vem empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Para ela, é possível determinar o conceito de serviços públicos considerando suas duas facetas, as quais a doutrina costumeiramente conceitua como *serviço público* em sentido amplo, ou *serviço público* em sentido estrito.

Segundo a primeira conceituação, o sentido amplo de *serviço público*, Medauar assevera que, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. Para a autora, as atividades-meio (por exemplo:

arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público.

Conforme aduz a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na expressão *serviço público* são englobadas também as atividades do poder Judiciário e do Poder Legislativo, quando se menciona o seguinte: o Judiciário presta serviço público relevante; o Legislativo realiza serviço público.

Para Gaparini, a doutrina toma a expressão nas mais variadas acepções e isso dificulta a obtenção da almejada uniformidade conceitual. De acordo com o autor, a locução em apreço comporta ao menos três sentidos, sendo: o sentido *orgânico*, sentido *material* e sentido *formal*.

Elucida o citado autor que a expressão “serviço público” em seu sentido *orgânico*, também chamado de *subjetivo*, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Já em sentido *material* ou *objetivo*, o sentido de “serviço público” é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública. Por outro lado, a acepção de “serviço público” em sentido *formal* trata-se da atividade desempenhada pelo Poder Público ou seus delegados, regidos sob o manto do Direito Público, sob regras exorbitantes do Direito Comum.

Já na acepção de José dos Santos Carvalho Filho a expressão *serviço público* admite apenas dois sentidos fundamentais, sendo estes o *subjetivo* e o *objetivo*, deixando o aspecto orgânico citado por Gasparini como um dos fatores que caracterizam o serviço público. Na forma como expõe o autor em sua obra, a noção de serviço público em sentido *subjetivo*, devem ser levados em conta os órgãos do Estado responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade, como por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. O sentido *objetivo*, por sua vez, *serviço público* é a atividade prestada pelo Estado e seus agentes. Nesse aspecto pouco importa a pessoa que realizou a atividade.

Por fim, para Cesar A. Guimarães Pereira, em uma acepção mais objetiva, o *serviço público* consiste na prestação de utilidades fruíveis de modo individual, (ou, para muitos estudiosos, também de modo coletivo), colocadas pela Constituição Federal ou pela lei a cargo do estado, desempenhadas diretamente ou por delegatários, de modo gratuito ou remunerado, com a finalidade de realizar o bem-estar da coletividade.

Segundo a acertada lição de Eros Roberto Grau, a Constituição apresenta todos os contornos da noção jurídico-brasileira de *serviço público*. Assim o faz quando aparta essas atividades daquelas próprias dos particulares, entregando-as ao Estado como sendo um *dever-poder*.

Nesse sentido, destaque-se que a Constituição não dispõe a respeito do conceito de serviço público, deixando a cargo do legislador a sua caracterização, estabelecendo que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (art. 175, CF), o que torna a discussão acerca do tema ainda mais abrangente, uma vez que a citada lei sequer foi editada até os dias atuais.

2 DIFERENCIAÇÃO DE TERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A partir da análise do que disciplina o Capítulo I do Título VII (“Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” – Arts. 170 a 181), é possível concluir que no Brasil a atividade econômica, em sentido amplo, abrange não apenas as atividades comerciais, industriais e de prestação de serviços privados, mas também determinados serviços públicos, uma vez que o artigo 175 da Constituição Federal trata dos serviços públicos em sentido estrito.

Nesse sentir, o início do Capítulo constitucional que prevê os princípios gerais da atividade econômica, a Carta da República estabelece como sendo a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, que dá ensejo à interpretação de que, uma vez que a ordem econômica do Estado é

baseada no sistema capitalista, o trabalho humano deve ser priorizado ante os demais fatores de produção disponíveis no mercado.

Ainda, é de extrema importância para este trabalho a caracterização da atuação do Estado como agente econômico (Estado empreendedor), bem como a diferenciação do que estabelece o artigo 173, *caput*, da Constituição Federal, do que estabelece o artigo 175.

Nas lições de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o artigo 173, *caput*, da Constituição Federal estabelece em seu *caput*, a regra geral segundo a qual o exercício da atividade econômica *stricto sensu* cabe ao setor privado, devendo o estado, apenas nos casos previstos em lei ou na própria Constituição, atuar de forma direta na economia, como agente produtivo. Eis o teor do dispositivo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Os mencionados autores tratam a respeito do tema de maneira clara e objetiva, da forma como se transcreve a seguir:

Diz-se que a atuação direta do Estado na Economia sujeita-se ao princípio da subsidiariedade, isto é, como regra, somente quando o setor privado não tiver capacidade de atuar suficientemente em determinado setor econômico (ou não tiver mais interesse em tal setor) deve o Estado colmatar essa lacuna.

Também legitimam a atuação do Estado como agente econômico os “imperativos da segurança nacional”, ou “relevante interesse coletivo” (haja ou não deficiência na atuação dos agentes privados), exigindo-se, entretanto, que a lei defina tais hipóteses.

Para Rolf Stolbe, a questão da reserva de lei possui tanto um componente de direito fundamental como um componente de direito orgânico, os quais têm em vista, respectivamente, diferentes objetivos. Enquanto do lado do direito fundamental se trata da proteção do cidadão econômico, do lado da motivação do Estado de Direito Democrático está em primeiro lugar a distribuição constitucional das competências entre o parlamento e a Administração pública.

Do ponto de vista do direito fundamental, Stolbe assevera que a doutrina clássica parte da ideia de que a reserva de lei apenas se aplica às ingerências da Administração na liberdade e propriedade (reserva de ingerência). As reservas de lei jurídico-fundamentais também são concebidas primeiramente como reservas de ingerência, considerando a dimensão de defesa clássica, também para os direitos fundamentais de base econômica.

Além disso, é importante destacar que não há confusão entre os institutos previstos no artigo 173, da Constituição federal com o que estabelece o artigo 175 também da Carta Magna.

Conforme exposto anteriormente, a atuação ou ingerência do Estado na economia é permitida apenas nos casos previstos na Constituição conforme já mencionado. Isso ocorre tanto para o que está previsto no artigo 173, caput, quanto no artigo 175, da Constituição Federal.

Como observa Eros Roberto Grau, a Constituição Federal aparta os dois tipos de atividades, enunciando, no artigo 173, as atividades que são próprias dos particulares e que o Poder Público só pode intervir em casos específicos, e no artigo 175, definindo que cabe ao Poder Público a prestação daquelas atividades consubstanciadas como serviços públicos.

Nessa linha, o que se verifica é que tratam-se de institutos que em nada se assemelham, uma vez que, o primeiro, qual seja o artigo 173, caput, da Constituição Federal, de direito privado, o outro, artigo 175, de direito de direito público, em sua atuação direta ou por meio de particulares, sob o instituto da delegação. Desta maneira, as atividades são regidas por princípios diversos, não podendo haver confusão entre tais regimes jurídicos.

Nesse contexto, quando o Estado intervém diretamente na economia, em regra esta intervenção se dá por intermédio de pessoas jurídicas de direito público constituídas para tal finalidade. As pessoas jurídicas que geralmente se ocupam da exploração da atividade econômica são as empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, eis o que elucidam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

[...] a atuação no domínio econômico é difícil de compatibilizar com a personalidade jurídica de direito público, em face do regime jurídico aplicável, extremamente restritivo. Adequada à exploração de atividade econômica é a personalidade jurídica de direito privado, e as empresas públicas e as sociedades de economia mista, seja qual for o seu objeto, sempre têm personalidade jurídica de direito privado.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem ser divididas em duas categorias: as que prestam serviços públicos (em sentido estrito) e as que exploram atividades econômicas em sentido estrito. Ambas as categorias são integrantes da Administração pública porque no Brasil é adotada a acepção formal de Administração Pública. Ambas as categorias têm personalidade jurídica de direito privado.

O artigo 175, da Constituição Federal preleciona que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou através de delegação a particulares, mediante concessão ou permissão. Eis o teor do dispositivo, in verbis:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

O teor deste dispositivo constitucional se refere aos serviços públicos em sentido estrito, os quais possuem natureza econômica e assim classificados como atividade econômica em sentido amplo. Nesse raciocínio, entende-se por atividade econômica em sentido amplo os serviços públicos os quais possibilitam aferição de lucro por parte do Estado, sem que seja afastada a sua natureza de direito público.

Conforme já mencionado, tais serviços podem perfeitamente serem prestados por particulares como serviços públicos mediante delegação, conforme mencionado. Destaque-se que as atividades as quais se destinam os serviços públicos oferecidos por estes órgãos não estão sujeitos à exploração por parte dos particulares, tendo em vista sua natureza jurídica de direito público.

Caso um particular pretenda exercer alguma atividade econômica prevista no artigo 175 acima transcrito, deverá, necessária e obrigatoriamente receber delegação do Poder Público, celebrando contrato de concessão ou permissão de serviços públicos (sempre precedidos de licitação), ou ainda, por intermédio de ato administrativo de autorização de serviço público.

Segundo a doutrina de Figueiredo, a Carta Política Brasileira sofre nítida influência da doutrina administrativa europeia quando determina, no artigo 173, §2º, que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado deverá ser efetuada de forma isonômica com o particular. Contudo, no que tange à prestação de serviços públicos, o legislador constituinte manteve o posicionamento doutrinário tradicional, uma vez que, nos termos do artigo 175, incumbe sua prestação e exploração ao Estado, podendo delegar ao particular (delegação, conforme exposto), sob as regras do direito público.

A delegação a qual a Carta da República permite seja feita mediante contrato de concessão ou permissão de serviços públicos, atividade esta regulamentada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

A referida divisão dos campos de atuação, um próprio do Estado, o outro próprio dos particulares, é que demonstra no caso concreto a verdadeira natureza e conceito do que se chama *serviço público*, atividade que não pode ser confundida com aquela que o Estado desempenha como estado-empendedor.

3 QUANTO À POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DE LUCROS NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS POR MEIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO ESTADO

Com a evolução do constitucionalismo brasileiro e a promulgação da Constituição de 1988, sedimentou-se o regime capitalista no Estado brasileiro, tendo como previsão expressa em seu artigo 1º, inciso IV (referente aos Fundamentos da República), o valor social a livre-iniciativa. Na mesma linha, o Capítulo I do Título VII da Carta Magna que trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica preconiza, entre outros, como Fundamentos da Ordem Econômica, a livre-iniciativa; a propriedade privada e a livre concorrência.

A exploração direta da prestação de serviços públicos pode efetuar-se por meio dos órgãos da Administração Direta, ou Indireta, consubstanciada nas autarquias (incluindo-se as autarquias fundacionais), fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Aduz Cesar A. Guimarães Pereira que a peculiaridade do serviço público está em que é objeto de um dever do Estado. Em contrapartida, diz ainda, o potencial beneficiário (usuário potencial) do serviço, considerado de modo coletivo ou individual, é titular de um direito subjetivo em face do Estado.

Nessa linha, o usuário é titular de um direito ao serviço público. Esse direito pode assumir múltiplas configurações: direito à prestação adequada do serviço, se já instituído; direito à criação do serviço; direito à prestação de contas acerca da impossibilidade de oferecimento do serviço com a configuração desejável.

Vale ressaltar que os serviços públicos, enquanto realizados sob o véu do Direito Público está sujeito às regras de responsabilidade civil da Administração Pública, seja na modalidade do risco administrativo, porquanto a responsabilidade civil do Estado é objetiva, admitindo-se as causas excludentes; pela culpa administrativa quando houver omissão do Estado na chamada *faute de service* dos franceses, bem como, em casos mais restritos, na modalidade de

risco integral, em que a responsabilidade do Estado é objetiva, aplicável sem possibilidade de excludentes.

Com isso, como se depreende da obra do autor supramencionado, o fundamental é que há um direito de se exigir a prestação do serviço público. A importância de tal constatação é que esse mesmo direito não está presente nas relações privadas. Não há esse mesmo direito em face da atividade econômica em sentido estrito desenvolvida pelo Estado. Trata-se de um aspecto próprio do usuário do serviço público que não se estende aos consumidores de atividades privadas.

Nesse aspecto, a relevância que se aponta é a possibilidade de um direito, seja ele subjetivo do administrado ou não, ser objeto de exploração de lucratividade pelo Estado, em sua atuação enquanto prestador de serviços públicos. É sensível a questão, uma vez que no desempenho de atividade econômica propriamente dita, por meio das chamadas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, no desempenho de suas atividades-fim, a possibilidade de aferição de lucro é amplamente reconhecida, haja vista a natureza de Direito Privado sob a qual estão submetidas neste particular.

Contudo, o que se revela sobremaneira curioso é a possibilidade de aferição de lucro pela Administração Pública, quando da exploração de atividades econômicas por meio de serviços públicos, sob o manto do Direito Público. Por entender que o Estado, pode realizar, seja sob o manto do direito Público ou Privado, atividade econômica em sentido estrito quando autorizado, aferindo lucros quando da atividade-fim de suas empresas públicas ou sociedades de economia mista, não há que se falar na possibilidade de aferição de lucro quando a atividade for desempenhada por meio de serviços públicos, sob pena de arbitrariedade.

Conforme preleciona Cesar A. Guimarães Pereira, em sua obra “Serviço Público na ordem econômica da Constituição de 1988”, o serviço público reflete determinado modo de organização do Estado. Desse modo, determinadas

atividades são qualificadas normativamente de modo especial, para que o estado assegure a sua prestação de forma plena e sem embaraços.

Assim, tendo em vista que o objeto da presente análise se encontra disciplinado não apenas na esfera do Direito Administrativo, como também no âmbito do Direito Constitucional e no Direito Econômico, reservado a cada ramo as suas respectivas peculiaridades, não é raro a doutrina tratar da matéria da forma como aduzido nesta pesquisa, conforme se depreende do exposto por Leonardo Vizeu Figueiredo:

Dentro de um sistema econômico capitalista igualitário, isto é, que assegure a todos os cidadãos e administrados acesso a renda mínima digna, para que possam desfrutar dos bens necessários ao mínimo existencial, tão somente, com o produto de seu labor diário, fica fácil dar a todos os serviços essenciais um regime de direito privado, imputando-lhes um cunho eminentemente econômico.

Todavia, se pensarmos em um Estado que adota um sistema capitalista que não permite uma justa distribuição de rendas, ficando grande parte da população marginalizada, não há como se dar aos serviços essenciais caráter precipuamente privado, havendo necessidade, por uma questão de justiça social, de o Estado assumir a prestação e distribuição de tais serviços e bens em caráter assistencialista, a fim de se garantir acesso universal a todos, sob as regras de Direito Público.

Desse modo, uma vez que os serviços públicos constituem atividades prestadas pelo Estado vistas, regra geral, como uma comodidade ao administrado, padeceria da mais absoluta arbitrariedade a aferição de lucro a exploração de atividades econômicas por meio de serviços públicos, os quais são, em sua maioria, essenciais.

CONCLUSÃO

Não é recente a análise referente à exploração de atividade econômica pelo Estado, seja diretamente ou indiretamente, por meio de serviços públicos. Contudo, o objeto do presente artigo científico não é a análise concernente à possibilidade de exploração ou ingerência por parte do Estado no âmbito da chamada Ordem Econômica, conforme mencionado.

Trata-se da análise quanto à possibilidade de aferição de lucros na exploração de atividade econômica por parte do Estado na realização de serviços públicos. A matéria encontra-se disciplinada não apenas na esfera do Direito Administrativo, como também no âmbito do Direito Constitucional e no Direito Econômico, Tributário, Empresarial, dentre outros, reservado a cada ramo as suas respectivas peculiaridades, a intenção não foi, de forma alguma, exaurir a temática referente aos serviços públicos ou a exploração da atividade econômica pelo Estado, temas de tamanho peso histórico e de extenso conteúdo.

Verifica-se que a ingerência do Estado no desempenho da atividade econômica ou a exploração de atividade econômica pelo Estado somente será possível nas hipóteses legais. Com isso, uma vez que o Estado, em obediência à Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, realiza, seja sob o manto do direito Público ou Privado, atividade econômica em sentido estrito quando autorizado, aferindo lucros quando da atividade-fim de suas empresas públicas ou sociedades de economia mista, não há que se falar na possibilidade de aferição de lucro quando a atividade for desempenhada por meio de serviços públicos, sob pena de arbitrariedade.

Conforme mencionado nos capítulos acima, a conclusão a que se chega com a presente pesquisa é que, na iniciativa privada, um estabelecimento empresarial que não obtenha faturamento mínimo com a realização de sua atividade está fadado à recuperação judicial e/ou conseqüente decretação de falência. Contudo, não é o que ocorre com a exploração de atividade econômica pelo Estado pela realização de serviços públicos, uma vez que estes não podem ser descontinuados, em especial quando de caráter essencial.

REFERÊNCIAS

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 197, p. 18, jul./set. 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CLÈVE, Clemerson Merlin (Coord). *Direito constitucional brasileiro: constituições econômicas e social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STOLBER, Rolf. *Direito administrativo econômico geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA COM VISTAS À IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

Jorge Fragoso Netto¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o exame da conexão existente entre a intervenção estatal no domínio econômico e a implementação dos direitos sociais positivados na Constituição de 1988. Para tanto, iremos trazer brevemente o histórico dos Direitos sociais e seu significado dentro do ordenamento jurídico-constitucional. Em seguida, mostraremos como se dá, de acordo com a Constituição de 1988, a intervenção do Estado no domínio econômico. Por fim, apresentaremos alguns exemplos da intervenção estatal na economia e sua capacidade de conferir eficácia aos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Direitos sociais. Intervenção do Estado. Ordem econômica. Estado Social. Regulação.

ABSTRACT

This paper intends to examine the link between the administration's intervention in the economy and the social rights that the 1988 Brazilian constitution brings to the legal order. In order to reach this goal, we're gonna show a short brief about the social rights' history and how the 1988 Brazilian constitution allows the government to step in the economy. Finally, we are going to present some cases to show how this intervention happens to bring these rights to the people.

Keywords: Social Rights. Economy. Administration intervention. Economic regulation.

INTRODUÇÃO

¹ Jorge Fragoso Netto é advogado, graduado em Direito pela PUC-RJ e especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FDDJ. Aluno de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

É comum encontrarmos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, a expressão “Constituição cidadã” em alusão à Constituição Federal de 1988. Essa denominação se justifica em função de duas de suas principais características: O fato de a CRFB/1988 ser a primeira Constituição, desde a de 1946, a estabelecer o regime democrático no Brasil, consubstanciado no voto direto, secreto, universal e periódico, e em razão da previsão, pelo Constituinte originário, de um catálogo extenso de direitos fundamentais titularizados por seus cidadãos, tanto direitos fundamentais de primeira Geração (também chamados “Direitos de Defesa”) quanto de segunda Geração, os chamados “Direitos Sociais”, que, por ora, são os que mais nos interessarão no desenvolvimento deste trabalho.

A positivação de um rol de Direitos Sociais pelo legislador constituinte é traço comum às Constituições típicas dos denominados “Estados Sociais”. Além disso, outra característica que costuma ser atribuída aos Estados com tal viés, e que é conexas ao fato de suas constituições possuírem esse elenco de prestações positivas a serem por eles implementadas é a de que, nesses Estados, há maior intervencionismo estatal na Ordem Econômica, seja intervenção direta, a partir do desempenho de atividades econômicas que, nos Estados Liberais, ficam restritas à iniciativa privada, seja por meio da atuação de órgãos estatais responsáveis por regular e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, o que conduz à necessidade de um Estado mais forte e presente em detrimento de um Estado apequenado e ausente.²

No presente trabalho, pretendemos trazer alguns apontamentos acerca dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para atuação do Estado no domínio econômico em paralelo com a implementação de alguns dos direitos sociais constitucionalmente previstos no artigo 6º da Carta da República.

Para isso, abordaremos de forma sintética os principais conceitos relacionados tanto aos direitos sociais quanto à atuação interventiva do Estado

² GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

na economia para, ao final, correlacionarmos essa atuação ao implemento dessa categoria de direitos, trazendo ainda alguns exemplos práticos.

1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NA TEORIA CONSTITUCIONAL

Os direitos sociais, na atualidade, possuem matriz constitucional e representam prestações positivas a serem implementadas pelo Estado em favor de seus cidadãos, com o fim de realizar os ditames da justiça social, também denominada “macrojustiça”³, e reduzir as desigualdades sociais eventualmente existentes.

Conforme já dito acima, os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, que foram precedidos por uma categoria de direitos fundamentais que determinavam ao Estado a abstenção de intervir em determinadas esferas de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos, largamente difundidos na doutrina constitucionalista como “direitos de defesa”⁴, marcam a primeira geração dos direitos fundamentais.

Historicamente, os direitos fundamentais de primeira geração surgem, de forma positivada, com as Constituições dos Estados Unidos de 1787 e da França de 1791. Essas constituições apregoam uma série de direitos aos indivíduos com o intuito de conferir-lhes maior liberdade de agir e de tornar indevida a ingerência do Estado frente ao direito de cada indivíduo de se autodeterminar, inclusive no campo econômico, no qual cada cidadão seria livre para promover sua própria riqueza.⁵ Surgia o “Estado liberal”, pautado nas ideias de liberdade individual e separação dos poderes, na medida em que a

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 608.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

desconcentração do poder resultaria em um enfraquecimento deste e dificultaria a ingerência indevida na esfera individual dos cidadãos.⁶

O que se viu na prática, entretanto, e especialmente no período da chamada “Revolução Industrial”, foi a imposição daqueles que detinham maior poderio econômico sobre aqueles que apenas contavam apenas com sua força de trabalho como maior patrimônio. O absentéismo estatal que marcou o século XIX conduziu a um aumento desmedido das desigualdades sociais, exploração e miséria.

Surgem, a partir daí, teorias embasadas na necessidade de o Estado se fazer mais presente na sociedade a fim de diluir as desigualdades sociais, mediante a atuação de índole positiva em favor de seus cidadãos, sendo certo que só seria dado ao Estado o poder de atuar na medida em que suas constituições lhes impusessem obrigações nesse sentido. Tem início, assim, a segunda geração de direitos fundamentais, os denominados “Direitos Sociais”, impondo ao Estado prestações positivas em favor de seus administrados.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a primeira Constituição a trazer em seu bojo a previsão de um catálogo de direitos sociais foi a Constituição Mexicana de 1917, que admitia uma série de direitos trabalhistas aos cidadãos mexicanos e os erigia à categoria de direitos fundamentais, seguida pela Constituição Alemã de Weimar de 1919, que foi além e definiu a titularidade em favor de seus indivíduos de direitos que só se realizam por meio de políticas públicas estatais, como saúde, educação e previdência social.⁷

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever um elenco de direitos sociais com especial enfoque nas relações trabalhistas.⁸ Atento à realidade seguida por quase todos os países que inauguraram novo ordenamento jurídico-constitucional pós-Segunda Guerra Mundial, o

⁶ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

⁷ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 619.

constituinte originário de 1988 também consagrou textualmente rol direitos sociais com vistas à realização do princípio da igualdade não apenas em seu aspecto formal, mas principalmente em sentido material.⁹

Importante ressaltar que, desde 1988, o rol de direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal já sofreu diversas alterações, mas sempre de modo a serem acrescidos direitos, nunca suprimidos – até porque, como vimos, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda geração, e como tais, não podem ser abolidos pelo constituinte derivado.

A doutrina aponta o princípio da vedação ao retrocesso social como um dos fatores que legitimam a positivação dos direitos sociais na Carta Constitucional de 1988. Em síntese, segundo leciona Alessandra Gotti, escorada nas lições do Ministro Luis Roberto Barroso e de Felipe Derbli, o princípio da vedação ao retrocesso social não está expresso na Constituição, mas decorre do Sistema jurídico-constitucional, em especial, do objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, CRFB/88) e da construção de uma sociedade que privilegie a solidariedade e a justiça social (art. 170, *caput*, CF/88).¹⁰

Ingo Wolfgang Sarlet alerta, no entanto, que embora o cunho positivo dos direitos sociais seja o principal marco distintivo dessa categoria de direitos fundamentais em relação aos da geração – o renomado autor gaúcho costuma usar a expressão “dimensão” – anterior, tais direitos também englobam as chamadas “liberdades sociais”, tais como a liberdade de associação sindical e o direito de greve.¹¹

Para os propósitos deste trabalho, nos serão mais caros aqueles direitos que demandam alguma atuação do Estado, sobretudo quando essa atuação

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

¹⁰ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

representar uma legítima intervenção estatal na Ordem Econômica com o objetivo de promover o implemento desses direitos.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: ASPECTOS RELEVANTES

O Constituinte originário de 1988 reservou um título inteiro do texto constitucional (o título VII) para tratar da Ordem Econômica e Financeira do Estado. Neste título, destaca-se o capítulo I (artigos 170 a 181 da CRFB/88), destinado a tratar dos princípios gerais da atividade econômica. É deste capítulo que se extraem as balizas mestras que disciplinam a atuação do Estado no domínio econômico.

Ao discorrer sobre os princípios que regem a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988, o professor José dos Santos Carvalho Filho, afirma que: “No geral, percebe-se que o Constituinte buscou uma posição intermediária [...] nem deixando livre o setor econômico para a iniciativa privada, nem permitindo a apropriação dos meios de produção pelo Estado. Fica, como em várias constituições modernas, a meio caminho entre o Estado Liberal e o Estado Social. Não obstante, a existência de meios de controle estatal sobre a economia, em determinadas circunstâncias, não desnatura o regime capitalista adotado na Carta em vigor [...]”. Segundo o autor, a Constituição adotou o que seria um intervencionismo mitigado.¹²

Com efeito, a Constituição de 1988 não deu margem a questionamentos quanto ao sistema econômico adotado ao estabelecer, no artigo 170, que um dos valores fundantes da Ordem Econômica – ao lado da valorização do trabalho humano – é a livre iniciativa. Ao erigi-la à categoria de princípio basilar da Ordem Econômica ao lado de princípios como o da propriedade privada e da livre concorrência (insculpidos respectivamente nos incisos II e IV do artigo 170) o constituinte originário deixou clara a escolha política pelo sistema capitalista em detrimento do sistema socialista, caracterizado pelo monopólio

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

dos meios de produção nas mãos do Estado e pela planificação de toda a economia, e que vivia momento de declínio e desprestígio no final dos anos 80.

Entretanto, nesse mesmo artigo, fez-se a ressalva de que até mesmo a livre iniciativa deverá observar os ditames da justiça social, o que, a nosso sentir, acaba por configurar uma cláusula geral legitimadora da intervenção estatal na Ordem Econômica. Isto é, sempre que a iniciativa privada agir com abuso de poder econômico e em desconformidade com os um dos corolários da justiça social, que é a redução das desigualdades sociais e regionais – também alçada à categoria de princípio da Ordem Econômica, nos termos do artigo 170, inciso VII, da CRFB/88 – será legítima e necessária a intervenção estatal.

Andou bem o constituinte originário ao permitir, nos termos acima expostos, a possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico quando este quadro restar configurado, uma vez que a experiência de regimes capitalistas de viés mais liberal nos mostra, como bem observa o professor Carvalho Filho, que em certas ocasiões a iniciativa privada se afasta por completo de qualquer defesa social.¹³

Quanto às formas de intervenção, estas podem se dar pela via direta ou pela via indireta. Fala-se em intervenção direta do Estado no domínio econômico quando este autoriza, por lei, a criação de empresas estatais para desempenho direto de atividade econômica. O que caracterizará uma empresa como estatal será a titularidade de seu capital social, em especial o capital votante. Quando a lei autorizar a criação de empresa estatal cujo capital social seja integralmente titularizado por ente político (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), estaremos diante de uma empresa pública. Por outro lado, quando a lei permitir que parcela do capital social da empresa seja disponibilizada à venda para iniciativa privada, ressalvando que a maioria de seu capital votante (ações ordinárias) deverá ser subscrito por ente político, ter-se-á a criação de uma sociedade de economia mista.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

Importante frisar ainda que, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, só será permitida a exploração direta de atividade econômica pelo Estado por intermédio das empresas estatais quando configurado relevante interesse coletivo ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional.

Em contrapartida, o Estado poderá realizar ainda a chamada intervenção indireta no domínio econômico, o que ocorre quando atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do que dispõe o artigo 174 da Carta Magna. No desempenho dessas atividades, cumpre ao Estado fiscalizar, incentivar e planejar, sendo o planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse sentido, para melhor realizar as tarefas de regular e fiscalizar o exercício de atividades econômicas por particulares é que se desenvolveram as agências reguladoras independentes no Brasil. Em breve síntese, pode-se afirmar que as agências reguladoras são autarquias de regime especial criadas para regular e fiscalizar serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito. O que diferencia as agências reguladoras das demais autarquias, em linhas gerais, é sua maior autonomia administrativa e financeira, independência em relação ao órgão central da Administração Pública direta ao qual estão vinculadas – sendo incabível o chamado “recurso hierárquico impróprio” ao Ministro da pasta supervisora – e, embora controverso na doutrina, um poder normativo mais denso do que das demais autarquias, baseada em critérios técnicos e, com lastro nestes, até mesmo capaz inovar na ordem jurídica.¹⁴

Embora a doutrina afirme que duas dessas agências já possuíam previsão na Constituição de 1988 (ANP e ANATEL)¹⁵, foi a partir da década de 90, com a criação do Ministério de Administração e Reforma do Estado, chefiado pelo ex-Ministro Luis Carlos Bresser Pereira, que as agências reguladoras começaram a ser criadas no Brasil, muito em função do Programa Nacional de Desestatização que vinha sendo levado a efeito pela Lei nº 9.491/97. A ideia central deste

¹⁴ É entendimento que pode ser encontrado, por exemplo, em: BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130.

¹⁵ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 546.

programa era retirar do Estado o desempenho de algumas atividades econômicas que, em tese, poderiam ser prestadas de forma mais eficiente pela iniciativa privada, o que, no entanto, resultaria em uma necessidade de o Estado atuar de forma mais intensa na regulação e fiscalização dessas atividades.

Vistos, ainda quem em contornos gerais, os principais pontos acerca da intervenção do Estado na Ordem Econômica, passaremos agora a tratar das formas pelas quais o Estado atua, em termos práticos, na economia a fim de implementar os direitos sociais constitucionalmente previstos e também já tratados neste trabalho.

3 ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Diversas são as formas pelas quais o Estado pode intervir na economia de modo a conferir direta ou indiretamente maior eficácia aos direitos sociais constitucionalmente previstos e promover um incremento no bem-estar da sociedade. Sem a pretensão de esgotar o tema, destacaremos a seguir algumas dessas formas, com exemplos de atuação prática.

A primeira forma de atuação que destacamos é a atuação direta do Estado na economia por meio da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Como vimos anteriormente, nos termos do artigo 173 da Constituição, é dada ao Estado a faculdade de criar tais empresas para o desempenho direto de atividade econômica quando houver relevante interesse coletivo ou quando necessário aos imperativos da segurança nacional. Neste último caso, tendo em vista que a própria segurança é elencada no artigo 6º da CRFB/88 como direito social a ser implementado pelo Estado, é possível concluir que, de um modo geral, quando o Estado justificar a criação de uma empresa estatal em questões ligadas à segurança nacional, estará agindo de modo a conferir maior eficácia a esse direito social positivado pelo constituinte de 1988.

Entretanto, não é apenas nessa situação que a atuação de uma empresa estatal criada pelo Estado poderá resultar em maior efetividade de um direito social. Tomemos como exemplo a atuação da Caixa Econômica Federal (empresa pública federal) no programa “Minha Casa, minha vida”. Em síntese, o programa mencionado se destina a concessão de crédito imobiliário para aquisição de imóvel residencial por famílias de baixa renda. Os juros das linhas de crédito oferecidos por essa instituição bancária são consideravelmente inferiores às taxas médias de mercado oferecidas pelos bancos privados, que visam à obtenção de lucro em suas atividades – o que, vale ressaltar, é legítimo dentro de um sistema capitalista que, como destacamos, foi o sistema adotado pelo Constituinte de 1988.

Nesse sentido, quando a Caixa Econômica Federal oferece crédito imobiliário nos moldes do programa “Minha casa, minha vida” a juros inferiores, o escopo maior certamente não é a obtenção de lucro pela instituição bancária, mas o estímulo à aquisição de imóvel por aqueles que, em condições normais de mercado, não teriam essa possibilidade. Utiliza-se, portanto, uma empresa estatal com o intuito de conferir maior efetividade ao direito social de moradia insculpido no artigo 6º da CRFB/88 e, igualmente, fomenta-se um importante segmento da economia, o mercado imobiliário.

O Estado também tem a capacidade de intervir no domínio econômico e conferir maior efetividade a direitos sociais por meio do fomento às atividades privadas de interesse público. Essa conclusão decorre da própria redação do já mencionado artigo 174 da Constituição, que estabelece o incentivo como uma das funções do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público, e pode ocorrer por meio de favores fiscais (isenções tributárias, por exemplo), subvenções orçamentárias, financiamento sob condições especiais e

desapropriações.¹⁶ É o que ocorre, por exemplo, quando o Estado (em sentido amplo, como sempre nos referimos nesse trabalho) concede determinada isenção tributária a uma empresa para a construção de uma indústria em localidade que apresenta elevada taxa de desemprego. Ao agir desta forma, o Estado abre mão de receita tributária com o objetivo de tornar o empreendimento mais atrativo para a iniciativa privada e, dessa forma, faz com que a instalação da indústria gere empregos. É, portanto, uma forma de o Estado intervir na economia e conferir maior efetividade ao direito ao trabalho, também estatuído no artigo 6º da Constituição Federal.

Outra importante atividade estatal de intervenção na Ordem Econômica que é capaz de conferir maior eficácia a direitos sociais é a atividade de regulação, que como já dissemos ganhou relevância no Estado brasileiro a partir dos anos 90.

As agências reguladoras foram criadas com o escopo de regulamentarem as atividades de certos setores da economia. Essa regulação, que ocorre por meio das resoluções produzidas por essas autarquias de regime especial, se lastreia em critérios de expertise sobre determinada atividade econômica e se fundamenta na necessidade de produção de normas com conteúdo técnico mais elevado e de forma mais dinâmica, isto é, normas capazes de acompanhar as inovações que constantemente ocorrem em certos setores da atividade econômica.

Diversas agências reguladoras de setores econômicos foram criadas a partir dos anos 90 e vêm tendo papel de destaque na regulação de certos setores, com a produção de resultados favoráveis aos cidadãos – ainda que nem sempre sejam os melhores resultados possíveis – e contribuindo para maior efetividade de alguns dos direitos sociais de envergadura constitucional.

É o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/2000. Com efeito, o artigo 6º da Constituição consagra o direito social à saúde, que de acordo com o artigo 196, da CRFB/88, é direito de todos e

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56.

dever do Estado. O artigo 197 da Carta de 1988, entretanto, permite a prestação de serviços de saúde por agentes privados, que deverão ter suas atividades reguladas e fiscalizadas por entidades, órgãos e agentes do Estado. Uma dessas entidades é a ANS, que irá estabelecer normas técnicas para atuação dos planos de saúde privados. Nesse sentido, quando a ANS, por exemplo, realiza o controle de preços das mensalidades dos planos de saúde, estabelecendo inclusive limites para esse aumento de preços, a referida agência pratica ato de intervenção em um setor relevante da economia e, do mesmo modo, contribui para que mais pessoas possam ter acesso aos serviços fornecidos por esses agentes econômicos. É, portanto, uma forma de dar maior efetividade ao direito social à saúde.

Além da atividade normativa, as agências reguladoras são dotadas de capacidade fiscalizatória (poder de polícia) que irá permitir a tais entidades verificar se os atores do segmento econômico regulado estão aplicando os *standards* técnicos por ela estabelecidos, podendo ainda aplicar sanções aos infratores.

É o que ocorre, por exemplo, quando a Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478/97, fiscaliza as atividades de postos de combustíveis, verificando os padrões dos combustíveis comercializados por esses agentes econômicos. Ao realizar essa atividade, os agentes estatais analisam se os combustíveis possuem os padrões de qualidade e segurança especificados em normas técnicas e, ainda que indiretamente, contribuem para efetivação do direito social à segurança.

Vicente Bagnoli destaca ainda a necessidade de que a regulação econômica ocorra com harmonia entre eficiência econômica e equidade, de modo que o racional econômico – a busca pela maximização da eficiência – seja conjugado com os valores da justiça social, a fim de viabilizar a eficiência social da regulação.¹⁷

¹⁷ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115.

Noutro giro, importante mencionar que, em uma visão mais liberal, o Estado também intervém no domínio econômico quando realiza concessões e privatizações, sendo certo que, para os seguidores dessa linha de pensamento, esse tipo de intervenção é a melhor forma de o Estado assegurar recursos para aplicação nas áreas sociais. Foi, por exemplo, uma das justificativas do Plano Nacional de Desestatização implantado pelo Governo FHC nos anos 90.¹⁸

Contudo, as desestatizações (gênero que abarca tanto as concessões quanto as privatizações) devem ser vistas de forma parcimoniosa. Embora movimentem certos setores da economia, os agentes privados objetivam precipuamente o lucro, como já dissemos – e o que, reafirmamos, é legítimo dentro de um Estado que adota o sistema capitalista como meio de produção e circulação de riquezas. Nessa linha, há setores que, preferencialmente, devem permanecer nas mãos do Estado exatamente para que uma quantidade maior de indivíduos possa ter acesso aos bens e serviços produzidos nesses setores que, muitas vezes, são essenciais a uma vida digna.

Além disso, conforme menciona Diogo R. Coutinho, nem sempre a privatização de bens e empresas estatais ocorre por motivos nobres, como o de robustecer o orçamento público para investimento em áreas sociais. Segundo o autor, que se vale de doutrina estrangeira para tal consideração, as privatizações muitas vezes são realizadas para ganhar a simpatia de eleitores mais identificados com um viés mais liberal, desatendendo aqueles mais necessitados, que passam a não ter como pagar por determinados bens e serviços que, nas mãos da iniciativa privada, passam a lhes custar mais.¹⁹

CONCLUSÃO

A positivação de direitos sociais pelas Constituições modernas, sem dúvida, representa enorme avanço e, sobretudo, uma vitória para aquelas sociedades com níveis de pobreza e desigualdade ainda elevados.

¹⁸ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

¹⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

O Direito não pode ser produzido em descompasso com a realidade fática. Não se pode exigir do Estado que guarde um certo distanciamento da sociedade – incluindo aí o mercado – quando os indicadores de desenvolvimento e qualidade de vida dessa sociedade ainda estão abaixo dos padrões necessários para o bem-estar geral.

Entretanto, não se pode olvidar também que os recursos públicos são finitos, e nem sempre o Estado os terá à disposição para implementar todos aqueles direitos sociais previstos na Constituição, tendo de fazer as chamadas “escolhas trágicas” entre um ou outro direito a ser implementado, uma ou outra situação a ser atendida.

Nesse sentido, é imperioso, como observa o Professor José dos Santos Carvalho Filho²⁰, que se chegue não apenas na teoria, mas em termos práticos, a um modelo de Estado intermediário entre o Estado Mínimo e o Estado Máximo, entre o Estado Liberal e um Estado Social que coloca no orçamento público toda a responsabilidade pelo desempenho de atividades econômicas capazes de prover os direitos sociais previstos em seus ordenamentos.

Nesse sentido, entendemos que, de todas as formas de intervenção do Estado na Ordem Econômica, a que tem maior potencial para contribuir com o atingimento desse modelo ideal é a atividade regulatória, desde que observando as necessidades da sociedade em cotejo com as regras técnicas de cada setor regulado, e desde que os agentes públicos responsáveis pela regulação não venham a ser cooptados pelo mercado regulado – um dos grandes problemas práticos da regulação no mundo. Assim, talvez se chegue mais próximo de um Estado em que seus cidadãos possam usufruir de seus direitos sociais constitucionalmente previstos.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 12, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O PROJETO DE LEI DO SENADO 186, DE 2014: JOGO DE BINGO NO BRASIL COMO SERVIÇO PÚBLICO

Luís Felipe Carvalho Bocayuva¹

RESUMO

O presente artigo cuida de realizar minuciosa abordagem do polêmico e controverso conceito de serviço público, todas as suas dúvidas e certezas. Cuidar-se-á de expor algumas das principais conceituações doutrinárias da atividade estatal, por quatro dos principais administrativistas do Brasil. Dos conceitos destacados, far-se-á um único, com vistas a obter base teórica para o próximo passo: a classificação dos serviços públicos. Feita a abordagem detalhada do ponto, nova fase será apreciada. Em novo capítulo, já pormenorizadas todas as características introdutórias inerentes ao serviço público, serão expostas algumas particularidades sobre o jogo de Bingo no Brasil, prática há alguns anos não mais explorada graças a sua proibição, em meados dos anos 2000, o que também será tratado. Hoje, pela iminente regulamentação do jogo, importante realizar nova apuração e demonstrar quais os almejos do legislador ao discutir acerca do assunto novamente, sempre em viés administrativo, utilizando-se já dos conceitos e debates dos capítulos anteriores. Através do projeto de lei, de número 186, de 2014, importante também ressaltar a natureza jurídica administrativa do jogo de azar de bingo como serviço público, as regras impostas pelo projeto à Administração, a classificação do serviço público de jogo de bingo, e a forma de autorização da atividade. A conclusão encerrará o presente artigo demonstrando toda a importância do assunto debatido, de modo que estejamos todos preparados para o futuro administrativo da atividade de bingo no Brasil e que possamos iniciar caloroso debate acerca da necessidade de termos em nosso ordenamento jurídico mais ou menos serviços públicos.

Palavras-chave: Serviços Públicos. Bingo.

¹ Luis Felipe Carvalho Bocayuva, brasileiro, advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº 50.829. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

ABSTRACT

The present article cares out a thorough approach to the controversial concept of public service, with all its doubts and certainties. It will take care of exposing some of the main doctrinal conceptualizations of state activity, with a view to obtaining a theoretical basis for the next step: the classification of public services. After the detailed approach of the point, new phase will be appreciated. In a new chapter, all the introductory characteristics inherent to the public service will be explained, some particularities will be exposed on the game of Bingo in Brazil, practice for some years no longer exploited thanks to its ban in the mid-2000s, which will also be treated. Today, due to the imminent regulation of the game, it is important to carry out a new investigation and demonstrate what the legislator's ambitions are when discussing the subject again, always in administrative bias, already using the concepts and debates of previous chapters. Through bill 186, of 2014, it is also important to highlight the administrative legal nature of bingo gambling as a public service, the rules imposed by the project on the Administration, the classification of the public bingo game service, and the Authorization of the activity. The conclusion will close this article demonstrating the importance of the subject discussed, so that we are all prepared for the administrative future of the bingo activity in Brazil and that we can start a heated debate about the need to have in our legal system more or less public services.

Keywords: Public services. Bingo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará de um debate caloroso na doutrina e na jurisprudência pátria. O que é serviço público? Qual o conceito utilizado pelos administrativistas? Conforme os conceitos apresentados, qual pode ser o mais considerado, ante as conjunturas atuais e a implementação, em 1988, pelo legislador constitucional, do Estado Democrático de Direito, em linha mista de proteção e liberdade?

Utilizar-se-á de três dos principais doutrinadores da matéria: Maria Sylvia Zanella di Pietro, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho e um quarto e novo doutrinador, que muito contribui para a evolução do tema: Alexandre Mazza, cuja conceituação junta as acima citadas e mais algumas para criar uma única e bem elaborada concepção.

São inúmeros os debates, é polêmica a discussão. De fato, merece limitação o termo, de acordo com o que se almeja. E o principal objetivo é a necessidade de se definir, ao menos de forma concreta o que é serviço público.

Nossa Constituição é repleta de exemplos de serviços Públicos, como os serviços de transporte, seja terrestre, aéreo, metroviário ou ferroviário, serviço de telecomunicações, radiodifusão, dentre tantos outros. E de pronto já temos um primeiro questionamento: será que o Brasil possui serviços públicos além da medida?

Não é o que pensa o legislador. Foi criado e está em trâmite, no Senado Federal, o Projeto de Lei de número 186, de 2014, que regulamenta e legaliza a exploração dos jogos de azar em território nacional. Dentre os jogos, especificamente tratar-se-á do Bingo. Delimitar a discussão a um só jogo facilita a argumentação e torna o presente trabalho mais sucinto e objetivo, até porque o Bingo no Brasil possui algumas peculiaridades, que também estão dispostas no artigo.

O Bingo, como qualquer outro jogo de azar, conforme o Projeto de Lei, é considerado Serviço Público. Pessoas Jurídicas de Direito privado, mais especificamente, Sociedades Empresárias, somente poderão explorar a atividade mediante concessão do serviço, através de licitação.

Temos então mais um serviço público em nosso ordenamento, cuja atuação concreta do Estado deverá ser direta e constante. O jogo de bingo, como qualquer outro jogo de azar, deve ser fiscalizado, observado, e as ilegalidades devem ser punidas, até que alcancemos a utópica educação. Sociedade e Poder Público devem se juntar para prevenir casas ilegais de jogos. São essas as premissas para se tornar o jogo de azar serviço público. E a doutrina assim o permite, como se verá.

No entanto, outro debate é aberto exatamente no mesmo ponto. O Estado e seus entes federativos possuem estrutura concreta para atuação, fiscalização, punição de ilegalidades e proteção da sociedade administrada? Quais os passos para a concretização suprema do interesse público? Será que a mão do Estado

não está pesando demais em interesses unicamente privados, tornando mais dificultosa a concepção de serviços públicos e tornando ainda mais polêmica a discussão?

Entende-se que o Estado deve se preocupar com aquilo que pode causar prejuízo a si e aos seus administrados, pois este sim é o interesse público no presente artigo debatido. Dizem até que a regulamentação dos jogos de azar é matéria de saúde pública, graças aos jogadores patológicos, ou ludopatas. Ademais, os prejuízos que podem ser suportados pelas práticas de crime dentro de uma casa de bingo ou de um cassino merecem atenção redobrada do Estado.

Portanto, no princípio, o Estado será o responsável por fiscalizar a atividade. Justo, já que arrecadará muito bem com ela. No entanto, isso, por si só não é o bastante. Sociedade administrada, e os próprios exploradores, cuja atividade será concedida, devem ser conscientes, corretos, ativos na busca do interesse público. Deixar o estado fazer tudo sozinho é pedir para que tudo venha a ruir, como já aconteceu no passado.

1 SERVIÇOS PÚBLICOS

O presente tema comporta imensas polêmicas e incertezas na doutrina pátria. Não é em vão. Definir serviços Públicos, até para os Administrativistas mais renomados não é simples, “pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência”².

Carvalho Filho complementa:

Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos. Trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõem.³

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 327.

Os primeiros passos do serviço público também não são univocamente conhecidos pela doutrina. Tem-se que um dos primeiros a tratar da atividade administrativa voltada ao público foi Jean-Jacques Rousseau, em 1762. No entanto, a ideia era ainda por demais embrionária, haja vista que o Autor tratava como atividade do Rei soberano delegada a um “servidor” seu.

Com o passar do tempo, muito mudou, e por isso mudou também, por diversas vezes, a conceituação do termo. A mutabilidade se dá conforme muda a ideia de Estado, outro tema bastante maleável. Se tínhamos, até pouco tempo atrás, um Estado liberal cuja “mão invisível” pareava sobre as atividades econômicas, tínhamos um serviço público mínimo, ante a máxima possibilidade de atividade privada.

Num Estado democrático de Direito, entretanto, hoje adotado pela nossa Constituição (artigo 1º, caput), em equilíbrio entre a liberdade da iniciativa econômica e a necessidade de o Estado avocar serviços privados como públicos, adquirindo inclusive monopólio em alguns deles, temos nova ideia, nova concepção, novo formato, o que não quer dizer que assim será para sempre.

Logicamente, há uma clara separação entre o que é privado e o que é público. E a Constituição cuidou de fazer a divisão. Os artigos 170 a 174 tratam da ordem econômica, cujos princípios são expostos no artigo 170. Já entre os artigos 175 e 176, a Constituição trata da atuação dos serviços públicos. Uma parte da definição já pode ser parcialmente delimitada. O artigo 175, caput, aduz que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

O legislador expôs dois claros sujeitos que podem prestar a atividade pública. São eles o “Poder público”, o Estado, ou seus “delegados”, através de concessão ou permissão, nunca podendo ser dispensada a licitação,

responsabilizando-se, nestes casos, “direta e objetivamente pelos eventuais danos causados aos usuários”⁴

Como parâmetro de tudo que já foi citado, podemos citar 4 (quatro) dos principais administrativistas brasileiros, cada um com sua conceituação:

Meirelles afirma que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁶

José dos Santos Carvalho Filho aduz que é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”

Numa conceituação mais simples, é “todo aquele prestado pela Administração ou por particulares, mediante regras de direito público previamente estabelecidas por ela, visando a preservação do interesse público.”⁷

Podemos extrair, dos conceitos supra indicados, que Pessoas Jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado podem exercer o ato de prestar serviço público. Alguns dos autores indicam que deve haver regra de direito público regendo a atividade, muito embora algumas regras de direito privado, como o Código de Defesa do Consumidor e até o Código Civil possam ser aplicadas.

⁴ MAZZA, Alexandre: *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.446.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 336.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102.

⁷ SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 492.

Outro ponto tratado pela maioria é a satisfação do interesse público, ou das necessidades da coletividade. Meirelles vai além e trata da conveniência do Estado. Este ponto terá destaque sobre os demais, já que serviço público nem sempre é aquele voltado a satisfação de necessidades da sociedade, como veremos a seguir.

Fato é que os serviços públicos são próprios do Estado, como Pessoa Jurídica de Direito Público, podendo ser repartido entre a União, os estados, o Distrito Federal e os Municípios. Esta titularidade é absoluta, a não ser que a Lei altere o serviço como privado, o que, ao menos no Brasil, não se conhece desde a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição Federal cuidou, a princípio, de separar os serviços públicos entre os entes federativos. Do inciso X ao XII, do Artigo 21, os serviços são de titularidade da União. Aos estados, o Artigo 25, §2º cuidou de reger como atribuição pública a exploração de gás canalizado. Aos municípios, no Artigo 30, a Constituição separou a necessidade de cuidarem, organizarem e prestarem o serviço de transporte público. Já ao Distrito Federal, a CF juntou as atribuições estatais e municipais, já referenciadas.

No entanto, não só a Constituição, mas a Lei também pode dispor sobre o que pode ser serviço público. É o típico caso do jogo de Bingo, jogo de azar muito difundido na sociedade. Vejamos.

2 O JOGO DE BINGO NO BRASIL

No Brasil, o Bingo é hoje tratado como Jogo de Azar, proibido pela lei de contravenções penais, em seu artigo 50, que assim dispõe⁸:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

Como acima referenciado, o jogo de azar é aquele que o ganho ou a perda depende unicamente da sorte de quem joga. Não há dependência alguma de destreza, habilidade, o que faz a vitória ser aleatória, diferente de esportes como o futebol, o voleibol, o boxe ou o MMA, em que os atletas devem dominar técnicas, treinando, em alguns casos, mais de 8 (oito) horas por dia. Nestes casos, ainda que não se saiba antecipadamente quem será o vencedor, pode-se dizer que a sorte é última alternativa.

O Bingo, em sua modalidade mais popular, é jogo de azar em que seu participante recebe uma cartela com 24 (vinte e quatro) números avulsos, partindo de 01 (um) até 90 (noventa). Os números são separados em cinco colunas, sejam elas B, I, N, G, O, e 5 (cinco) linhas. Os números são sorteados através de pequenas pedras esféricas que passam por filtro de um globo de ferro, e são colocadas em uma tabela, que contém cada número que foi anunciado pelo sorteador. Ganha o jogador que, por sorte, tenha em sua tabela os números sorteados pelos anunciantes.

Há também a modalidade de Bingo eletrônico ou “videobingo”. Nesse caso, não há um sorteador, mas sim um sistema inteligente computadorizado que gera uma cartela, sorteia os números e assegura (ou deve assegurar) justo resultado aos participantes.

No Brasil, se tem notícia da chegada do Bingo em meados dos anos 40, quando imigrantes italianos e americanos desembarcaram em solo brasileiro. No entanto, desde que pisou em solo brasileiro já foi considerado como jogo de azar e proibido pela Lei de Contravenções penais, já referenciada.

50 (Cinquenta) anos após sua proibição, algumas legislações surgiram no ordenamento para autorizar sua exploração. Essa é a peculiaridade do jogo de bingo, haja vista que outras modalidades de jogo de azar, inclusive o jogo do

bicho, que já faz parte da cultura brasileira e possui mais pontos de venda do que a loteria comandada pela Caixa Econômica Federal, nunca tiveram autorização ou sequer regulamentação.

Pode-se citar, como norma que instituiu a regulamentação do bingo no Brasil, a chamada “Lei Zico”, 8.672, de 06 de julho de 1993, revogada pela “Lei Pelé”, número 9.615, de 24 de março de 1998, momento em que o Brasil deu espaço à exploração da atividade. Inúmeros estabelecimentos de exploração do jogo foram abertos, milhares de empregos criados e milhões em tributos foram arrecadados.

Como o intuito do presente debate não é dissecar as leis e demonstrar quais e como foram as autorizações e como funcionou a regulamentação do jogo à época, não se faz necessária abordagem minuciosa.

Outrossim, vale ressaltar que a norma aquela época vigente foi revogada pela chamada “Lei Maguito”, nº 9.981, de 14 de julho de 2000, o que tornou novamente a exploração da atividade de Bingo como Jogo de Azar proibido pela Lei de Contravenções penais.

A norma dispôs de um prazo para que os exploradores descontinuassem suas atividades, 1 (um) ano após a sua entrada em vigor. E uma a uma, as casas de Bingo foram fechando, empresário pediram falência, empregos foram perdidos.

Hoje, no entanto, vastas são as discussões acerca do retorno da atividade do jogo de azar por pessoas físicas, jurídicas e entidades por todo o Brasil. Entretanto, não é mansa e pacífica a questão.

Primeiro porque há aqueles que exploram a atividade de forma irregular, considerados contraventores. Geram empregos, obtém lucro, aportam capital na atividade, no entanto não há sociedade empresária que possa explorar a atividade, dada sua irregularidade. Uma saída: Constituir Pessoa Jurídica na forma limitada com finalidade diversa da praticada. Muitas vezes, os Empresários e estabelecimentos comerciais se passam de restaurantes ou casas de evento para explorarem jogos de azar.

O valor das cartelas e os prêmios são todos pagos em dinheiro vivo, o que dificulta a fiscalização pelo Estado, e facilita a prática de crimes, como lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal e a corrupção ativa e passiva, e gera lucros exorbitantes aos criminosos, que não pagam tributos sobre a renda percebida.

Mas há aqueles que pretendem explorar a atividade para gerar receitas, empregos, prestações de serviços, mover o turismo local e até nacional e levantar a economia brasileira. Ademais, as receitas de concursos e prognósticos, dentre estes os jogos de azar, são tributados pelas chamadas contribuições sociais, incidentes sobre a receita ou o lucro líquido percebidos pelas Pessoas Jurídicas, o que significa um fortalecimento dos cofres públicos previdenciários.

E a sociedade, o que pensa? Em pesquisa realizada no sítio virtual da câmara dos deputados, em meados de 2012, acerca da autorização do funcionamento de bingos no Brasil, 89,34% (oitenta e nove virgula trinta e quatro por cento) dos votos foram favoráveis. Num total de 5.449 (cinco mil quatrocentos e quarenta e nove) votos, apenas 581 (quinhentos e oitenta e um) foram contrários⁹.

Para tanto, vastos são os projetos de Leis que tramitam nas casas legislativas. Pode-se citar alguns, como o Projeto de Lei ordinária da Câmara, de nº 3489, de 2008, 270, de 2003, e o Projeto de Lei Ordinária de iniciativa do Senado Federal, de nº 186, de 2014. Este último será analisado, apenas no que toca o Jogo de Bingo, a fim de que se retire a essência estatal da exploração da atividade, como serviço público.

2.1 A iminente regulamentação do jogo de Bingo no Brasil: o Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2014

Como já referenciado, o jogo de Bingo, bem como qualquer outro jogo de azar, merece e requer um olhar mais cauteloso, graças aos anseios sociais de regulamentação, demonstrados pela enquete acima citada.

⁹ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/enquetes/?wicket:interface=:7:2:::>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

Tendo isso em vista, o Senador Federal Ciro Nogueira, do Partido Progressista do Piauí, apresentou projeto de Lei nº 186, de 2014¹⁰, no intuito de tornar regulamentada a exploração dos jogos de azar no Brasil, dentre eles o Bingo.

O projeto de lei expõe inúmeros pontos positivos a regulamentação do jogo. O primeiro e mais importante é a conceituação de jogo de azar, no §1º, do artigo 1º, dispondo que “consideram-se jogos de azar o jogo que o ganho e a perda dependam preponderantemente da sorte”. Ainda conceitua o jogo eletrônico, “qualquer jogo de azar cujas apostas são feitas por meio de plataforma eletrônica, com a internet, mediante a utilização de computador, telefone ou qualquer outro dispositivo de comunicação para a transmissão e troca de informações.”

O jogo de bingo é disposto como jogo de azar no Artigo 3º, inciso II, que ainda dispõe sobre a sua modalidade eletrônica, já explanada. O jogo é definido também em suas regras, a fim de que se mantenha a padronização, e não se criem outros métodos não dispostos na lei, a fim de que as regras ali impostas não sejam alcançadas por outros jogos.

Outro ponto de suma importância é o método pelo qual os jogos de azar serão explorados. Importante mencionar todo o capítulo III, da proposta¹¹:

Art. 5º Os jogos de azar serão regulamentados pelo Poder Executivo Federal e explorados por meio de credenciamento junto ao órgão do Poder Executivo Federal referido no caput do art 4º, observadas as disposições desta Lei, de seus regulamentos e das normas expedidas pelo órgão do Poder Executivo Federal referido no caput do art. 4º.

§ 1º Os Estados e o Distrito Federal são os responsáveis por fiscalizar os estabelecimentos credenciados para a exploração dos jogos de azar no âmbito dos seus respectivos territórios.

¹⁰ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 186, de 2014*. Dispõe sobre a exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Parecer da Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3464880&disposition=inline#Emenda5>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

§ 2º Compete ao Poder Executivo Federal o controle e a fiscalização dos cassinos.

Art. 6º O credenciamento para explorar jogos de azar somente será outorgado às pessoas jurídicas que comprovarem, inclusive com relação aos sócios controladores:

I - regularidade fiscal em relação aos tributos e contribuições de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - idoneidade financeira; e

III - ausência de maus antecedentes criminais, mediante apresentação de certidão negativa da justiça federal e da justiça estadual do local de domicílio ou residência, no caso de diretor, administrador, representante ou sócio controlador da pessoa jurídica.

§ 1º A pessoa jurídica interessada em explorar jogos de azar deverá ser constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

§ 2º A constituição de pessoa jurídica sob as leis brasileiras é condição indispensável para a concessão de credenciamento a pessoa jurídica que deseje explorar jogos de azar por meio eletrônico, tanto para sites hospedados no Brasil quanto para sites hospedados no exterior.

§ 3º Ficam vedados de explorar jogos de azar detentores de mandatos eletivos, tanto em nível federal, estadual, quanto municipal.

Art. 7º Os procedimentos e critérios de credenciamento para a exploração de jogos de azar serão estabelecidos nos termos do regulamento.

§ 1º O credenciamento para exploração de jogos do bicho e de bingo azar, que poderá ser oneroso, se dará por período predeterminado.

§ 2º O credenciamento para a exploração de cassinos em complexos integrados de lazer se dará pelo período de trinta anos, contados a partir do início efetivo das atividades.

Art. 8º O estabelecimento credenciado a exercer a atividade de exploração de jogos de azar deverá proceder à identificação de todos os jogadores, na forma do regulamento.

§ 1º A pessoa física residente no Brasil deverá ser identificada por meio da apresentação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF), acompanhado de documento comprobatório de identidade.

§ 2º A pessoa física residente no exterior deverá ser identificada por meio da apresentação de passaporte.

§ 3º O estabelecimento referido no caput remeterá ao Poder Executivo Federal, na forma do regulamento, informações sobre os jogadores que receberem premiações superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acumuladas em jogo individual ou por meio de vários jogos, no período de trinta dias.

Art. 9º O estabelecimento credenciado a exercer a atividade de exploração de jogos de azar poderá manter serviços de bar e restaurante, além de apresentações artísticas e culturais, suplementares às suas atividades principais.

Nota-se, pois que o legislador pretende implantar o jogo como modalidade de serviço público realizado por Pessoa Jurídica de Direito privado através de concessão, nunca podendo dispensar a licitação.

Há também a exigência de estabelecimento de uma Pessoa Jurídica cujos sócios não possuam qualquer vínculo com a exploração ilegal das atividades, de modo que se oportunize aqueles que sempre buscaram a correta forma de trabalho a chance de instituírem Sociedade Empresaria profissional, constituída apenas sob as leis brasileiras. Ademais, pretende-se reger que qualquer pessoa que utilize o espaço para fins de diversão deve ser identificada, a fim de que se possa fiscalizar a ação de possíveis grupos criminosos.

Os Artigos 12 a 14, do Projeto de Regulamento, tratam sobre o jogo de bingo. Os pontos mais relevantes dos artigos ora mencionados são, primeiramente, a necessidade de ter estabelecimento próprio para a exploração da atividade (podendo, no entanto, o explorador também praticar outras finalidades, como bar e restaurante ou casa para eventos dentro do mesmo estabelecimento), regra sobre o patamar mínimo de capacidade de 250 (duzentas e cinquenta) pessoas.

Dispõe ainda sobre a modalidade de vídeo-bingo que pode ser explorado pelo mesmo Empresário que presta a atividade de Bingo físico, impondo, no entanto, um limite de 500 (quinhentas) máquinas dentro do mesmo estabelecimento.

O Artigo 14 regra sobre o limite de casas exploradoras da atividade, limitando em 1 (uma) casa a cada 250.000 (duzentos e cinquenta mil) habitantes. Por exemplo, em Brasília, cuja população, em números, bate quase 3.000.000 (três milhões) de habitantes, pode-se instituir cerca de 12 (doze) casas de exploração de Bingo e VideoBingo.

Nota-se claramente, que a atividade de explorar os jogos de azar, dentre eles o Bingo, conforme o Projeto de lei referenciado, é modalidade de serviço Público, não essencial, prestado por Empresa privada sob o regime de concessão pelo Estado.

Assim, feitas as considerações acerca do projeto de lei nº 186 de 2014, melhor alternativa é agora demonstrar a ligação entre o jogo de Bingo e o Serviço Público.

2.2 A natureza jurídica administrativa da exploração do jogo de Bingo como Serviço Público

Conforme vislumbrado, são enormes as possibilidades de serem inseridos, no ordenamento jurídico pátrio, novos serviços públicos. A exploração dos jogos de azar é só um dos exemplos.

Outrossim, além das conceituações acima dispostas, temos ainda as classificações, que separam os serviços públicos em essenciais (de utilidade pública), e administrativos, delegáveis e indelegáveis, coletivos e singulares, sociais e econômicos¹². Utilizar-se-á somente a concepção de Carvalho Filho para a classificação dos serviços públicos, por se entender que nesta não cabem mais outras classificações ou subclassificações.

A diferença entre os serviços administrativos e de utilidade pública refere-se à urgência e necessidade dos serviços. Um serviço de saúde emergencial, por exemplo, é de utilidade pública, haja vista a vida do paciente

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. São Paulo: Atlas, 2014. p. 331-334.

em risco. Diferente de uma atividade de transporte público, que, muito embora importante, sua ausência não ocasiona prejuízos de tão larga escala como os de utilidade pública.

Os serviços coletivos, ou *uti universi* são aqueles em que toda a coletividade terá uso, pela ausência da possibilidade de individualização e pela necessidade geral, não tão latente, mas essencial. É o caso dos serviços de limpeza urbana e de iluminação pública. Os serviços singulares, ou *uti singuli* tem estreita ligação com os serviços que podem ser individualizados.

Os serviços indelegáveis, são aqueles que necessitam de atuação direta do Estado em sua prática diária, como os serviços de educação, saúde e segurança pública. Tem-se que tais serviços têm muito mais peso, muito mais necessidade, muito mais eficácia. Os serviços delegáveis são aqueles que o Estado pode dispor a particulares para sua prestação, como o serviço de transporte público.

Serviços sociais são “os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos”¹³. Já os serviços econômicos, “são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial) . Não são deficitários, portanto, como os serviços sociais.”¹⁴

Pode-se dizer, por ora, que o serviço de Bingo, em estudo prévio da Reforma dos Jogos de azar, constitui-se como serviço público delegável e econômico. Pela base classificatória disposta, já se tem grande ideia de como é complicado definir um serviço público. Ora, o jogo de bingo não é serviço administrativo, pois não visa uma melhoria na administração, e nem detém o

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333.

caráter de urgência (utilidade pública) a aqueles cujo serviço se direciona. Não se tratam de serviços coletivos, sua falta não gera nenhum tipo de consequência negativa à administração pública.

O que pretende o legislador, pelo que é claro, é que sua regulamentação pressuponha um controle do Estado sobre a atividade econômica, muito pelo fato de a própria coletividade poder sofrer pela falta de uma mão protetora se a exploração de jogos de azar correr de forma desenfreada, e também pela própria conveniência. Num primeiro momento, o Estado pretende fiscalizar mais, atuar mais, punir e até reconhecer mais o bom trabalho, caso seja possível.

Em consonância com o ora citado, o parecer da Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, relatado pelo Senador Fernando Bezerra, assim dispôs:

O capítulo III trata da exploração de jogos de azar, caracterizando-o como um serviço público cujo dever do Estado, para salvaguarda da integridade da vida social, é impedir o surgimento e proliferação de jogos proibidos que são suscetíveis de atingir a segurança nacional. Neste sentido, o jogo de azar só pode ser admitido quando licitamente puder redistribuir os seus lucros com a sociedade. A exploração se dará por autorização à Caixa Econômica Federal - suas subsidiárias ou controladas, criadas especificamente para este fim; ou sob a forma de concessão, quando se tratar do setor privado. Em decorrência disso, a outorga de exploração dos jogos de azar deverá ser precedida de licitação.¹⁵

Parece-nos que Hely Lopes Meirelles, em sua interpretação inicial sobre o conceito de serviços públicos, quando abrange a satisfação de interesses sociais e a conveniência do Estado, ainda que seja o mais antigo de todos os

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Ordinária do Senado nº 186, de 2014*. Dispõe sobre a exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Parecer da comissão Especial DO DESENVOLVIMENTO nacional, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2014, do Senador Ciro Nogueira, que dispõe sobre a exploração dos jogos de azar; define quais são os jogos de azar, como são explorados, autorizações, destinação dos recursos arrecadados; define as infrações administrativas e os crimes em decorrência da violação das regras concernentes à exploração dos jogos de azar. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3465911&disposition=inline>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

conceitos dispostos no presente artigo, é o mais correto a ser utilizado quando se trata de serviço público cuja essencialidade se torna secundária frente à prevenção de prejuízos pela função administrativa e pelos próprios administrados.

Assim, de acordo com o Projeto de Lei nº 186, de 2014, o jogo de Bingo, como qualquer outro jogo de azar, é caracterizado como serviço público, de interesse público, de conveniência e com o objetivo de salvaguardar direitos coletivos e os princípios da administração pública.

CONCLUSÃO

A regulamentação do jogo de bingo já é realidade, como é também a regulamentação dos demais jogos de azar.

A sociedade anseia por inovações. E essas já estão na fila há anos. Pena que apenas nesse momento de estruturas abaladas e nessa conjuntura tão mal estruturada se retorne a discussão dos jogos de azar, apenas com o cunho de arrecadação de tributos.

Inúmeros cuidados devem ser tomados pelo legislador, pelo poder público fiscalizador e pelas próprias sociedades empresárias que almejam a exploração da atividade, caso seja regulamentada.

É indubitável que, se regulamentada, e praticada na sua mais correta forma, a atividade vai gerar tudo aquilo que os empresários tanto almejam: o lucro. No entanto, é necessário que, ao menos inicialmente, se possa fazer uma liberação a “conta-gotas”, justamente para que o Estado possa construir uma base sólida e rígida acerca dos jogos, das políticas públicas incidentes e da preservação do interesse social.

Por outro lado, pergunta-se: Seria a exploração dos jogos de azar serviço público desecessário? Será que o Estado, com sua mão protetora, não quer proteger demais? O princípio da livre iniciativa, vinculado à livre concorrência, e até mesmo a função social da Empresa, de gerar lucro, todos estes previstos

na Constituição Federal (artigo 170), não podem ser prejudicados pela superproteção do Estado. É viver para ver.

Espera-se que todos sejam beneficiados. E todos serão. Basta que o Estado Democrático de Direito seja respeitado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Ordinária do Senado nº 186, de 2014*. Dispõe sobre a exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei Ordinária do Senado nº 186, de 2014*. Dispõe sobre a exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Parecer da comissão Especial DO DESENVOLVIMENTO nacional, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2014, do Senador Ciro Nogueira, que dispõe sobre a exploração dos jogos de azar; define quais são os jogos de azar, como são explorados, autorizações, destinação dos recursos arrecadados; define as infrações administrativas e os crimes em decorrência da violação das regras concernentes à exploração dos jogos de azar. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3465911&disposition=inline>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, OU A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE QUANTO AO ATIVISMO JUDICIAL DOS MAGISTRADOS

Pedro Henrique da Fonseca Barros¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a elaboração de um estudo sobre o ativismo judicial dos magistrados, levando em consideração os aspectos políticos e jurídicos da questão bem como o respeito às normas constitucionais decorrentes de uma atividade considerada como legislativa por parte do judiciário. Trataremos dos conceitos, origem e críticas trazidas pelos grandes doutrinadores que debruçam sobre o tema. Mais especificamente trataremos do questionamento da existência da judicialização da política ou a politização do judiciário.

Palavras-chave: Ativismo. Política. Judicialização. Lei. Legislativa.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to elaborate a study on the judicial activism of magistrates, taking into account the political and legal aspects of the issue as well as the respect for the constitutional norms resulting from an activity considered as legislative by the judiciary. We will deal with the concepts, origin and criticisms brought about by the great doctrinators who study the subject. More specifically, we will question the existence of the judicialization of politics or the politicization of the judiciary.

Keywords: Activism. Policy. Judicialization. Law. Legislative.

INTRODUÇÃO

Com o forte aparecimento de nossa corte suprema no dia a dia da administração do Estado brasileiro, há que se falar no estudo do funcionamento

¹ Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a conclusão da disciplina de Direito Administrativo Contemporâneo, sob a orientação do Prof. MSc. Dr. José Eduardo Martins Cardoso.

das instituições judiciais e o papel que perpetuam no âmbito do Estado Democrático de Direito, a serem desempenhados pelas disciplinas da ciência política e do direito administrativo.

Sabemos que a atuação dos magistrados, advogados, procuradores e serventuários é essencial ao bom desenvolvimento do sistema judiciário brasileiro, bem como pela manutenção do bom funcionamento do sistema político existente em nosso país.

Entretanto, a disputa de poderes existente hoje, como facilmente podemos observar das manchetes jornalísticas, pode vir a levar as instituições a ingressarem no âmbito da competência dos outros, vindo a ferir a ideia da tripartição dos poderes, ideia que surgiu na Grécia antiga, complementada por Montesquieu e encontra-se expressamente posta na Constituição de 1988.

O gradativo ingresso do Judiciário ante espaços entendidos como do Executivo e do Legislativo merece análise, visto que pode ser considerado como anúncio de uma crise institucional ou busca por maior amplitude de forças no âmbito da discussão política atualmente existente no organograma brasileiro.

Tendo em vista esse pensamento, propomo-nos a analisar o âmbito da judicialização da política e a politização do judiciário ao impactar no funcionamento de nossa corte Constitucional.

1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Tal proposição tem o caráter atemporal, sendo analisada por inúmeros autores ao decorrer do lapso temporal que inicia na Grécia antiga e transcorre aos dias de hoje. Sua conceituação surge como forma de limitação dos poderes dos governantes, mas que hoje sofre críticas com a ampliação da existência de temas conexos.

A teoria da tripartição dos poderes, teve Aristóteles como o seu precursor, no âmbito de seu livro “a política” que traz a existência de três poderes distintos, aos quais caberiam as decisões sobre o Estado. Posteriormente, John Locke traz em seu livro “segundo tratado sobre o governo

civil”, que o poder Legislativo deveria ser superior aos outros dois, cabendo ao Executivo apenas a aplicação das leis e ao terceiro, chamado de Federativo, a análise dos questionamentos internacionais de governança.

Por fim, surge Montesquieu, que no decurso da Revolução Francesa desenvolve a tese mais aceita hoje sobre a tripartição dos poderes e a desenvolveu da seguinte forma: cabe ao Poder Legislativo fazer, revogar e alterar as leis; ao Executivo que deve se preocupar com a manutenção da paz, receber chefes de estado, realizar viagens, enviar e receber embaixadores, e a manutenção da segurança do Estado; por fim cabe ao judiciário a competência de julgar e punir os ilícitos penais ou dirimir entraves na esfera cível.

Em seu estudo, Montesquieu traz que não devemos deixar nas mãos de uma única pessoa a competência para legislar, julgar e administrar visto que tal ocorrência pode levar ao surgimento de estados totalitários ou absolutistas.

A nossa Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 2º sobre essa teoria, prevendo que são três os poderes da União, sendo os mesmos independentes e harmônicos entre si. Dentro desse âmbito também o nosso texto Constitucional traz no artigo 60, §4º, III a indisponibilidade de edição por emenda constitucional de qualquer norma que venha a alterar ou modificar o conceito de separação dos poderes, ou seja, trata-se de uma cláusula pétrea.

Ainda nesse âmbito, o constituinte garantiu a autonomia, independência e harmonia entre os poderes e para corroborar nosso entendimento, fazemos uso das palavras de José Afonso da Silva ao tratar sobre a referida independência entre os poderes:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da

competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99).²

Também fazemos uso dos ensinamentos do professor para discorrer sobre a harmonia dos poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados³

O constituinte teve a consciência de atribuir atividades específicas para cada um dos poderes possuísse características específicas à sua esfera de atuação para a inexistência de desequilíbrio, com o intuito de evitar a usurpação de competência entre o estabelecido, trazendo como garantia a possibilidade do Sistema de Freios e Contrapesos, como nos traz o ministro Alexandre de Moraes em seu livro de direito constitucional:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 110.

³ Idem, p. 110.

existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.⁴

Tomando como base apenas os conceitos da teoria da separação dos poderes, há que se falar da existência de um mínimo de independência entre as instituições de poder do Estado, para a inobservância de não se venha a prejudicar a tripartição dos poderes, contudo este não é o tema específico do artigo e passamos a analisar mais a fundo a problemática em questão.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O tema da judicialização da política precisa ser utilizado sobre amplos aspectos levando em consideração inicialmente a própria ideia do constitucionalismo e toda a previsão que a Carta Magna traz quanto à possibilidade de revisão das questões políticas por parte do Judiciário.

Esse é um fenômeno que vem a ser observado em diversas sociedades contemporâneas e que observa um comportamento institucional, que precisa ser levado em consideração através de duas características básicas.

A primeira vem a decorrer do surgimento de um novo ativismo judicial, com o acréscimo do poder dos tribunais, levando a uma nova disposição em expandir o âmbito das questões que venham a necessitar de um juízo de valor. A segunda surge a partir do interesse dos políticos em adotar procedimentos que se assemelham aos processos judiciais e os parâmetros jurisprudenciais por si só.

A partir do ponto de vista do processo político em sua totalidade, a judicialização da política gera motivos para o surgimento de uma interação entre os Poderes. Com essa atuação, não há que se falar em demérito, ao contrário, a ideia é que a democracia necessariamente implica na expansão do poder judicial. Assim, a alteração da jurisdição constitucional tornando-a parte integrante do processo formulador das políticas públicas, vem a ser visto como

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 388.

decorrente dos novos conceitos de democracia existentes na sociedade contemporânea.

A judicialização da política vem a ocorrer, em sua maioria, porque os tribunais são instados a se manifestar sobre questões que muitas vezes versam apenas sobre o funcionamento do Legislativo e do Executivo, sejam eles falhos, insuficientes, insatisfatórios, ou até corretos, visto que a partir da análise das últimas atuações de nossa corte suprema observamos que os casos levados a julgamento, muitas vezes, surgem a partir da insatisfação de parlamentares derrotados em votações no âmbito legislativo. Levanto em conta tais condições, há que se falar na existência de uma certa aproximação entre política e direito, onde em certos casos torna-se difícil até realizar a distinção do que seria interesse político e do que seria direito.

Por outro lado, temos uma atuação que pode até ser considerada como legislativa por parte do judiciário, onde na atualidade tem recebido grande importância. Fazendo uma retrospectiva quanto à função de tal poder, temos que foi instituído com o intuito de solucionar litígios e disputas ao analisar casos concretos, ocorre que o Judiciário passou a adquirir protagonismo em outros âmbitos, prioritariamente no campo legislativo, como nos referimos acima.

Não é raro, observarmos o Supremo Tribunal Federal tratar de questões complicadas, como a demarcação de terras indígenas, greve de servidores públicos, o nepotismo, entre outras. Esse último é até considerado como um caso curioso, visto que ao analisarmos a edição da súmula vinculante número 13, à qual transcrevemos para maior embasamento:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.⁵

A referida súmula trata de uma atividade legislativa executada pela nossa corte máxima, já que não existe legislação em vigor que venha a determinar que a nomeação de parente até o terceiro grau venha a ser considerado nepotismo.

Nesse diapasão temos que levar em consideração o silêncio do Poder Legislativo sobre assuntos polêmicos, como forma de evitar a discussão de temas a serem considerados como eleitoralmente desgastantes, faz com que a sociedade civil desloque ao Judiciário a análise dessas questões.

Ocorre que, esses problemas não tratam de temática jurídicos, mas de um conteúdo eminentemente político. Por conseguinte, a análise de temas políticos, atraem a atenção da sociedade. Quando o judiciário discute temas meramente doutrinários como a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/Cofins não gera atenção, sendo acompanhadas apenas pelos diretamente ligados ao caso, sendo exatamente o contrário quando da análise de temas controversos.

Levando em consideração todo o exposto, podemos afirmar atualmente no Brasil, vivemos um processo de alteração da definição do papel institucional do poder judiciário, com o surgimento do chamado “ativismo judicial dos magistrados”.

3 O ATIVISMO JUDICIAL DOS MAGISTRADOS

É um tema controverso, e que tem gerado grandes conflitos, tanto no âmbito da doutrina como na jurisprudência, principalmente quando falamos quanto à sua abrangência.

Denota-se que teve o seu surgimento nos Estados Unidos, a partir da atuação da suprema corte ao analisar casos referentes à segregação racial, contudo o termo, por si só, só passou a ser utilizado em 1947 com a edição de artigo de autoria do historiador Arthur Schlesinger.

⁵ STF. *Súmula Vinculante nº 13*. Editada no julgamento da ADC 12 MC em 2016.

Tomando como base esse breve histórico, há que se trazer a conceituação de ativismo judicial elaborada pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu artigo *Constituição, Democracia E Supremacia Judicial: Direito e Política No Brasil Contemporâneo*:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.⁶

Assim, levando em consideração os ensinamentos pesquisados, podemos chegar a uma conceituação do que para o nosso entendimento seria o ativismo judicial. Este, caracteriza-se como a forma de contribuição criativa a ser desenvolvida pelos tribunais ao realizar função legislativa atípica e desempenhar elaboração de normas a serem seguidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Existem vários conceitos na doutrina sobre o tema, contudo o que achamos mais completo é o de Elival da Silva Ramos no livro *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe,

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2017.

institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.⁷

A atividade judiciária nesse âmbito recebe inúmeras críticas, sendo as principais relacionadas ao fato de o Poder Judiciário, mais especificamente as cortes constitucionais, não aparecem dotados de legitimidade à elaboração de normas a serem cumpridas pela sociedade, já que não são representantes eleitos pelo povo, como ocorre com o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ferindo a legalidade do Estado Democrático de Direito inserido no princípio da separação dos poderes.

Dentre esses críticos, destaca-se Ronald Dworkin que em seu livro *O império do Direito* traz a seguinte afirmação:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima⁸

O ativismo judicial possui conceitos doutrinários a embasar o seguimento de qualquer dos autores, sejam eles favoráveis ou críticos, contudo há que se destacar que no momento político vivido em nosso país a nossa corte suprema continuará a manifestar-se utilizando-se desta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

O transcurso do trabalho seguiu a leitura doutrinária com o desenvolvimento de algumas ideias e conceitos pessoais do autor, objetivando dar mais ênfase à questão do ativismo judicial, ao ser analisado levando em consideração os preceitos da judicialização da política e da politização do judiciário.

Com efeito, no estudo do tema, observamos que a conjectura da sintonia do poder judiciário com o mundo político, tem atraído a atenção de inúmeros doutrinadores e estudiosos, cujos aspectos variam de país para país, sociedade para sociedade, de acordo com os costumes locais.

Em nosso país, estamos sujeitos a diversas mudanças na conjuntura política de acordo com o governante que está no cargo, bem como a doutrina é considerada até de certo modo escassa.

Diante do exposto, podemos concluir que mesmo levando em conta os posicionamentos contrários, há que levar em conta que no Brasil existe uma grande dificuldade da concretização da normatização de todos os aspectos necessário à vida em sociedade por meio do legislativo e do judiciário, visto que os políticos busca, em sua maioria, manter-se no poder e não enfrentam temas que podem ser considerados polêmicos e que possam vir de encontro ao desejo de seus constituintes, cabendo assim, à atuação do Poder Judiciário a garantia do que está tipificado na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, já que, no Brasil, a corte constitucional, e como o próprio nome já fala, é vista como guardiã da Constituição, e respeita o bom direito.

De forma final, há que se ressaltar do dever do Poder Judiciário em garantir, mediante provocação, a garantia do seguimento e cumprimento dos preceitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiros; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p.

59-86, jan./jun. 2012. Disponível em:
 <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf>.
 Acesso em: 06 jul. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e dupremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em:
 <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acessado em: 06 jul. 2017.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da separação de poderes em corrente tripartite. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: jul. 2017.

MELLO, Eliane Spacil de. A judicialização da política no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 117, out. 2013. Disponível em:
 <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775>. Acesso em: jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENTIDADES PARAESTATAIS: A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO

Raul Torres de Lima¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar, de maneira concisa, a organização estrutural da Administração Pública e das entidades paraestatais na persecução do atendimento aos interesses públicos com maior eficiência e eficácia, além de fazer uma breve análise do conceito e dos tipos de serviço público, diferenciando-os da atividade de exploração econômica direta e indireta por parte do Estado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Entidades Paraestatais. Serviço público.

ABSTRACT

This essay's goal is to study, in a succinct manner, the public administration's and paraestatal entities' structural organization which seeks to satisfy the public interests in the most efficient and effective way, while also making a brief analysis of the definition and types of public service, tracing the differences between them and the state's direct and indirect economical exploration activity.

Keywords: Administrative Law. Paraestatal Entities. Public service.

INTRODUÇÃO

O Estado surge com a função precípua de atender ao interesse público, sobretudo quando se fala em Administração Pública. Para tanto, o Poder Público se organiza em órgãos, agentes e entidades com a finalidade última e principal de atender às demandas da coletividade.

¹ Bacharel em Direito, advogado, residente e domiciliado em: QE 30, conjunto L, casa 23, Guará II, 71065-120, Brasília-DF, Brasil, Raul.tlima@hotmail.com. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD

A atuação estatal pode se dar diretamente, com a chamada Administração direta, composta dos entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e seus órgãos; como também pode ser realizada por meio da Administração indireta, a saber: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Nem sempre a máquina pública consegue arcar com todas as demandas do interesse coletivo, ou nem sempre lhe é conveniente. Por vezes os particulares podem atuar em colaboração com o Estado para realizar utilidades de interesse público não exclusivas do Estado, como ocorre com as entidades paraestatais, que recebem fomento do Poder Público e se submetem ao seu controle.

Essas entidades constituem o chamado Terceiro Setor, uma zona híbrida entre o Primeiro Setor – Estado – e o Segundo Setor – a iniciativa privada. Apesar de não comporem a Administração indireta, as entidades paraestatais são regidas por um regime predominantemente privado, mas parcialmente derogado por normas de direito público, justamente por receberem recursos do Estado.

Além dos serviços públicos e das atividades não exclusivas de Estado – mas fomentadas por ele –, temos a exploração estatal de atividade econômica. O Estado, por vezes, atua direta ou indiretamente em atividades típicas da esfera privada, como as atividades mercantis.

Ainda que sob uma roupagem econômico-financeira, a exploração de atividade econômica pelo Estado ainda tem como finalidade o interesse público, mas o regime de direito privado ao qual se submete nessa condição não permite que essa atividade seja confundida com serviço público.

Neste estudo, serão aprofundados os mecanismos supracitados dos quais se vale a Administração Pública para atuar perante os administrados com relação à prestação de serviços e utilidades de interesse público e à exploração estatal de atividade econômica.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que seja possível entender o conceito de Administração Pública é necessário, primeiro, entender o que é Estado. Segundo Márcio Pestana, “entende-se por Estado a ordem concreta que regula as relações sociais e econômicas dos integrantes de uma determinada população, num determinado território”. A constituição, por sua vez, é o sistema de normas e princípios que organiza os elementos do Estado: povo, território e poder.²

Povo é o elemento estatal caracterizado pelo grupo de pessoas vinculadas a um ordenamento jurídico de maneira estável, enquanto território é o espaço jurídico no qual atuam as normas estatais. O modo como o poder político opera sobre o território dá origem à forma de Estado.³

O Estado pode assumir, portanto, uma forma unitária, quando houver unidade de poder sobre o território; ou uma forma composta: o chamado Estado federal. Este último ocorre quando o poder se divide pelo território, o que cria uma pluralidade de organizações estatais distribuídas pelo espaço geográfico de um determinado Estado.⁴

No Brasil foi adotado o regime federativo, composto pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. O poder em cada uma dessas esferas foi tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si.⁵

Esclarecido o elemento Estado, já se pode adentrar o conceito do próprio vocábulo administração. Para alguns, a origem viria da junção da preposição “ad” com “ministro” e o verbo “as”, “are”, que significa executar; para outros, viria de *ad manus trahere*, que traria a ideia de gestão. Nas duas correntes existe uma relação de hierarquia.⁶

² PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.17.

³ PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.17.

⁴ PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.17

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49.

A respeito do tema, Diogenes Gasparini ensina que:

Dada a etimologia do vocábulo ‘administração’ (*manus, mandare*, cuja raiz é *man*), é-lhe natural a idéia de comando, orientação, direção e chefia, ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão, se se entender sua origem ligada a *minor, minus*, cuja raiz é *min*. De qualquer modo, a palavra encerra a idéia geral de relação hierárquica e de um comportamento eminentemente dinâmico.⁷

O vocábulo engloba, assim, tanto a atividade de planejar e dirigir como a de executar. Em razão disso, alguns autores atribuem ao conceito de administração um sentido amplo que envolve legislação e execução. Outros o entendem apenas como a própria função administrativa e a função de governo.⁸

É possível constatar que o termo Administração Pública admite uma multiplicidade de significados, o que evidencia a necessidade de aprofundar o seu conceito para melhor entender as facetas estatais na gerência dos interesses públicos.

1.1 Sentidos da Administração Pública

A Administração Pública costuma ser dividida em dois sentidos. Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública – aqui escrita com iniciais minúsculas para diferenciá-la de sua concepção subjetiva – é a atividade administrativa propriamente dita. É a gestão do interesse público realizada pelo Estado, seja por meio da prestação de serviços públicos, pela organização interna ou pela intervenção na esfera privada.⁹

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, Administração Pública corresponderia aos próprios entes que promovem a atividade administrativa. Seriam as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos responsáveis por exercer a função administrativa.¹⁰

⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

No sentido subjetivo leva-se em consideração o sujeito da função administrativa. Aqui a expressão precisa ser grafada com letras maiúsculas: Administração Pública; a fim de distingui-la da acepção anterior. É importante ainda não confundir o sujeito da função administrativa com o próprio Poder Executivo, que exerce tipicamente tal função. Isso porque os demais poderes também podem exercer a função administrativa, ainda que de maneira atípica e, quando o fazem, são considerados parte da Administração Pública.¹¹

Também se costuma dividir a Administração Pública em mais dois sentidos: amplo e estrito. Em sentido amplo, dentro de uma concepção subjetiva, abrange tanto os órgãos governamentais, responsáveis pela elaboração dos planos de governo e políticas públicas, isto é, atividade de direção, planejamento e comando; bem como os órgãos administrativos, responsáveis pela execução dos referidos planos governamentais. Ainda em sentido amplo, mas sob uma concepção objetiva, compreenderia a função política e a função administrativa.¹²

Já em sentido estrito, a Administração Pública é composta, subjetivamente, apenas pelos órgãos administrativos; enquanto objetivamente compreenderia somente a função administrativa. No primeiro caso ficam excluídos os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.¹³

A Administração Pública em sentido subjetivo ainda pode ser mais bem detalhada com relação às entidades e aos órgãos governamentais por meio da classificação em Administração Direta e Indireta, que será aprofundada no tópico seguinte.

1.2 Organização administrativa

Denomina-se Administração Pública direta o conjunto de pessoas políticas de direito constitucional interno, isto é, União, Estados, Distrito

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

Federal e Municípios.¹⁴ Os entes políticos, quando atuam diretamente por meio de seus órgãos, estão utilizando a técnica administrativa da centralização. Os órgãos, por sua vez, são meras repartições de competências dentro da estrutura de uma pessoa jurídica e tal divisão de competências caracteriza a desconcentração administrativa.¹⁵

Antes de definir Administração Pública indireta, é preciso explicar o conceito de descentralização administrativa. Enquanto na centralização o Estado atua diretamente por meio dos entes políticos, na descentralização ocorre uma transferência de competência de uma pessoa jurídica para outra, mais especificamente de um ente político para uma pessoa física ou jurídica.¹⁶

Não há que se confundir descentralização com desconcentração. Nesta, a distribuição de competências é interna, pois ocorre dentro de uma única pessoa jurídica. Naquela, a competência é atribuída de uma pessoa jurídica para outra, isto é, pressupõe a existência de, pelo menos, duas pessoas.¹⁷

Há, ainda, algumas modalidades de descentralização. A descentralização territorial ou geográfica ocorre quando é criada uma pessoa jurídica de direito público, delimitada geograficamente, com capacidade de autoadministração, capacidade genérica para exercer os encargos públicos de interesse da sociedade e sujeição ao controle do poder central. No Brasil, essa modalidade de descentralização poderia ser aplicada por meio dos territórios federais.¹⁸

Outra modalidade seria a descentralização por colaboração, que acontece quando somente a execução de um serviço público é transferida a uma pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, por meio de um contrato ou um ato administrativo unilateral. O Poder Público, vale frisar, transfere somente a execução, mas preserva consigo a titularidade do serviço.¹⁹

¹⁴ PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 29.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 154.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 481.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 481.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 482-483.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 485.

Por fim, a descentralização por serviços, funcional ou técnica, por sua vez, ocorre quando um ente político cria, por meio de lei, uma pessoa jurídica de direito público ou privado com a titularidade e a execução de um serviço público, ao contrário do que ocorre na descentralização por colaboração, que transfere apenas a execução. Surge, aqui, a administração indireta na figura das seguintes entidades: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.²⁰

A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, traz ainda um novo tipo de entidade descentralizada, o consórcio público, que poderá adquirir personalidade jurídica de direito público ou privado, mas só os de direito público integrarão a administração indireta dos entes da federação consorciados.²¹

Dentre as entidades da administração indireta, a autarquia se destaca como serviço público personalizado. Isso se dá em razão da sua natureza de direito público. É como se o próprio serviço público se desprendesse do ente federado e ganhasse personalidade jurídica própria.²² Não é à toa que o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que trata da organização da administração federal, conceitua as autarquias como:

o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.²³

As fundações públicas, quando criadas com personalidade jurídica de direito público, nada mais são do que autarquias, também chamadas de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais.²⁴ No entanto, as fundações

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 483.

²¹ BRASIL. *Lei 11.107*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 483.

²³ BRASIL. *Decreto-lei 200*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 190.

públicas também podem ser de direito privado. Inclusive, dessa forma são conceituadas no Decreto-lei nº 200:

Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.²⁵

A diferença reside na hora da criação da fundação pública. A Constituição Federal prevê que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.²⁶

Portanto, sendo a fundação criada por lei específica, terá personalidade jurídica de direito público, pois se equipara a uma autarquia. Caso seja autorizada a sua instituição por lei, terá personalidade de direito privado.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, seguindo esse raciocínio, por terem sua criação autorizada por lei são dotadas de personalidade de direito privado. As principais diferenças entre elas é que a empresa pública pode ser constituída sob qualquer forma admitida em direito e seu capital deve ser exclusivamente público, enquanto as sociedades de economia mista devem adotar a forma de sociedade anônima e o Poder Público deve deter a maioria das ações com direito a voto.²⁷

2 ENTIDADES PARAESTATAIS E TERCEIRO SETOR

2.1 O Terceiro Setor

²⁵ BRASIL. *Decreto-lei 200*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 191-195.

O Estado se vale da Administração Pública direta e indireta como principal mecanismo para prestar atividades de interesse público, gerir a coisa pública e atender aos anseios sociais no geral. No entanto, há também um conjunto de entidades jurídicas não estatais responsáveis por auxiliar o Poder Público na persecução dos interesses públicos: as entidades paraestatais.²⁸

Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que:

As entidades paraestatais são definidas como pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado.²⁹

Portanto, as entidades paraestatais estão paralelas ao Estado, isto é, não o compõem. São pessoas jurídicas de direito privado com a finalidade de desempenhar atividades privadas, mas de interesse público, o que justifica o fomento fornecido pelo Estado e o controle que decorre naturalmente das relações que envolvem bens públicos.

As entidades paraestatais compõem o chamado Terceiro Setor. O Primeiro Setor seria a atuação do Estado, isto é, o setor público; enquanto o Segundo Setor seria o próprio mercado, onde atua predominantemente a iniciativa privada, ou seja, o setor privado. O Terceiro Setor é a área híbrida em que particulares, sem fins lucrativos e em colaboração com o Estado, exercem atividades de utilidade pública.³⁰

É importante que exista uma estrutura normativa e fática para garantir que o controle exercido pelo Estado sobre as entidades paraestatais seja eficaz em coibir abusos e desvios de finalidade, uma vez que se está lidando com dinheiro público. As entidades paraestatais são um valioso instrumento para a coletividade, mas é preciso que sejam acompanhadas e fiscalizadas corretamente.

2.2 Serviços sociais autônomos

²⁸ PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 84.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 565.

³⁰ PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 91.

Os serviços sociais autônomos são as entidades constituídas por lei para prestar assistência ou ensino a determinados grupos sociais ou profissionais, sem fins lucrativos e com personalidade jurídica de direito privado. Para tanto, recebem diretamente dotações orçamentárias ou autorização legal para recolherem contribuições parafiscais.³¹

É importante frisar que essas entidades não prestam serviço público, mas sim atividade privada de interesse público, isto é, aquelas que não são exclusivas do Estado. A participação estatal no ato de criação dos serviços sociais autônomos deve ser vista como um incentivo à esfera privada para perseguir determinados fins de interesse público, e não como a transferência de um serviço público de responsabilidade do Estado.³²

Apesar de não integrarem a Administração indireta, os serviços sociais autônomos estão sujeitos a algumas normas semelhantes às que regem Administração Pública, como a observância dos princípios licitatórios; a obrigatoriedade de processo seletivo para contratação de pessoal, embora não se trate de concurso público; a equiparação dos funcionários a servidores públicos para fins penais e de improbidade administrativa; e a prestação de contas.³³

2.3 Organizações sociais

A Lei nº 9.637/1998 foi a forma adotada pela União para disciplinar a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado em organizações sociais. O artigo 1º da referida lei assim dispõe:

O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.³⁴

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 573.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 574.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 574.

³⁴ BRASIL. *Lei 9.637*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a

Nota-se então que organização social é uma qualificação que pode ser atribuída a uma pessoa jurídica já existente, ou seja, nenhuma entidade nasce organização social. Uma associação ou fundação recebe o título jurídico do Poder Público, que também pode cancelá-lo.³⁵

É preciso que a entidade preencha alguns requisitos para obter tal qualificação. São eles:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispendo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao

absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 574.

patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.³⁶

Preenchidos os requisitos, as responsabilidades e obrigações da organização e do Poder Público são delimitadas em um contrato de gestão, que deverá conter o programa de trabalho; as metas a serem atingidas; os prazos de execução e os critérios objetivos de avaliação de desempenho. Caso a entidade descumpra as normas contidas no contrato de gestão, a qualidade de organização social poderá ser cancelada pelo Poder Público.³⁷

2.4 Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)

Assim como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) são um título jurídico atribuído a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos. Em vez de contrato de gestão, o vínculo jurídico é formado por meio de um termo de parceria. A diferença mais importante entre as duas figuras jurídicas é que a organização social pode receber delegação para a prestação de serviço público, enquanto a Oscip exerce somente atividade de natureza privada, com o auxílio estatal.³⁸

Para adquirir a qualificação de Oscip, uma pessoa jurídica deve atender aos requisitos previstos na Lei nº 9790/99, conforme o enunciado do seu artigo 1º:

Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3

³⁶ BRASIL. *Lei 9.637*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 580-581.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 584.

(três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.³⁹

Atendidos os requisitos, a outorga da qualificação é ato vinculado por força de expressa disposição legal.⁴⁰ É interessante para a pessoa jurídica adquirir tal condição porque passa a receber fomento do Poder Público ou cooperação, ainda que a lei não especifique exatamente as modalidades de fomento ou cooperação.⁴¹

A lei prevê ainda que a fiscalização da execução do termo de parceria será realizada pelo órgão do Poder Público da área de atuação relativa à atividade que será fomentada, e também pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes. A perda da qualificação poderá ocorrer a pedido ou por meio de decisão proferida em processo administrativa, assegurados sempre a ampla defesa e o contraditório.⁴²

3 ATIVIDADES DE INTERESSE PÚBLICO E ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

3.1 Serviço público

Algumas atividades de prestação de uma comodidade material destinada a atender interesses públicos são chamadas de serviços públicos quando o Estado decide que não é desejável deixá-las sujeitas à iniciativa privada, uma

³⁹ BRASIL. *Lei 9.790*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

⁴⁰ BRASIL. *Lei 9.790*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 586.

⁴² BRASIL. *Lei 9.790*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

vez que ela se encontra submetida somente ao controle estatal exercido sobre as atividades privadas no geral, por meio do poder de polícia.⁴³

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁴⁴

Essas atividades, em razão de sua relevância, são assumidas pelo Estado – ainda que sem exclusividade – e submetidas a normas diferenciadas, de Direito Público, para proteger os interesses da coletividade inerentes a essas atividades.⁴⁵

O objetivo da incidência do regime de Direito Público sobre os serviços públicos é garantir a boa prestação da maneira mais eficiente possível, não só em relação a terceiros que pudessem atrapalhá-la, mas também em relação ao próprio Estado e ao sujeito que as desempenhe, quando forem prestadas por concessão ou permissão.⁴⁶

Temos então dois elementos formadores do conceito de serviço público: o substrato material, isto é, a prestação de comodidade material que será gozada unicamente pelos administrados; e o elemento formal, consistente em um regime de Direito Público que assegure a proteção necessária aos interesses públicos.⁴⁷

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 694.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 695.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 694-695.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 696-697.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 698.

3.1.1 Princípios

O regime jurídico aplicável aos serviços públicos inclui alguns princípios que devem ser observados. O primeiro é o princípio da continuidade do serviço público, que estabelece que os serviços públicos não devem ser interrompidos e se aplicam principalmente em relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública.⁴⁸

Como consequência desse princípio, temos a aplicação da teoria da imprevisão, com a finalidade de restabelecer o equilíbrio econômico contratual para possibilitar a continuidade do serviço. Outra importante medida é a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* em favor da Administração, ainda que de uma maneira mitigada. É cabível até mesmo uma série de privilégios para a Administração, como o uso compulsório dos recursos da empresa contratada, quando for essencial para que não ocorra a interrupção do serviço público.⁴⁹

O segundo princípio é o da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins, que permite a realização de alterações na execução do serviço para ajustá-lo às variações do interesse público. Como consequência, servidores públicos, usuários dos serviços e os contratados pela Administração não possuem direito adquirido à manutenção de certo regime jurídico.⁵⁰

Por fim, o princípio da igualdade dos usuários, uma vez que uma pessoa preencha os requisitos legais, ela poderá gozar do serviço público sem discriminações de caráter pessoal.⁵¹ Isso não significa que a lei não possa criar distinções a fim de atender ao princípio da razoabilidade, como a Lei nº 8.987/95, que estabelece que “as tarifas poderão ser diferenciadas em função

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 114.

das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”.⁵²

3.1.2 Tipos de serviço público

A Constituição impõe algumas regras quanto aos serviços públicos no Brasil, de maneira que Celso Antônio Bandeira de Mello os dividiu em algumas categorias, que serão exploradas nos tópicos seguintes.⁵³

3.1.2.1 Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado

Uma leitura atenta da Constituição permite identificar dois tipos de serviço que só podem ser prestados pelo Estado, isto é, não são suscetíveis a concessão, permissão ou autorização. Trata-se do serviço postal e do correio aéreo nacional.⁵⁴

Tal fato se dá porque a Constituição, ao elencar no artigo 21 as competências da União relativas à prestação de serviços públicos, estabelece que a maioria deles poderá ser explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, mas não fez tal observação a respeito do inciso que trata do serviço postal e do correio aéreo nacional, ensejando a conclusão de que estes só podem ser exercidos diretamente.⁵⁵

3.1.2.2 Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder

⁵² BRASIL. *Lei 8.987*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 712.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 712.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Os serviços de radiodifusão sonora – rádio – ou de sons e imagens – televisão – não são só obrigatoriamente prestados pelo Estado, como também devem ser obrigatoriamente oferecidos em concessão, permissão ou autorização. Isso se dá porque o artigo 223 da Constituição estabelece que, a respeito dessa matéria, é necessário atender ao princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.⁵⁶

3.1.2.3 Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade

Há quatro tipos de serviço que o Estado não pode exercer com exclusividade, por força constitucional: saúde, educação, previdência social, assistência social, radiodifusão sonora e de sons e imagens.⁵⁷

Embora a Constituição Federal declare que a saúde, a educação, a previdência social e a assistência social são deveres do Estado, também estabelece que a saúde e a educação são livres à iniciativa privada; expressamente admite a presença de particulares quanto à assistência social, independentemente de concessão ou permissão; e traz uma atuação complementar da iniciativa privada quanto à previdência social.⁵⁸ Quanto à radiodifusão sonora e de sons e imagens, a justificativa já foi explorada no tópico anterior.

3.2 Atuação do Estado na economia

É importante distinguir serviço público da atuação estatal na exploração de atividade econômica, configuradora de uma intervenção direta na economia. O fato da atividade ser exercida pelo Estado não a caracteriza, por si só, como serviço público. Quando o Estado atua sob regime de direito privado na

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 713

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 713.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 712.

exploração de uma atividade econômica – atividade própria dos particulares – não há que se falar em serviço público.⁵⁹

3.2.1 Exploração direta

A atuação direta do Estado na economia deve ser pautada pelos critérios constitucionais, que assim estabelecem:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.⁶⁰

A exploração de atividade econômica é, em regra, atividade inerente à iniciativa privada. O Estado só poderá interferir diretamente, atuando como explorador de atividade econômica, nos casos previstos na Constituição ou quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público.⁶¹

É importante salientar que, mesmo quando o Estado estiver explorando atividade econômica, ainda estará vinculado ao interesse público. O Estado não pode buscar outro objetivo senão o de satisfazer o interesse público, ainda que com roupagens econômicas.⁶²

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, essa atuação do Estado é indesejável na maioria das vezes, pois ele se mostra ineficiente e inidôneo para realmente atingir os objetivos aos quais se propõe, principalmente quando seu desempenho é comparado com o da iniciativa privada. Na opinião do autor, “o que se verifica, em última instância, é que o Estado não deve mesmo exercer a função de explorar atividades econômicas. O papel que deve desempenhar é

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 709.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 981.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 981.

realmente o de Estado-Regulador, controlador e fiscal, mas deixando o desempenho às empresas da iniciativa privada”.⁶³

3.2.2 Exploração indireta

As entidades paraestatais constituem a maneira mais usual pela qual o Estado interfere no domínio econômico, embora também o faça por meio das sociedades de economia mista e empresas públicas. Aqui a atuação do Estado não é direta como vista anteriormente, pois ele o faz por meio de outras pessoas jurídicas. Trata-se da exploração indireta do Estado.⁶⁴

Essa forma de exploração indireta encontra respaldo na própria Constituição Federal, que prevê que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”.⁶⁵

Para proteger o domínio econômico e a iniciativa privada, a Constituição traz ainda a vedação de privilégios fiscais às empresas públicas e às sociedades de economia mista que não sejam extensíveis às pessoas jurídicas do setor privado.⁶⁶

CONCLUSÃO

A Administração Pública possui uma complexa estrutura de órgãos, agentes e entidades que ora atuam diretamente perante os administrados, ora delegam atribuições, competências e até mesmo a titularidade a outras pessoas jurídicas, ora atuam em colaboração com particulares em uma estrutura de

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 981.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 983.

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

fomento e controle, ora atuam direta ou indiretamente na própria esfera econômica, habitada usualmente pela iniciativa privada.

O laço que une todas essas formas de atuação – direta ou indireta – do Estado e da Administração Pública é um só: a persecução da maneira mais eficiente e eficaz de atender e resguardar o interesse público, adequando os meios e instrumentos às características singulares de cada demanda social.

Não é à toa que determinadas atividades privadas, mas de utilidade pública, sejam incentivadas pelo Estado ao gerir a estrutura normativa das entidades paraestatais, que nada mais são do que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam em colaboração com o Estado e dele recebem fomento, ao mesmo tempo em que se sujeitam ao seu controle.

O chamado Terceiro Setor, composto pelas entidades paraestatais, constitui um meio-termo entre o Primeiro Setor, que é o Estado; e o Segundo Setor, que é o domínio econômico da iniciativa privada. É importante que essa relação de colaboração entre Estado e particular seja regida por normas que assegurem que o dinheiro público usado como fomento seja de fato convertido em benefícios à população, isto é, realmente atendam ao interesse público, uma vez que o sistema de fomento pode sofrer abusos e desvios.

É aí que entra o controle estatal sobre as entidades paraestatais, que deve ser realizado com seriedade e probidade a fim de coibir condutas antijurídicas e nocivas ao interesse público. As entidades paraestatais são uma figura jurídica importante no atendimento das necessidades coletivas, mas o controle exercido sobre elas é igualmente importante, sob pena de se ter frustrado o objetivo inicial do instituto.

Os serviços públicos também precisam ser prestados com atenção especial, assim como qualquer atividade em que o interesse coletivo esteja envolvido. Seja diretamente, por meio da Administração direta, seja indiretamente pelas entidades da Administração indireta ou até por particulares em regime de concessão ou permissão.

Por fim, o Estado pode atuar direta ou indiretamente na economia. A atuação direta é a exceção, uma vez que a regra é que o setor econômico seja habitado pela iniciativa privada. A Constituição permite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado nos casos em que a prevê expressamente ou quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

No entanto, essa exploração direta não se mostra tão eficaz quanto a atuação privada, de modo que há na doutrina quem defenda que tal atuação seja até inconveniente. A exploração indireta, realizada por meio das sociedades de economia mista e empresas públicas, é a mais facilmente exercida, por não estar submetida aos rigorosos requisitos constitucionais de atendimento a imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

De qualquer maneira, ambas as formas de exploração estatal de atividade econômica, embora submetidas predominantemente a regras de direito privado, visam ao interesse público como qualquer atividade exercida ou fomentada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- BRASIL. *Decreto-lei 200*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- BRASIL. *Lei 8.987*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Lei 9.637*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. *Lei 9.790*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. *Lei 11.107*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: ANÁLISE CRÍTICA DO FENÔMENO QUE SE ALASTRA ENTRE OS PODERES PÚBLICOS BRASILEIROS

Renan Emanuel Rocha Melo¹

RESUMO

O presente artigo é uma breve exposição crítica a respeito do fenômeno da corrupção entre agentes públicos, dentro de um contexto global, e em especial no Brasil. A intenção foi demonstrar as consequências sociais perniciosas tanto no imaginário popular, por proporcionar um sentimento de impunidade ante a (in)eficiência da prevenção e do combate à corrupção pelo próprio Poder Público, quanto também no contexto fático da vida social. O que se procurou foi exortar a necessidade de um trabalho em conjunto tanto da sociedade quanto do Estado para encontrar soluções ao problema, ou pelo menos mitigar sua ocorrência.

Palavras-chave: Corrupção. Agentes públicos. Análise crítica.

ABSTRACT

This article is a brief critical exposition about the phenomenon of corruption among public agents, within a global context, and especially in Brazil. The intention was to demonstrate the pernicious social consequences in the popular imagination – because it provides a sense of impunity before the (in)efficiency of prevention and fight against corruption by the Public Power itself – as well in the factual context of social life. What was sought was to urge the need of a joint effort by both society and the State to find solutions to the problem, or at least mitigate its occurrence.

Keywords: Corruption. Public agents. Critical analysis.

INTRODUÇÃO

¹ Renan Emanuel Rocha Melo é advogado e sociólogo formado pela Universidade de Brasília – UnB, atualmente faz pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, e-mail: advoc.renan.rocha@gmail.com

Nenhum Estado pode crescer ou estabilizar-se sobre o poder corruptivo do hábito do erro, da opressão ou da mentira, que sempre aniquilam até mesmo a dignidade humana quanto mais a de uma Nação (BRASIL. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994).

É com essas brilhantes palavras, oriundas de um legislador, que por vezes parece direcionar-se para o bem da coletividade, que se inicia esta breve análise, que tenderá a levantar questões em face do grande problema pelo qual o nosso país, Brasil, passa nas últimas décadas da sua recém adquirida democracia: a corrupção entre os agentes públicos, que muito prejudica a coletividade como um todo em troca da aquisição de vantagens pessoais e outras particularidades aquém do interesse público.

A imoralidade em nosso serviço público, nesse quesito, é tamanha no Brasil, que o que não faltam são noticiários e manchetes nacionais, dia após dia, cada vez mais escrachadas, a respeito de desvios de verbas, fraude em licitações, subornos, ilicitudes eleitorais, entre outras mazelas, que passaram a ser um meio comum na consciência coletiva. É como se o brasileiro passasse a aceitar tais situações como a normalidade, principalmente no meio político. E por mais que existam órgãos de controle do fenômeno da corrupção, verifica-se com tais noticiários que o Brasil ainda possui um longo caminho a percorrer para se livrar de mal tão pernicioso para o seu desenvolvimento social e econômico.

Certamente há uma tentativa institucional de erradicar, coibir ou inibir, as práticas de corrupção entre os detentores do poder e da gestão estatal, entretanto, o que se observa é a ineficiência dos mecanismos para a obtenção de melhores resultados. De um lado, por exemplo, existem leis como a que trata da improbidade administrativa (Lei 8.429/92), que visa aplicar sanções aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, ou a norma em epígrafe (Decreto 1.171/94), que versa sobre o código de ética profissional do servidor público civil do Poder Executivo, correspondendo, portanto, a uma busca em âmbito jurídico para dar azo ao combate do problema, entretanto, de outro lado, indo de contramão a tal

persecução, encontram-se normas que conferem prerrogativas e inúmeras dificuldades para que os agentes corruptos sejam de fato punidos pelo Judiciário ou prontamente em âmbito administrativo. Cita-se aqui a absurda Lei 8.985/95 que anistiou Senadores que tiveram o mandato cassado ou que se tornaram inelegíveis por uso indevido de verba pública.

É esse pensamento que molda a política nacional brasileira, que desponta como uma contradição viva do lícito e ilícito, pois ora apresenta faceta com intenções próprias de combater a imoralidade no poder público, ora cria novos mecanismos que dificultam investigações e a punição dos agentes corruptos, principalmente quando se situam em posição hierárquica de relevância, havendo, por isso mesmo a proteção dos próprios pares. Se é fácil identificar o corrupto, difícil é puni-lo conforme seria o desiderato do interesse público.

A situação no Brasil chegou a um ponto de alarde, ainda que a corrupção no país não seja tão corriqueira como em outros países que tratam o assunto como um fator cultural próprio (caso de algumas nações africanas), mas de toda sorte, atraiu a atenção e preocupação de organismos internacionais como a OCDE e o Banco Mundial, visto a própria importância econômica que assume na América do Sul. Tal situação bravata ensejara recomendações que proporcionaram a criação, por exemplo, da CGU, atual Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que entre outras missões, tem o objetivo de investigar denúncias de casos de improbidade e corrupção na administração pública, bem como elaborar pareceres que auxiliem o Poder Público na prevenção dessas mazelas.

É nesse cenário que se pretende trabalhar a questão da corrupção entre agentes públicos no Brasil, pela problemática que essa conduta criminal causa no país e no mundo, gerando embaraços na vida econômica e na atenção e cumprimento de direitos sociais e fundamentais das pessoas. Assim, é preciso uma maior conscientização e união de forças, tanto do Poder Público, seja na sua perspectiva investigativa e preventiva, seja na jurisdicional punitiva, quanto também da sociedade como um todo. Esse trabalho em conjunto é uma luz no

fim do túnel para se não solucionar, mitigar os casos existentes ou que porventura surgirão de corrupção entre agentes públicos.

1 A CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A questão acima suscitada adentra notadamente na seara própria do universo político ante suas especificidades, que certamente proporcionam o surgimento e entranhamento da corrupção em uma sociedade com inúmeros problemas estruturais de desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, há uma necessidade de se acompanhar os desenlaces decisórios do Poder Judiciário a respeito do tema, por se tratar de um poder “neutro”, no sentido de que, em tese, não sofre influências políticas no exercício de suas atribuições e, assim posto, capaz de superar e reprimir com maior eficiência os casos de corrupção no Poder Público como um todo.

Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece ser, pois existe um limite que é imposto ao interesse jurisdicional, doravante, pelo Legislativo, porquanto este confere amparo legal à atuação daquele, assim, convém ressaltar que indiretamente o Judiciário é lapidado quanto a tendência de proporcionar um eficiente combate ou prevenção às ações dos agentes públicos corruptos, principalmente quando situados no alto escalão governamental, visto serem estes os formadores do ordenamento jurídico nacional.

É evidente que a análise dessa sintomática não é fácil, pois a opinião pública é taxativa quanto ao aspecto, ou melhor, ao sentimento de impunidade que existe em nossa sociedade *tupiniquim*. Os exemplos mais recentes não deixam dúvidas quanto a isso, como é o caso do mensalão e agora da lava jato, haja visto que boa parte dos principais réus de fatos da corrupção não foi e provavelmente não será apenada com todos os rigores punitivos que a sociedade poderia esperar da lei. Exemplo notório foi a absolvição contumaz do crime de formação de quadrilha no julgamento do mensalão pelo nosso

Supremo Tribunal Federal, que mediante a oposição de Embargos Infringentes, os agentes públicos políticos tiveram a pena reduzida a um patamar mínimo necessário para que não precisassem responder pelo delito, ao menos, em regime inicial fechado. Fatos como esse são, em certa medida, contra o desiderato do interesse público, guardadas as devidas proporções, eis que fomentam a mentalidade de impunidade em nosso país e instigam novos agentes a enveredarem no mesmo caminho delinquencial.

Nesse aspecto, na percepção de Emerson Garcia (2004) o grande problema é que conforme se avança na escala hierárquica dos agentes públicos, verificam-se mais remotas as chances de responsabilizá-los, tendo em vista que a lei passa a lhes conceder mais e mais prerrogativas (ex. foro privilegiado), além de possuir maior amparo financeiro e político. Até mesmo o processo judicial em que se imputará a responsabilização passa a ser mais demorado e dispendioso, resultando, quando muito, em sanção meramente judicial (como a reparação de danos causado), mas não sanção política (como a perda dos direitos políticos), fato que enseja o sentimento de impunidade no imaginário popular acerca do âmbito político. Porém, sugere o autor que isso pode ser contornado, com certa dificuldade, através da disseminação da informação pela imprensa livre, somada a uma população com desenvolvimento social e intelectual satisfatório a ponto de reivindicar verdadeira responsabilização moral desses agentes públicos situados na cúpula governamental.

O sentimento da impunidade é bem retratado em termos estatísticos pelos autores Alencar e Gico Júnior (2011), quando ingressaram com uma proposta metodológica de analisar dados referentes à proporção de servidores públicos, por exemplo, condenados na seara administrativa ao crime de corrupção, e quantos deles foram efetivamente condenados nas esferas jurisdicionais penal e civil, dentro de uma amostragem selecionada como objeto laboratorial.

Em outras palavras, a abordagem desses autores ressaltou a sistemática entre o fenômeno da corrupção promovida por agentes estatais e as decisões judiciais condenatórias subjacentes aos atos por eles praticados no âmbito da

Administração Pública. Indagaram, assim, se o Poder Judiciário é capaz de lograr êxito na prevenção da corrupção, em suas diferentes espécies, como, por exemplo, a improbidade administrativa, mediante o exercício de sua competência jurisdicional, ou se o próprio sistema judicial é ineficaz perante tais casos, sujeitando à população, ou melhor, consolidando-a ao sentimento de impunidade.

A conclusão mais evidente para os autores é que numa análise econômica do Direito, em síntese, apresenta como melhor forma de se combater a conduta subserviente ao crime de corrupção é proporcionando meios legais de se aumentar a probabilidade do agente público ser condenado e preso, através da melhoria dos instrumentos de monitoramento (prevenção). O ponto importante é que não se trata da magnitude da pena, ou seja, da extensão da punição e do cerceamento da liberdade, mas da maior ou menor probabilidade de ser punido o agente público, o que influencia diretamente na sua decisão em agir ou não corruptamente. É um *trade-off* econômico que se opera em seu consciente. Tal fato não se limita apenas à tipicidade da corrupção, mas de qualquer delito, posto haver uma “associação negativa” entre as variáveis da não punição e da taxa de crimes.

Entretanto, concordando em parte, Emerson Garcia (2004) considera como mais eficiente não apenas a questão da probabilidade do agente público em ser descoberto e condenado, mas a aplicação de uma punição, além de rigorosa, extensa – afastando-se neste ponto daqueles autores –, capaz de inibir posteriores atos de corrupção perpetráveis por aquele. Ou seja, é importante que se desfira sanções em variadas áreas (civil, penal, “moral”...), mas que atinjam em especial o patrimônio do agente, pois, conforme aponta o referido autor, é o elemento primordial que enseja a corrupção: o enriquecimento ilícito. Assim, puni-lo com o patrimônio presente (reparação do dano) e o futuro (perda do cargo, de direitos políticos, de rendas lícitas atinentes) é um meio eficiente de coibir de forma exemplar novas práticas de corrupção, desde que se evite a possibilidade de outrem pagar o dano causado ao erário em

solidariedade ao punido. É como se pode verificar, as palavras conclusivas do autor:

Ainda que esse estado de coisas não seja suficiente a uma ampla e irrestrita coibição à corrupção, seu caráter preventivo é indubitado. Além das sanções de natureza penal, que podem restringir a liberdade individual, é de indiscutível importância a aplicação de reprimendas que possam, de forma direta ou indireta, atingir o bem jurídico que motivou a prática dos atos de corrupção: o patrimônio do agente. Quanto maiores forem os prejuízos patrimoniais que o agente poderá suportar e mais aprimorados se mostrarem os meios de controle, menores serão os estímulos à corrupção. Essa afirmação, aparentemente simples, não deve ser interpretada como um mero exercício de retórica. À sua concreção no plano fático deve estar vinculada a efetiva existência de custo econômico para o agente que venha a sofrê-las. Esse custo econômico estará atrelado não só à perda patrimonial atual, como também à futura. A perda patrimonial futura refletirá, em especial, os ganhos que o agente deixará de receber caso venha a perder o cargo ocupado e a inabilitação para o exercício de outra função no prazo fixado em lei. Dessa constatação resulta a conclusão de que o receio do prejuízo patrimonial, verdadeiro elemento inibidor da corrupção, será tanto maior quanto mais elevada for a remuneração recebida pelo agente. Remuneração insignificante, além de atentatória à dignidade da função e comprometedor da subsistência do agente, é um indiscutível elemento de estímulo à corrupção (GARCIA, 2004, p. 217).

Nesse diapasão, fica patente a necessidade de identificar as formas, como propõe esses autores, para tornar mais efetiva a atuação do Judiciário na prevenção da corrupção, ainda que centrada nos limites das imposições normativas: no sentido de aumentar a “probabilidade” de ser punido o agente corrupto em todas as vertentes de responsabilidade, quais sejam, a administrativa, a penal e a cível, não se olvidando, no entanto, das características próprias da corrupção em âmbito societário, pois como elucida Johnston (2002), a corrupção é um fenômeno endêmico de inúmeras facetas, que pode influir em diversos aspectos, inclusive por uma justificativa social: partindo da sociedade para o indivíduo e deste para ela.

Esse último ponto é melhor elucidado e confirmado pelo posicionamento de Max Weber (1919), ao tratar da perspectiva do indivíduo (enquanto agente

político) frente a possibilidade de agir em prol da sociedade, mas por vieses considerados maledicentes, pois corruptos, isso ante a visão geralmente retratada nos estudos a respeito do tema: que é a conduta do agente em prol de si mesmo, no seu interesse privado. Assim, a proposta weberiana é colocar em cheque um conflito ético, entre a ética da responsabilidade e a ética da convicção, afinal, existe a possibilidade do agente público se corromper para que possa dar azo ao interesse público em detrimento dos seus interesses particulares (típico mote do “rouba, mas faz”), pois precisa oferecer peitas aos seus pares para as coisas acontecerem. Embora seja essa visão questionável em si mesma, porquanto há de certo interesses particulares envolvidos: concretização de uma ideologia própria, ou até como meio de galgar capital político para futuras eleições (no contexto de ser o agente um político eleito).

De toda forma, acerca da eficiência da punibilidade, se verificarmos a pesquisa efetuada por Alencar e Gico Júnior (2011), os resultados obtidos, em termos probabilísticos, ainda que alarmantes, foram dispostos da seguinte forma resumidamente: entre os agentes públicos servidores apenados com a demissão administrativa (pelo fato-corrupção), como consequência posterior, a chance de ser processado criminalmente é menor que 34,01% e a chance de ser processado civilmente é de 24,26%; ademais, a chance de ser efetivamente condenado criminalmente é de 3,17%, e a chance de ser responsabilizado civilmente é de 1,59%.

Por esses dados, é de se concluir pela ineficiência do sistema judicial brasileiro no combate à corrupção, possivelmente agrilhado pela forma como estão postas as normas de nosso ordenamento jurídico. Nesse aspecto, retomase a retórica de qual impacto teria no comportamento do indivíduo diante da possibilidade de agir pela corrupção, ainda mais se em posição pública de relevância (como os agentes políticos que determinam justamente a ordem legal de nosso país), sabendo a baixa probabilidade de ser punido de forma rigorosa (*in casu*, pelos três aspectos de responsabilidade: civil, administrativa e penal). Estaria, portanto, a observação weberiana das duas éticas pendente para um lado específico? É uma indagação que exige uma resposta longe de ser

paliativa, e que enseja novamente um retorno à citação epigráfica deste tópico, acerca das normas ético-profissionais do servidor público civil, em que se pondera os efeitos nocivos da corrupção para a dignidade da pessoa humana e da nação.

A guisa conclusiva de Alencar e Gico Júnior estabelece como ultimato a seguinte ilação:

Como um agente racional está normalmente preocupado com “p”, isto é, a probabilidade de ser punido, e não com a probabilidade de ser meramente processado, decorre diretamente da teoria e dos dados levantados que, atualmente, há no Brasil enormes incentivos à realização de práticas de corrupção, pois o servidor provavelmente sairá impune. Nesse caso, a percepção popular está amparada por evidências empíricas (ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011, p. 90).

Os efeitos nocivos da impunidade, por complementação ao supradito, seguem a lição proferida séculos atrás por Montesquieu (1748), e que não pode ser olvidada:

O povo cai nessa desgraça [da libertinagem, destituída de moralidade e virtude] quando aqueles em quem confia [como governantes], querendo ocultar a própria corrupção, procuram corrompe-lo. Para que o povo não perceba sua ambição, falam da grandeza do povo; para que não se perceba sua avareza, lisonjeiam lhe sem cessar a do povo. A corrupção aumentará entre os corruptores e também entre aqueles que já estão corrompidos (MONTESQUIEU, 2003, p. 125).

Se há o sentimento de impunidade referente aos gestores da nação, quando estes cometem delitos de corrupção considerados, ao menos para o senso popular, como “hediondos” – embora ainda não o seja legalmente, apesar de haver projeto de lei nesse sentido –, é porque vitimam toda a sociedade, uma vez que está diante, por exemplo, de desvios de verbas antes destinadas a áreas importantes para o desenvolvimento social, como a saúde e educação, gerando, se se pode assumir tal posicionamento extremo, verdadeiro assassinio de cidadãos. Logo, o que se pode esperar como futuro para estes?

Emerson Garcia (2004) demonstra se tratar do problema do custo social subjacente ao fenômeno da corrupção, que ocorre tanto no panorama interno

de uma nação como o Brasil, quanto atinge sua visibilidade externa. O autor comenta, por exemplo, que a corrupção de um país faz com que o fluxo de capitais sofra uma diminuição, visto ser geradora de instabilidade econômica, trazendo impactos econômicos negativos. Fenômeno empiricamente observado nos trabalhos da lava jato em nossa nação. Assim, o investimento empresarial potencial passa a ser redirecionado a outras nações menos problemáticas, resultando para o país corrupto um menor crescimento econômico do que se poderia esperar. Essas situações representam um elevado custo social, pois ao se talhar o potencial econômico do Estado, resulta-se em menores investimentos nas áreas de educação e saúde, gerando, por isso mesmo, mais corrupção assomada de maior injustiça social. Nesse cenário é comum, portanto, ver práticas como evasão fiscal com a consequente diminuição da receita estatal para resolver problemas de ordem social.

Nesse sentido, Ricardo Garcia (2005) ofertou dados sobre o caso brasileiro: ao compulsar o Índice de Percepção de Corrupção (IPCorr) elaborado pela Transparência Internacional – que se trata de um valor entre 0 a 100, quanto menor pior, referente ao risco político-econômico de um país –, verificou que em 2003 o Brasil encontrava-se em posição quase intermediária, porém muito abaixo do que se preferiria esperar, com o índice de 39, enquanto a Nigéria, um dos países mais corruptos, apresentava o índice de 13, e o Canadá, entre os menos corruptos, o índice de 90. Convém acrescentar, ainda, que em 2012, quase uma década depois, o índice brasileiro apresentou uma ligeira melhora, passando a ser de 43, muito embora se acreditasse que as medidas que tomara até então pudessem melhorar o índice para patamares mais elevados. Porém, caiu novamente, e já em 2015, apresentava o índice de 38. É de se notar, comparativamente, que na América do Sul, Chile e Uruguai apresentam os melhores índices, ambos acima de 70, muito além da média de 30-40 dos demais países sul-americanos.

Assim, se de um lado há o solapamento do erário público por desvio de verba, fator interno, de outro, a própria receita do país é mitigada por perda de investimentos estrangeiros, fator externo. As consequências são, como podem

ser apuradas, nefastas, pois entre as políticas públicas do país corrupto, haverá menor propensão em aplicar as receitas já abrandadas em montantes adequados a áreas como a saúde pública e a educação. Vale lembrar que esta última é elemento forte de combate à corrupção, posto que trabalha diretamente no aprimoramento da consciência cívica dos indivíduos – afinal, empiricamente onde há um maior preparo intelectual, menores as chances de ocorrer a corrupção. Ora, a situação crítica relatada é vivenciada no Brasil!

Ainda sobre os custos sociais, Emerson Garcia (2004) vai mais longe: liga a corrupção à violação dos direitos fundamentais dos indivíduos:

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados [...] (GARCIA, 2004, p. 221).

Apesar de aparentar não haver uma conexão direta, no âmbito de exacerbação de injustiças sociais, é perceptível que há um aumento da criminalidade proporcionalmente à incidência da corrupção no meio social, logo, o custo social subjacente ao fenômeno corrupto é muito maior do que a princípio poder-se-ia esperar: o malefício trazido para o âmbito coletivo supera em muitas dimensões os benefícios particulares gerados para o agente público corrompido.

Eis que, na nossa opinião, corretamente conclui Emerson Garcia (2004):

A degeneração de caráter do agente público gera consequências muito mais graves que a mera omissão ou retardamento de um ato, ou mesmo a obtenção de uma vantagem que não encontre correspondência na renda auferida legitimamente pelo agente. A corrupção, em verdade, corrói o próprio alicerce do Estado de Direito, pois associa as instituições à ilicitude, transmutando em corriqueiro aquilo que, por essência, é excepcional. Aquilo que é formalmente ilícito passa a ser materialmente lícito, já que incorporado aos padrões comportamentais de grande parte da população. [...] Considerando que em um país democrático o governante ascende do próprio organismo social, é fácil perceber os valores que tal agente trará consigo ao assumir o ônus de atuar em prol do

interesse público. E o pior, na medida em que indivíduos moralmente degradados ascendam aos estamentos mais elevados da organização estatal, será inevitável a degradação de boa parte daqueles que ocupam um escalão inferior na pirâmide hierárquica (GARCIA, 2004, p. 240).

É importante, portanto, como possível solução, vislumbrar alternativas, que pelo menos se encontrem ao alcance do cidadão, para combater e prevenir novos casos de corrupção entre os agentes públicos que lhe servem. Seja mediante a criação de novas leis com objetivos mais específicos, como, a título de exemplo, tornar o crime de corrupção e suas derivações imprescritível – afinal, até mesmo no julgamento do mensalão, incutiu-se a prescrição de delito de corrupção e os ele conexos –, ou pela ampliação constitucional do próprio atuar do Poder Judiciário, concedendo-lhe mais prerrogativas investigatórias (em conjunto com demais órgãos que lhe auxiliam nesse empreendimento), visto estar, no momento, limitado legalmente quanto o alcance punitivo de suas decisões relativas ao fenômeno (ex. foro privilegiado). Afinal, como lembra Alencar e Gico Júnior (2011), a probabilidade de vir a se condenar efetivamente, em todas as esferas de responsabilidade administrativa, penal e civil, os infratores, enquanto agentes públicos, no contexto do crime da corrupção, é inferior a 10%.

Ademais, a problemática da corrupção não é recente, suas origens são longínquas e amplas. O que se ressaltou anteriormente é apenas uma ponta de iceberg, cujo corpo colossal esconde-se pelas águas do mar da normalidade aparente. Nesse sentido, explica-se por uma dinâmica sociológica: em uma era dimensionada pela globalização, com os aparatos de comunicação aprimorados, notícias e informações são repassadas e divulgadas em velocidade estonteante aos quatro cantos, e a cada mazela evidenciada e noticiada incorrendo nos Poderes Públicos, não apenas no Brasil, mas mundo afora, cada vez mais torna-se visível a estreita relação entre as práticas de corrupção e o universo político, como um contexto prontamente epidêmico nas sociedades humanas. A corrupção, pois, não tem uma nacionalidade específica ou um lugar para ocorrer, ela surge sempre que apareçam situações facilitadoras da mesma, ensejadoras de uma necrose social tão maledicente para o desenvolvimento

socioeconômico e progresso de uma nação que, logo, é indubitável sua presença em quaisquer lugar e tempo, sobretudo em nações historicamente pobres.

Ricardo Garcia (2005) aponta, por exemplo, consoante essas situações facilitadoras, que no Brasil, a corrupção, de forma politicamente organizada, iniciou-se no governo de Juscelino Kubitschek, por conta da política de investimentos pesados em obras civis e rodoviárias, fato que fortaleceu empreiteiras, permitindo firmação de contratos espúrios num ambiente inflacionário, de crescente desvalorização da moeda nacional, com a consequência previsível de obras superfaturadas, tudo sem qualquer transparência devida dos gastos públicos. Posteriormente, até houve tentativa de combate à corrupção instalada no governo JK pela gestão militar que se seguiu, por influência, na época, do Banco Mundial, no entanto, a ausência de um regime legítimo e democrático, aliada a uma imprensa limitada, apenas fez reduzir a visibilidade dos casos de corrupção no país.

Nesse ponto, como assevera Johnston (2002), fica evidente que a corrupção está atrelada de certa forma à saúde geral da política de um país, de forma a suscitar uma relação, nada sutil, entre a riqueza e o poder, capaz de influir diretamente nos processos e resultados políticos nacionais, notadamente em conjunto com os conflitos de interesses políticos já ínsitos, como os existentes entre partidos políticos de ideologias das mais divergentes. Desse modo, se se pode receber verba de capital privado para concorrer a cargos políticos, existirá uma necessária contraprestação política para os financiadores, que compõem também o chamado grupo de pressão (*lobby*), e sobretudo acordos firmados às escuras (como fizeram as empreiteiras no governo JK).

É nas mudanças internas de um país, especialmente na sua estrutura econômica, que se implicam as situações facilitadoras da corrupção, como no desenvolvimentismo proposto pelo governo JK. Assim, é conclusiva a intrincada proximidade da corrupção com o jogo do poder, afinal, dentre outras formas, o “suborno” (peita) é capaz, em maior ou menor grau, de destituir, usurpar e estabelecer regimes de governo – que são os elementos responsáveis por

determinar o rumo de uma nação –, de estabelecer novas normas e qualificar o destino orçamentário de um país. Mesmo nas transformações consideradas benéficas, como a mudança de orientação política de uma economia fechada para uma aberta, atraindo investidores estrangeiros, abrem-se novas portas para nelas adentrar a corrupção, desta vez oriunda de influências externas. Frisa-se, no entanto, que em um mundo globalizado, a informação e os contatos são deixados ao alcance de muitos, seja para o bem seja para o mal.

Nota-se que diante do conjunto de situações que possam ser desfavoráveis ao bem-estar de uma nação, a corrupção de agentes públicos não seria a única mazela responsável por impedir a melhoria da qualidade de vida e do convívio entre os cidadãos, mas seus efeitos são sempre importantes para o resultado final – não é de hoje, enredos jornalísticos apontando superfaturamentos ou desvios de verbas por agentes do Poder Público, retiradas de setores públicos carentes, especialmente para países em desenvolvimento: a educação e a saúde, já mencionadas.

Renova-se, então, a visão, quiçá relativista, da ética weberiana, onde a corrupção assume inúmeras denotações ou significados, porquanto um desvio ilegal de verba pública pode ter como fundo uma motivação política, ou seja, oriunda de um sopesar de valores e de necessidades de operação na administração pública, no jogo intrincado de interações entre agentes públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como definir o fenômeno da corrupção de agentes públicos? A questão não é de fácil resposta, pois o próprio campo gera fascínio pelas implicações sociopolíticas no âmbito societário, supra individual, fato este que atrai novos pesquisadores, e conseqüentemente conceitos novos sobre o tema. A cada debate acadêmico, uma nova definição...

É preciso, primeiramente, estabelecer algum critério definidor, tais como o jurídico ou o moral, muito embora o termo “corrupção” seja gênero do qual são espécies inúmeras condutas, que de sobremaneira representam uma

vantagem ou enriquecimento indevidos de uma ou de ambas as partes: corruptor e corrupto. É nesse sentido que o agente público brasileiro se depara com expressões jurídicas como peculato, concussão, corrupção passiva e ativa estrito senso, tráfico de influências e improbidade administrativa, consubstanciadas no agir desfavorável à ética e ao funcionamento da Administração Pública, cuja missão precípua é gerir os desideratos e anseios da sociedade como um todo, em atenção ao princípio do interesse público, que não deveria se submeter de forma espúria aos interesses privados.

Apropriar-se ilicitamente de bens alheios, em razão do exercício da função pública, bem como exigir indevidas vantagens de outrem para assim iniciar seu mister ou pelo menos executá-lo com o necessário esmero, com a qualidade almejada pela sociedade, ou ainda influenciar ou se deixar influenciar por interesses privados em contrariedade com o público, quedando-se inerte a valores de probidade, polidez e honradez com a intenção de obter sucesso financeiro pelas vias alternativas, mais fáceis e céleres, ainda que ilegais. Eis um rol exemplificativo de condutas e de desígnios ilegítimos que agentes públicos corruptos propugnam.

Se fossem nas coisas poucas, o cenário brasileiro poderia estar menos pior, no entanto, as mazelas a que se submete a sociedade brasileira são graves e partem da seguinte assertiva: a corrupção perpetrada por agentes públicos no âmbito do Poder Público envolve somas vultuosas, muito além da capacidade financeira de um cidadão comum, este que se vê privado de atuações positivas e concretas do Governo, sem que se hajam excessos orçamentários, porquanto, por vezes, tais atuações parecem demandar do beneficiado o quanto ele está disposto a arcar, pelos bastidores, com a peita. É como se fosse uma segunda tributação, muito embora os desvios já fazem esvaziar o tesouro público e majorar a exação oficial, em prejuízo direto e indireto daquele. Assim, para dados setores, principalmente ausentes de fiscalização efetiva, apenas as pessoas, física ou jurídicas, com melhores condições passam a ser atendidas pelos agentes públicos, do baixo ao alto escalão, seja através de pagamentos pecuniários, seja pela troca de influências – é a política do apadrinhamento, a

modernização do nepotismo público. Verdadeira vassalagem e suserania contemporâneas na troca de recursos socialmente valiosos: dinheiro, poder e reconhecimento.

De toda sorte, o cidadão comum é marginalizado, posto que a corrupção faz burlar o procedimento correto de prestação da atividade pública pelo Poder Público, cria atalhos que enfraquecem os seus direitos civis e fundamentais. É, como se dissesse, a projeção do custo social, que mitiga até mesmo a atuação do Poder Judiciário, isso quando seus próprios agentes públicos não estão envolvidos nesse processo, porquanto se trata do último baluarte de combate à corrupção, se se considerar a inação popular, embora o povo acanhado seja dotado, em tese, de todo o poder (democrático e republicano)... Dessa forma, enfraquecido, o cidadão comum se coloca na posição de aceitar os fatos corruptos que presencia, destituído de forças para lutar pelo o que é correto, sem consciência cívica, até pela precariedade da educação, e temeroso de queixar e denunciar o referido crime por desconfiar da prestação jurisdicional. É o sintoma da impunidade.

No geral, a sociedade brasileira paga pelos incômodos custos da corrupção, fazendo torcida aquiescida e tímida contra um ou outro agente público pego em casos diametralmente graves e notórios. Não é apenas no sentido de ofertar uma opinião pública de ojeriza, mas lutar democraticamente pelas necessárias mudanças legais, onde a norma apenas bravata contra o corrupto, porquanto a civilidade encontra-se guardada no império das leis e dele não pode fugir. Infelizmente, como se fez mencionar, o pico do iceberg é um, e que ainda mantém o povo na inação, mas o ilícito derradeiro está sob o manto dos mares calmos, velado, e os que têm consciência de sua dimensão geralmente têm o interesse de mantê-lo assim, nos bastidores do poder e das interações entre agentes públicos, ou de apenas fazer vista grossa. É aí que a situação se agrava, o custo social se majora e o incômodo passa a ser de uma dor recalcitrante.

Em verdade, é preciso uma aliança para mudar a realidade política e jurídica do país, entre o povo, o Judiciário e demais instâncias investigativas e

preventivas da Administração Pública. Sem quaisquer desses apoios, o Brasil só tenderá a despencar pela impunidade e até naquele índice de percepção da corrupção ante o cenário internacional.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo. Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 75-98, jun. 2011.

GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-sociológica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 203-245, jun. 2004.

GARCIA, Ricardo Letizia. Uma abordagem moderna da corrupção no Brasil e no mundo. *Ciências & Letras*, Porto Alegre, n. 37, p. 415-432, jan./jun. 2005.

JOHNSTON, Michael. Agentes públicos, interesses particulares e democracia sustentável: quando política e corrupção se unem. In: ELLIOTT, Kimberly Ann. *A corrupção e a economia global*. Brasília: EdUnB, 2002. p. 103-134.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 53-124.