

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

DAVI BELTRÃO DE ROSSITER

VIVIANE DE MOURA FRAGOSO

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JUNIOR

JOÃO VICTOR ORLANDI ZANETTI



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Coordenação

**Lilian Rose Rocha Lemos
Davi Beltrão de Rossiter
Viviane de Moura Fragoso
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
José Ramalho Brasileiro Junior
João Victor Orlandi Zanetti**

**Brasília
2021**

CEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

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

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: direito administrativo contemporâneo. / coordenadores, Lilian Rose Rocha Lemos *et al.* [..]. – Brasília: UniCEUB: ICPD, 2021.

128 p.

ISBN 978-65-87823-31-7

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

CDU 342.9.1

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

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 ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

Os trabalhos científicos ora apresentados são fruto da disciplina Direito Administrativo Contemporâneo, ministrada no primeiro bimestre de 2020 pelo Professor Me. José Eduardo Cardozo.

No bimestre, foram trabalhados casos difíceis, hard cases, sob o prisma da Constituição Federal. Para tanto, foi abordado o contexto atual do Direito Administrativo Contemporâneo e seus respectivos impactos perante a sociedade.

Foram selecionados 5 fichamentos sobre os textos trabalhados durante o bimestre. Os textos são de autoria dos docentes da disciplina, sendo eles: Ana Caroline da Silva Fonseca; Hanneli Aresi Rasia, Thais Cristina Freitas Marques, Iara Pereira Marques, Sabrina Lohan Leite da Silva e Bruno de Paula Simões.

ATIVISMO JUDICIAL: SUA RELAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	06
O PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DA NOVA REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 133 DO CÓDIGO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES DO DISTRITO FEDERAL	29
ESTADO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA: APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL PREVISTO NO DECRETO Nº 20.910/1932 ÀS EMPRESAS PÚBLICAS	42
O PÚBLICO E O PRIVADO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO	62
A CRISE DO MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	74
MP 966/2020 E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EM ATOS RELACIONADOS COM A PANDEMIA DA COVID-19	94
A CRISE DO ESTADO DE DIRETO E OS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO	110

ATIVISMO JUDICIAL: SUA RELAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Thaís Cristina Freitas Marques¹

RESUMO

Atualmente percebe-se um processo de expansão do Poder Judiciário que passou a não somente tratar demandas individuais. Portanto, em decorrência da elevada judicialização e dos diversos temas tratados pelo Supremo Tribunal Federal dentre eles os “casos difíceis”, “desacordos morais relevantes”, que por vezes não são enfrentados pelo Legislativo e Executivo, o Judiciário acaba exercendo um papel mais proativo, e por vezes intervindo nas outras esferas de Poder. Dessa forma, a pesquisa tratou do ativismo judicial, mencionando o conceito de judicialização que é facilmente confundido com ele, e por fim abordou a relação do ativismo judicial com o direito administrativo. Os métodos utilizados foram artigos acadêmicos, doutrinadores voltados ao Direito Constitucional e Direito Administrativo, bem como decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Concluiu-se, portanto, que o Judiciário exerce papel fundamental de proteger a Constituição, garantir direitos fundamentais que dela decorrem, bem como exercer controle dos demais poderes. Assim, o ativismo judicial e a interferência Judicial na Administração Pública ocorrem principalmente em demandas voltadas a área da saúde, e na realização de determinadas políticas públicas, ressaltando como balizadores importantes os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para controlar a discricionariedade dos administradores.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Judicialização; Direito Administrativo.

ABSTRACT

Currently, there is a process of expansion of the Judiciary that began to not only deal with individual demands. Therefore, due to the high judicialization and the various issues dealt with by the Supreme Court among them the "difficult cases", "relevant moral disagreements", which are sometimes not faced by the Legislature and Executive, the Judiciary ends up exercising a more proactive role, and sometimes intervening in other spheres of power. Thus, the research dealt with judicial activism, mentioning the concept of judicialization that is easily confused

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Aluna do curso de Pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ ICPD. E-mail: thaiscristinamarques2@gmail.com

with it, and finally addressed the relationship between judicial activism and administrative law. The methods used were academic articles, indoctrinators focused on Constitutional Law and Administrative Law, as well as judicial decisions of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice. It was concluded, therefore, that the Judiciary plays a fundamental role in protecting the Constitution, guaranteeing fundamental rights that derive from it, as well as exercising control of the other powers. Thus, judicial activism and judicial interference in the Public Administration occur mainly in demands focused on the health area, and in the realization of certain public policies, however, indoctrinators such as José dos Santos Carvalho Filho assert that only the linked acts would be subject to control, and that sometimes this intervention is due to the inefficiency of the Administration, highlighting as important beacons the principles of reasonableness and proportionality to control the discretion of the administrators.

Keywords: Judicial Activism; Judicialization; Administrative Law.

1 INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário no decorrer dos Séculos mudou drasticamente, houve momentos em que a postura do Judiciário era retraída, voltada a ser “a boca da lei” (*bouche de la loi*), como na teórica de Montesquieu, e o principal objetivo era eliminar a criatividade do juiz². Há época essa postura de dava como resultado de um paradoxo vivido na França vez que sofreu com a evolução do seu sistema jurídico pela atuação do magistrado que precedia o legislador, ao tratar algumas relações sociais³.

Com o passar dos Séculos, o que se percebe atualmente é um movimento de expansão do Poder Judiciário que em meio ao contexto do Neoconstitucionalismo, passa a atuar de forma mais proativa, e por vezes acaba por exercer o chamado “ativismo judicial”.

Nesse sentido, o presente artigo tratará sobre o ativismo judicial de modo a apresentar um rápido viés histórico do seu surgimento, conceituá-lo, bem como apresentar algumas críticas doutrinárias e riscos dessa prática.

² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Ativismo judicial: possibilidade e Limites, A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaac.com/index.php/revistaac/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020.

³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Ativismo judicial: possibilidade e Limites, A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaac.com/index.php/revistaac/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020.

Ademais, será abordada a “judicialização”, um termo que na prática jurídica pode ser confundida com o ativismo, mas de fato são situações diversas, nesse ponto trabalhará a judicialização, sua conceituação e as suas principais causas.

Por fim, será analisada a relação do ativismo judicial com o direito administrativo, e nesse ponto verificar as áreas onde as interferências ocorrem, a forma como se dá, os possíveis reflexos dessas práticas e o posicionamento doutrinário a cerca da temática.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

Ao longo do tempo, inúmeras experiências institucionais ocorreram no mundo, dentre elas: o marxismo-leninismo, os regimes militares, o fundamentalismo Islâmico, e o que o Ministro Luís Roberto Barroso coloca como modelo vencedor, o “Constitucionalismo Democrático” que chega no Brasil com a Constituição de 1988⁴.

Vale ressaltar que no contexto Pós Segunda Guerra Mundial o texto constitucional e a prática institucional reuniram os seguintes elementos: supremacia da Constituição; o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo por uma corte suprema ou corte constitucional; e a atuação proativa dessas cortes na proteção dos direitos fundamentais⁵.

O desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa iniciou-se na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e sucessivamente a Constituição da Itália em 1951, ocorrendo gradualmente uma ascensão do direito constitucional, sobretudo por volta de 1970 diante do processo de redemocratização,

⁴ 4 BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

⁵ 5 BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

sendo importante destacar que esses processos não costumam ser lineares, ao contrário, marcados por avanços e retrocessos⁶.

Conforme mencionado anteriormente, o Constitucionalismo Democrático chega ao Brasil com a Constituição de 1988, e nesse período o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal (STF) relutavam para assumir o papel de “concretizadores de direitos”, princípios e regras presentes na Constituição, esse fato foi superado apenas na década de 90, quando o STF passou a ser um intérprete da Constituição⁷.

Posteriormente, nos anos 2000 consolida-se no Brasil um novo modelo constitucional, mais voltado para a concretização de direitos, o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo⁸. Nas palavras do Ministro Barroso,

Esse novo direito constitucional tem como marco filosófico, como já assinalado, a superação ou atenuação do positivismo jurídico e como marcos teóricos importantes o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, para lidar com a complexidade e o pluralismo da sociedade contemporânea. Nesse ambiente, verifica-se um papel mais proativo das cortes constitucionais na concretização de direitos fundamentais e uma permanente discussão sobre a exata fronteira entre o direito e a política, isto é, entre o que seja espaço da interpretação constitucional e o que seja espaço de conformação legislativa⁹.

Nesse sentido, o referido autor identifica mudanças importantes ocorridas nesse modelo de constitucionalismo sendo: a elaboração de Constituições analíticas, a expansão a jurisdição constitucional com criação das supremas cortes ou tribunais

⁶ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

⁷ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

⁸ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

⁹ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

constitucionais, e por fim, a ascensão do Judiciário, com uma nova visão de interpretação constitucional¹⁰. Assim, diante do neoconstitucionalismo e sem grande rigor, verifica-se uma redução da aplicação do método de subsunção, de modo a possibilitar interpretações mais abertas sobre a aplicação do Direito¹¹.

Assim, o esse fenômeno de expansão do judiciário deve-se principalmente a alguns fatos como o reconhecimento de um Judiciário forte e independente, uma crise de representatividade e de funcionalidade do parlamento, e, por fim, a dificuldade de atores políticos produzirem consensos em questões que há desacordos morais razoáveis e preferem transferir o ônus ao Judiciário¹². Ademais, há no Brasil uma constitucionalização abrangente, que trata de diversos assuntos, e possibilita um acesso relativamente fácil ao Supremo Tribunal Federal, em razão, por exemplo, do número expressivo de legitimados ativos¹³.

O termo ativismo judicial é dotado de múltiplos sentidos, podendo ter valoração positiva ou negativa. Para aqueles alinhados à ideia positiva de que o Poder Judiciário possui função de concretizar direitos fundamentais, valores constitucionais, e corrigir a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, já para os alinhados à concepção negativa, o Poder Judiciário não possui informações e melhores instrumentos para concretizar os direitos previstos na Constituição, o ativismo judicial, portanto, deve ser evitado¹⁴. O ativismo judicial normalmente está associado a extrapolação dos limites do Poder Judiciário na interpretação do Direito,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

¹¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo judicial do superior tribunal de justiça e o direito fundamental social à saúde. *Revista Jurídica (FURB)* ISSN 1982-4858 v. 23, nº. 52, set./dez. 2019. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8085>. Acesso em: 26 maio, 2020.

¹² BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

¹³ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

¹⁴ ALVES, Francisco Sérgio Maia, O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União, *RIL Brasília* a. 53 n. 209 jan./mar. 2016. p. 303-328. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Acesso em: 21 maio, 2020.

pois, em inúmeros casos a diferença entre uma decisão ativista e uma decisão não ativista é a interpretação da norma¹⁵.

O ativismo, também chamado de “criação judicial do Direito” é o exercício de um “poder- dever” do Judiciário, para transformar o direito legislado em interpretado e aplicar a norma ao singular e ao concreto, realizando assim, a justiça¹⁶.

Desta forma, para o Ministro Barroso, “[...] 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, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.”¹⁷

Sabe-se que a sociedades contemporânea tem como características a pluralidade e a complexidade, e portanto, uma necessidade de satisfazer diversas demandas por vezes chamadas de “casos difíceis”, decorrente de: ambiguidade na linguagem, desacordos morais razoáveis, colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais¹⁸. Nesse viés, destaca-se como outro fator que colabora para a atuação proativa da jurisdição o surgimento das diversas dimensões de direitos fundamentais, que exige do magistrado uma interpretação voltada a harmonização das situações do cotidiano, uma vez que conforme José Júlio Fernandes Rodrigues, citado por Edilson Pereira Nobre Júnior, “compete à justiça constitucional garantir os

¹⁵ ALVES, Francisco Sérgio Maia, O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União, *RIL Brasília* a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 303-328. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Acesso em: 21 maio, 2020.

¹⁶ ALVES, Francisco Sérgio Maia, O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União, *RIL Brasília*, a.53, n. 209, jan./mar. 2016. p. 303-328. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Acesso em: 21 maio, 2020.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-536-1011-2. p. 434.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

direitos fundamentais, pois não é bastante, como nota da democracia, incorporá-los no conteúdo da Constituição, mas também defendê-los”¹⁹.

Conforme Cappelletti (citado por Edilson Pereira Nobre Júnior) o ativismo judicial possui alguns alicerces, sendo:

- a) acha-se dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não é possível desconhecer o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiosincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade;
- b) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) a possibilidade de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da população, ou ainda as facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, fez com que a jurisdição constituísse, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e uma máquina burocrática distantes; e) em se considerando que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura onde os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a ideia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.²⁰

Destarte, é importante mencionar que as decisões judiciais sofrem influência de diversos fatores sejam eles, jurídicos, ideológicos, institucionais, e até mesmo influências da sociedade, da mídia e da opinião pública, viabilidade de cumprimento

¹⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Ativismo judicial: possibilidade e Limites, *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional* Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020. p. 97.

²⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Ativismo judicial: possibilidade e Limites, *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional* Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020. p. 97.

da decisão etc.²¹. Em decorrência desse fato, observa-se as interferências externas que o magistrado vem a sofrer, sobretudo em casos de ampla repercussão.

É notável que a atuação jurisdicional decorre, muitas vezes, da não atuação do Congresso Nacional para regular alguns temas, e em razão disso o Judiciário vale-se da interpretação conforme a Constituição, cuja origem advém dos norte-americanos e consiste no aproveitamento da norma que dentre pode ser compreendida e deve se harmonizar com o texto ²².

Diante das questões supracitadas, conforme entendimento do Ministro Barroso o Poder Judiciário exerce função representativa quando o Legislativo não exerce essa função, e dentre os exemplos apresenta a proibição do nepotismo nos três Poderes, a fidelidade partidária, financiamento eleitoral por empresas, contudo a atuação do STF não se resume a esses casos, exerce também um papel iluminista no sentido de “empurrar a história”, e dentre esses julgamentos destacam-se: a decisão que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, interrupção da gestação de fetos anencefálicos²³. Assim, “ a lei não mais pode ser analisada isoladamente como uma previsão que serve de guia para uma sociedade ideal”, para dessa forma amoldar a norma com a sociedade, permitindo à constituição “transmudar”²⁴.

Importante mencionar que em oposição ao ativismo está a autocontenção judicial, pela qual o Judiciário reduz a sua interferência e em meio as suas características estão:

²¹ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

²² BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

²³ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.²⁵

Diante do ativismo judicial e da autocontenção, há países que adotam o modelo de supremas cortes e tribunais constitucionais que aplicam o binômio ativismo-autocontensão para exercer o controle de constitucionalidade, em movimentos chamados de “pendulares”²⁶. No caso brasileiro, a situação é um pouco diferente, pois o país é assolado por uma crise de representatividade e legitimidade no âmbito do Poder Legislativo, e por outro lado o Judiciário está atendendo as demandas sociais não satisfeitas pelo Legislativo²⁷.

Outro fator relevante ao ativismo são os valores constitucionais dotados de abstração, com múltiplos sentidos, que permitem ao intérprete adaptações as situações, bem como ajustá-los aos sinais do tempo²⁸. Diante do exposto, é possível inferir que o ativismo decorre da interpretação da

Constituição, sendo necessário para a concretização e atualização dos seus princípios, já que a Constituição tende a não acompanhar a modernização da sociedade²⁹.

Ressalte-se mais uma vez que não se trata de substituir o legislador mas a “determinação judicial de um conteúdo mínimo ou essencial para os direitos

²⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020. p. 22.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

²⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, *Ativismo judicial: possibilidade e Limites*, A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020. p. 97.

²⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, *Ativismo judicial: possibilidade e Limites*, A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020.

fundamentais”³⁰. Não se pretende um “governo de juízes”, almeja-se o respeito das normas legislativas e a separação dos poderes, pois um dos papéis importantes do Judiciário, conforme mencionado anteriormente é o controle dos atos dos demais poderes, reprimindo abusos³¹. Doutrinadores como Mauro Cappelletti, citado por Sílvio Dobrowolski, defendem que o Judiciário deve tornar-se um “terceiro gigante” para manter o equilíbrio com os outros poderes, e realizar o controle dos demais³².

Mesmo diante do aspecto positivo do ativismo judicial o Ministro Roberto Barroso menciona riscos dessa atuação, o primeiro é o risco para a legitimidade democrática, pois os membros do judiciário não são eleitos pelo povo, não tem o “batismo da vontade social” e exercem um poder político que pode até mesmo invalidar atos dos demais poderes³³. Ademais, é importante ressaltar a limitação do debate, já que ocorre a elitização e por isso exclusão dos que não conseguem acessar o local de discussão jurídica, sendo que as audiências públicas, a presença de *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema, e causam além disso, uma dose excessiva de politização nesses tribunais³⁴. Para o autor a Constituição deve desempenhar dois papéis importantes, o primeiro é estabelecer as regras do “jogo democrático”, assegurar a participação política ampla, o governo da maioria, a alternância do poder, e o segundo é proteger os valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de quem tem mais votos, o papel contramajoritário³⁵.

Um outro risco apresentado pelo Ministro é a politização da justiça, visto que a criação do direito é produto da vontade da maioria, a aplicação do direito não é dissociada da realidade política, e os juízes não são seres sem memória, libertos de

³⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e Limites, *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional* Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020.

³¹ DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

³² DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-536-1011-2.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

sua ideologia e da sua subjetividade ³⁶. E como terceiro risco, apresenta a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, pois o juiz como regra está preparado para realizar justiça no caso concreto, a chamada “microjustiça”, contudo, há o risco que a sua decisões produza efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, uma vez que nem sempre possuem informações suficientes quanto a prestação de um serviço público ou sob segmento econômico, por isso, faz-se necessário uma avaliação criteriosa sobre a capacidade institucional do Judiciário ³⁷.

No sentido das críticas, há quem afirme que o Estado Democrático de Direito não pode admitir decisões judiciais discricionárias, afirmando que sempre é necessária fundamentação, e na tomada de decisão o juiz deve optar pela “resposta correta”, conforme a Constituição ³⁸.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. ³⁹

Portanto, o ativismo judicial além de exercer por vezes um papel representativo exerce ainda um papel iluminista que auxilia no avanço da sociedade, uma vez que possibilita uma interpretação mais adequada da Constituição, contudo, deve ser utilizado com parcimônia, pois há adversidades que lhe são inerentes, como as questões que envolvem a legitimidade, as limitações do Poder, e o risco de efeitos indesejados e a politização.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo; *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 24 maio, 2020. p. 271.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020. p. 32.

3 JUDICIALIZAÇÃO

Diante da relevância do Judiciário, e do “protagonismo” que esse Poder assumiu, percebe-se que cada vez mais cabe aos juízes decidir os “rumos da sociedade”, tratando de questões políticas, sociais, econômicas, e manifestando-se, inclusive, sobre questões sensíveis⁴⁰. A Constituição de 1988, conforme dito contribuiu para a judicialização, sobretudo pelo rol de direitos fundamentais e sociais que exigem atuação pública para a sua concretização⁴¹.

Judicialização significa levar ao Poder judiciário questões de grande repercussão política ou social que não são resolvidas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo ⁴². Não se trata de uma ação de ofício, o Tribunal é provocado, e por isso não cabe a ele se eximir de pronunciar-se a cerca do mérito ⁴³.

Assim, diante do ambiente democrático, há uma maior informação e consciência sobre os direitos, e por isso diversos seguimentos da população passam a buscar o Judiciário, e nesse sentido ocorre, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alteração na linguagem, na argumentação e na forma de participação da sociedade⁴⁴. Pode se afirmar que “aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira” ⁴⁵. O Poder Judiciário torna-se um poder político, que pode fazer cumprir a Constituição e as Leis, estando em consonância ou em confronto com os outros Poderes⁴⁶.

⁴⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo judicial do superior tribunal de justiça e o direito fundamental social à saúde. *Revista Jurídica (FURB)* ISSN 1982-4858 v. 23, n.º. 52, set./dez.

⁴¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo judicial do superior tribunal de justiça e o direito fundamental social à saúde. *Revista Jurídica (FURB)* ISSN 1982-4858 v. 23, n.º. 52, set./dez. 2019. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8085>. Acesso em: 26 maio, 2020.

⁴² MEDEIROS, Amanda, *Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença!* Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>, Acesso em: 24 maio, 2020.

⁴³ MEDEIROS, Amanda, *Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença!* Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>, Acesso em: 24 maio, 2020.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

Em síntese, “a expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema.”⁴⁷. Assim o termo judicialização, para o Ministro Barroso, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”⁴⁸.

Dentre as motivações que levaram ao aumento dessa judicialização estão: a expansão do Ministério Público com atuação fora da área penal, e a presença da Defensoria Pública; a Constituição analítica, abrangente e ambiciosa, que trouxe para o texto constitucional diversas matérias, e por isso, seja um direito individual, uma prestação estatal, ou um fim público, transforma-se em pretensão jurídica que pode ser demandada sob a forma de ação judicial; o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, chamado de “híbrido” ou “eclético” que absorveu a prática americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, e o modelo europeu, que permite que algumas matérias sejam levadas diretamente ao STF⁴⁹.

Portanto, “judicialização e ativismo são primos”⁵⁰. A judicialização é uma circunstância que advém do modelo constitucional adotado no Brasil, um acesso facilitado ao Judiciário e não um exercício deliberado e não um exercício deliberado de vontade política⁵¹. O ativismo, por outro lado, é uma atitude, um modo proativo,

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-536-1011-2. p. 430.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ISBN 978-85-536-1011-2. p. 430.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020. p. 21.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

de interpretar a Constituição expandindo o seu sentido e alcance, e conforme dito, ocorre normalmente em situações de retração do Poder Legislativo⁵².

Assevere-se que não é apenas em processos políticos que acontece a judicialização, como exemplo disso, é possível citar a ADI n. 3510, que discutia a constitucionalidade do artigo 5º da Lei

n. 11.105/2005 que permitia a utilização de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e pesquisa, tendo o Ministro Carlos Ayres Britto, nessa oportunidade, afirmado que o STF havia se tornado uma “casa de fazer destinos”⁵³
54.

Há, portanto, fatores que influenciam diretamente na judicialização dentre eles: a expansão da sociedade; a crise da democracia que ampliou o número de regulações por meio de leis, decretos, medidas provisórias, dentre outras; que encontra no judiciário a resolução.⁵⁵

O dirigismo constitucional e a inflação legislativa, para alguns autores, como fatores que contribuem para aumentar a interferência do Poder Judiciário,

⁵² BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

⁵³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo; *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 24 maio, 2020.

⁵⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. ADI. n. 3.300. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em: 24 maio, 2020.

⁵⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo; *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 24 maio, 2020. p. 271.

justificando que quanto mais direitos são constitucionalizados e mais leis compõem o ordenamento, maior é o espaço de concretizar essas normas e isso ocorre na jurisdição, no enfrentamento dos casos apresentados pela sociedade ⁵⁶.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, o papel mais relevante exercido pelo STF é o de guardião da Constituição, vez que é necessário ao Estado de Direito e a democracia, a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. E nesse sentido, destaque-se que tanto o legislador democrático quanto a jurisdição constitucional possuem papéis relevantes⁵⁷, e conforme o autor:

A imanente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre Jurisdição Constitucional e legislador democrático, é o que alimenta e engrandece o Estado Democrático de Direito, tornando possível o seu desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseado em princípios e valores fundamentais. ⁵⁸

Desta forma, numa sociedade plural, para que seja alcançada a igualdade faz-se necessário os respeito às diferenças, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa, principalmente para reconhecer e proteger as minorias, sendo que a jurisdição constitucional brasileira não está afastada desse ponto sobretudo ara remediar desigualdades históricas entre grupos, como na ADI 3.330, cujo Relator era o ministro Carlos Ayres Britto, que tratou sobre a concessão de bolsas de estudo nas universidades brasileiras ⁵⁹ ⁶⁰.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo; *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 24 maio, 2020.

⁵⁷ MENDES, Gilmar, *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 21 maio, 2020.

⁵⁸ MENDES, Gilmar, *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 21 maio, 2020.

⁵⁹ MENDES, Gilmar, *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*, Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 21 maio, 2020.

⁶⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.300 DF*. Ementa: EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA No 213/2004, CONVERTIDA NA LEI No 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS

Em suma, a judicialização está atrelada ao acesso ao Judiciário, não se trata de uma ação de ofício desse Poder, mas uma resposta às demandas sociais judicializadas. Sabe-se que a Constituição analista, com um amplo rol de direitos fundamentais é um fator importante que contribuiu para o aumento dessa prática, tal como a pluralidade e complexidade da sociedade atual. Desta forma, infere-se que o Judiciário não trata apenas de questões políticas, como também resolve questões sensíveis e sociais que por vezes não foram regulamentadas pelos demais Poderes.

4 RELAÇÃO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO

O modelo de Estado atual caracteriza-se pelo crescimento de sua atividade pela Administração Pública, do número de atribuições concedidas a ela, uma vez que se ocupa do ensino, da saúde, da previdência social, bem como prover o lazer e as diversões públicas ⁶¹.

Em decorrência disso, a Administração Pública, por vezes pode exceder seus limites, violar direitos individuais, contudo, tais atos podem ser corrigidos por meio do controle exercido pelo Poder Judiciário⁶². Nesse sentido, o acesso ao Judiciário se dá sobretudo em razão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, pois a lei não excluirá da apreciação lesão ou ameaça de direito^{63 64}.

É importante ressaltar que diante dessa atuação ampla da Administração Pública, o legislador também é chamado para atuar nos mais diversos casos, uma vez

DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. [...] Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADL_3330_DF_1387980055514.pdf?Signature=EX7dzURrdzURrCkNH%2BnoZaC389A%3D&Expires=1590602444&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765V

⁶¹ DOBROWOLSKI, Sílvio, *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

⁶² DOBROWOLSKI, Sílvio, *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

⁶³ DOBROWOLSKI, Sílvio, *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

⁶⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio, 2020.

que a lei passa a ser utilizada como solução dos mais diversos problemas, e muitas vezes culmina em regras conflituosas e com pouca durabilidade ⁶⁵.

Vale ressaltar que sobre o ativismo em matéria de políticas públicas o caso que mais se destaca é a distribuição de medicamentos, e determinação de terapias por meio de decisões judiciais, seja na Justiça estadual ou federal em todo país, multiplicam-se portanto, as condenações a União, Estados e Municípios, que por vezes solidariamente, são obrigados a custear medicamentos, terapias, que em alguns casos sequer constam em listas e protocolos do Ministério da Saúde ou Secretarias Estaduais e municipais⁶⁶.

Há quem critique o ativismo, como afirma Elival Ramos (citado por Irene Nohara), nota-se uma ausência de parâmetros para se evitar excessos, e compara a atuação do Judiciário na área de medicamentos com o “Robin Hood”, pois os recursos acabam retirados de políticas públicas para satisfazer interesses individuais, e em muitos casos medicamentos caríssimos, experimentais, que podem gerar um impacto negativo na política de saúde, sendo possível inferir que o Judiciário comprometeu-se a salvar vidas, na tentativa de sanar tais necessidades.⁶⁷

Na tentativa de regulamentar a prática de concessões de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, limitando essas práticas, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1657156 estabeleceu alguns critérios cumulativos para essa concessão, sendo:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como na ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. ⁶⁸

⁶⁵ DOBROWOLSKI, Sílvio, *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.

⁶⁷ MITRE, Jaquelina Leite da Silva, *Ativismo Judicial como paradoxo jurídico*, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303319/ativismo-judicial-como-paradoxo-juridico>. Acesso em: 21 maio, 2020.

⁶⁸ STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7*. Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO

Nesse sentido, o que se verifica é que o Judiciário faz-se necessário para solucionar situações em que ocorre omissão ou negligência estatal, quando realizam prestações positivas de direitos fundamentais, entretanto diante do orçamento limitado e das demandas sociais, há uma questão complexa, que traz uma difícil reflexão sob o viés da separação dos poderes, vez que o Judiciário muitas vezes define regras e condutas que deveriam estar previstas em lei⁶⁹. E assim, considerando que a competência para regular o modo e limites do dever do Estado de implementar o direito fundamental à saúde a todos é do Poder Legislativo, entende-se que lhe cabe a prerrogativa de instrumentalizar condições jurídicas, mediante lei, para que o Poder Executivo lhe dê efetividade, mas sem desconsiderar a igualdade de tratamento, diante do direito da coletividade. Em consequência, a atuação do Poder Judiciário deveria circunscrever-se às situações em que há flagrante desrespeito do Estado com o seu dever constitucional de prestação de políticas públicas de saúde.⁷⁰

Assim, é possível concluir que ao conceder um medicamento ou tratamento de forma individual, deve o magistrado se questionar quanto a repercussão da decisão, dado o volume de recursos a serem disponibilizados pelo Estado, e do grau de interferência do Judiciário na política pública vigente, sabe-se que a temática é polêmica e complexa e por isso mostra-se fundamental o diálogo entre as instituições e entre os Poderes, para que não haja a primazia de um em detrimento dos demais⁷¹.

Nesse viés de interferência do Judiciário nas políticas públicas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assevera que não pode tornar-se a regra, a discricionariedade administrativa não pode ser substituída pela discricionariedade do legislador ou do

SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/ 2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. [...] Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 25/ 04/ 2018, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2018.

⁶⁹ SEVEGNANI, Ana Luisa. Ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde: uma escolha trágica? *RDDA*, vol. 7, n. 1, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/158344/158959> Acesso em: 22 maio, 2020.

⁷⁰ SEVEGNANI, Ana Luisa. Ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde: uma escolha trágica? *RDDA*, vol. 7, n. 1, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/158344/158959> Acesso em: 22 maio, 2020.

⁷¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo judicial do superior tribunal de justiça e o direito fundamental social à saúde. *Revista Jurídica (FURB)* ISSN 1982-4858 v. 23, n.º 52, set./dez. 2019. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8085>. Acesso em: 26 maio, 2020.

juiz⁷². Destaca que para que haja atuação judicial, mesmo para realizar prestações positivas, é necessário que fique demonstrada que a omissão é antijurídica, diante disso, o Judiciário pode analisar a política pública, verificar as escolhas do Poder Público⁷³.

A referida autora ainda afirma que o Judiciário deveria atuar apenas nas zonas de certeza positiva ou negativa, não sendo possível, por exemplo, que ele determine que a Administração Pública adote determinadas medidas⁷⁴.

Ainda no âmbito da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho enfatiza que o controle do judiciário sobre os atos vinculados possui mais efetividade, vez que o ato deve estar em consonância com a lei, no tocante aos atos discricionários, o controle judicial apenas incidirá em relação aos elementos vinculados, ou seja, quando o agente não possui liberdade para tomar decisão diversa⁷⁵.

Assim, a autora conceitua ativismo judicial como “interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de poderes”⁷⁶.

E nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, afirma “que se tem denominado de “ativismo judicial”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração.”⁷⁷

Em síntese, Carvalho Filho menciona que o controle judicial alcança os aspectos de legalidade que integram os atos administrativos, não podendo estender-se à condutas atribuídas ao administrador, sendo que os princípios da razoabilidade e

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, ISBN 978- 85-309-8482-3

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, ISBN 978- 85-309-8482-3

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, ISBN 978- 85-309-8482-3

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. - ISBN 978-85-97-02053-3

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, ISBN 978- 85-309-8482-3. p. 946.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. - ISBN 978-85-97-02053-3. p. 56.

proporcionalidade são vistos pela doutrina como valores que contribuem para o controle da discricionariedade, e enfrentamento de questões que por vezes retratam abusos de poder ⁷⁸.

Portanto, o ativismo judicial também se relaciona com o direito administrativo, sobretudo relacionado ao direito à saúde e nesse ponto o Judiciário é por vezes comparado a um “salvador” ao assegurar esse direito, contudo, a reflexão que se traz nesse ponto é o impacto que uma decisão possui nas políticas públicas haja vista o custo das medicações e dos tratamentos, por vezes experimentais. Assim, faz-se necessária a observação de parâmetros importantes, dentre eles a razoabilidade e a proporcionalidade na atuação do Judiciário para controlar a discricionariedade administrativa.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que houve sucessivas experiências institucionais até chegar ao modelo de Constitucionalismo Democrático, presente no Brasil a partir da Constituição de 1988. Esse modelo constitucional proporcionou o desenvolvimento de nova interpretação constitucional de modo a lidar com a complexidade e pluralismo da sociedade atual. Dessa forma, a expansão do Judiciário foi gradual, e essa atuação proativa do judiciário possui dois principais papéis relevantes a representatividade e um papel iluminista de proporcionar avanços sociais.

Por outro lado, a judicialização não é sinônima de ativismo judicial e não se trata de ação de ofício, nesse caso o tribunal é provocado, ocorre em questões não resolvidas nas outras esferas de Poder, e gera uma transferência de poder ao Judiciário que tende a tornar-se um poder político.

No âmbito da Administração Pública, percebe-se que houve um crescimento da atuação do Estado, em razão, por exemplo, do número de atribuições, e nesse contexto o Judiciário atua muitas vezes como uma forma de controle e de determinar o cumprimento de políticas públicas. Nesse âmbito, verificou-se que o ativismo

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ocorre sobretudo nas políticas públicas relacionadas à saúde, e dessas demandas decorrem sucessivas condenações a União, Estados, Municípios. Nas referidas demandas, verifica-se que mesmo que ocorra a satisfação de um interesse privado, uma decisão judicial pode gerar uma repercussão mais ampla.

Portanto, a intervenção do Judiciário não deveria ser a regra, mas uma excepcionalidade diante de omissões ou negligências estatais em prestar determinados direitos fundamentais. Em consonância com esse entendimento está a doutrina estudada, afirmando que essa prática ocorre muitas vezes em decorrência de falhas da Administração Pública.

Portanto, verifica-se que a judicialização e o ativismo judicial são reflexos do constitucionalismo moderno e são voltados, principalmente, a atender necessidades e garantir direitos fundamentais, além de contribuir para os avanços sociais, realizando um papel representativo e até mesmo iluminista. Contudo, essa atuação possui riscos sobretudo em relação ao princípio da separação dos poderes e a politização excessiva que vem sofrendo o Judiciário diante da retração do Legislativo. Assim, não se almeja um “governo de juizes”, mas deseja-se a atuação de um Judiciário independente que atue para controlar os demais poderes, reprimir abusos e assegurar o cumprimento da Constituição e dos direitos que dela decorrem.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Francisco Sérgio Maia, O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União, *RIL* Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 303-328. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520010/001063276.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Acesso em: 21 maio, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 8. ed., São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ISBN 978- 85-536-1011-2.
- BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 20 maio, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto, O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX, *Revista Publicum*,

Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>, Acesso em 21 maio, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 21 maio, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. - ISBN 978-85-97-02053-3

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, ISBN 978-85-309-8482-3

DOBROWOLSKI, Sílvio, *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 23 maio, 2020.

MEDEIROS, Amanda, *Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença!* Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>, Acesso em: 24 maio, 2020.

MENDES, Gilmar, *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 21 maio, 2020.

MITRE, Jaquelina Leite da Silva, *Ativismo judicial como paradoxo jurídico*, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303319/ativismo-judicial-como-paradoxo-juridico>. Acesso em: 21 maio, 2020.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, *Ativismo judicial: possibilidade e limites*, A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional Belo Horizonte ano 11 n. 43 p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229>, acesso em: 21 de maio, 2020.

NOHARA, Irene, *Judicialização da política versus politização do judiciário*, Disponível em: <https://direitoadm.com.br/tag/ativismo-judicial/>, Acesso em 21 maio, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo; *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*, Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 24 maio, 2020.

SEVEGNANI, Ana Luisa. Ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde: uma escolha trágica? RDDA, vol. 7, n. 1, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/158344/158959> Acesso em: 22 maio, 2020.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O ativismo judicial do superior tribunal de justiça e o direito fundamental social à saúde. *Revista Jurídica (FURB)* ISSN 1982-4858, v. 23, n.º. 52, set./dez. 2019. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8085>. Acesso em: 26 maio, 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3510*. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. [...] Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em: 24 maio, 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 3.300*. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA[...] Disponível: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em: 24 maio, 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7*. Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. [...] Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 25/ 04/ 2018, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2018.

O PODER DE POLÍCIA NO ÂMBITO DA NOVA REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 133 DO CÓDIGO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES DO DISTRITO FEDERAL

Maria Júlia Viegas de Araújo¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tecer comentários sobre a nova redação que o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal deu ao artigo 133, a sua aplicabilidade de acordo com a interpretação recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e em qual medida tal fato mitiga o poder de polícia que é inerente aos atos fiscalizatórios da atual Secretaria de Proteção da Ordem Urbanística do Distrito Federal (“DF Legal”). Para tanto, trata de elucidar o conceito puro de poder de polícia, em uma breve narrativa de seu surgimento, além de analisar a modificação no procedimento de demolição nos casos em que a edificação se encontra em área pública e seus efeitos práticos, bem como a percepção do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios quanto ao tema. É certo que a análise aqui desenvolvida não pretende esgotar o tema, mas sim apresentar alguns pontos contrários à nova redação.

Palavras-chave: Poder de polícia. Demolição. Área pública

ABSTRACT

This article aims to comment on the new wording that the Code of Works and Buildings of the Federal District gave to article 133, its applicability according to the recent interpretation of the Court of Justice of the Federal District and Territories, and to what extent such fact mitigates the police power that is inherent in the supervisory acts of the current Department of Protection of the Urban Order of the Federal District (“DF Legal”). To this end, it tries to elucidate the pure concept of the police power, in a brief narrative of its emergence, in addition to analyzing the modification in the demolition procedure in cases where the building is in a public area and its practical effects, as well as the perception of the Court of Justice of the Federal District and Territories on the subject. It is true that the analysis developed

¹ Advogada no escritório Alexandre Vitorino Advogados. Aluna do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Novas Tendências do Direito Público – UniCeub/ICPD. E-mail: maria.viegas@vitorino@adv.br.

here does not intend to exhaust the subject, but rather to present some points contrary to the new wording.

Keywords: Police power. Demolition, Public area

1 INTRODUÇÃO

O poder de polícia no atual contexto da história assume um papel de controle da aplicação e fiscalização das leis, agindo como um verdadeiro mecanismo de frenagem para evitar o abuso de direitos que possam afetar a coletividade.

Levando em consideração a importância do referido instituto no Direito Administrativo, o presente estudo irá realizar uma breve análise do poder polícia, com a apresentação de sua evolução histórica desde o período feudal até os dias atuais e seu conceito formal no âmbito do Direito Brasileiro.

O segundo ponto a ser esmiuçado será a análise de um dos possíveis cenários práticos em que o poder de polícia pode ser verificado na atualidade: seu poder de fiscalização advindo do Código de Obras e Edificações do Distrito Federal.

Nessa temática, serão tecidos comentários sobre a alteração legislativa realizada no Código de Obras e Edificações do Distrito Federal, mais precisamente em seu artigo 133, e qual seu impacto no poder de polícia atribuído à Secretaria da Ordem Urbanística do Distrito Federal.

2 O PODER DE POLÍCIA

O Direito Administrativo, tratado aqui como ramo autônomo do Direito, abarca dois conceitos fundamentais para sua concepção: as prerrogativas e as sujeições.

As prerrogativas podem ser entendidas como os meios que asseguram o exercício das atividades do Estado. As sujeições, por sua vez, são as limitações pelas quais o Estado se sujeita (retiram dele a liberdade excessiva para o exercício de seus atos).²

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro:Forense.

Dentro do conceito de prerrogativas surge o que chamamos de poder de polícia, que nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro compreende a “*atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”³.

O poder de polícia se manifesta a partir do momento em que a Administração Pública reconhece a efetividade de sua participação no contorno legal de direitos individuais, ainda que estes estejam densamente previstos no campo normativo brasileiro. Nesse sentido, a regulamentação de leis e especialmente o controle de sua aplicação ocorrem por intermédio do referido instituto.

Há de se esclarecer que a atuação administrativa não limita o exercício de tais direitos, muito pelo contrário, compatibiliza-os com o bem-estar social, através de efetiva fiscalização e contenção de possíveis transgressões normativas (vedação de um comportamento).⁴

Para o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, “*descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito*”⁵.

Historicamente, o poder de polícia teve início na Idade Média, quando o príncipe feudal era detentor do “*jus polittiae*” e compunha o Estado de medidas essenciais para a manutenção da sociedade civil.⁶

Posteriormente, na Alemanha, ao final do século XV, a atividade estatal passou a ser dividida entre polícia e justiça. A polícia compreendia toda e qualquer legislação exarada pelo príncipe, até então considerado como chefe superior do Estado, que não tenha tido a ingerência de qualquer outro órgão. A justiça, por seu turno, compreendia as normas aplicadas pelos Tribunais que não podiam ser modificadas pelo monarca.⁷

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 663.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 664.

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 1154.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Ao longo dos anos, o direito de polícia praticado pelo príncipe foi experimentando moderações em seu conteúdo, até o momento que se reduziu à elaboração de normas que correspondiam à atividade propriamente administrativa.⁸

De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, o Estado de Polícia “*compreendia uma série de normas postas pelo príncipe e que se colocavam fora do alcance dos Tribunais*”.⁹

Mas foi somente com a introdução do Estado de Direito, momento em que houve a recepção da ideia de normas delimitadoras da organização do próprio Estado, é que a população passou a ter a percepção de que o poder do príncipe também estaria sujeito à legislação e ao controle de outros órgãos.

Ainda no contexto do Estado de Direito, o poder de polícia surgiu, em um primeiro aspecto, como uma polícia de segurança. Naquela época, a liberdade era um dos principais pilares da sociedade, razão pela qual a limitação estatal era medida excepcional que visava tão somente assegurar a ordem pública.¹⁰

Em um segundo momento, o poder de polícia passou a ser visto além do âmbito de uma polícia de segurança, à medida que englobou também questões de ordem econômica e social.¹¹

Atualmente, a atuação do poder de polícia envolve mais do que limitação da liberdade e da propriedade em prol do interesse coletivo, pois compreende de igual forma a interferência do poder público nos conflitos entre direitos e liberdades da população.¹²

Seu conceito moderno pode ser encontrado no âmbito do artigo 78 do Código Tributário Nacional. Confira-se o teor do texto legal:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

¹² ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 1155.

de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.¹³

Em resumo, o poder de polícia assume uma posição de harmonização do exercício de direitos, assumindo um mecanismo de frenagem, ou seja, reprimindo as atividades danosas para obter a compatibilidade desses direitos com o interesse público geral (bem-estar social).¹⁴

É justamente por meio desse instituto que a Administração Pública se resguarda de um dano social que pode vir a ser causado pela ação de um particular.

No atual momento, o poder de polícia pode ser verificado, em um de seus aspectos práticos, dentro do Código de Obras e Edificações do Distrito Federal, tema inclusive a ser abordado no próximo capítulo.

3 COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 133 DO CÓDIGO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES DO DISTRITO FEDERAL

O Código de Obras e Edificações do Distrito Federal é a legislação responsável para regular obras e edificações públicas e particulares no âmbito de todo território distrital, além de disciplinar procedimentos de controle urbano, licenciamento e fiscalização, conforme estabelece seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º O Código de Obras e Edificações - COE é o instrumento fundamental e básico que regula obras e edificações públicas e particulares em todo o território do Distrito Federal e disciplina procedimentos de controle urbano, licenciamento e fiscalização.¹⁵

Esse normativo estabelece que cabe ao órgão de fiscalização aplicar as sanções relativas às infrações especificadas naquela lei. Veja-se:

Art. 13. Compete ao órgão de fiscalização de atividades urbanas no exercício do seu poder de polícia administrativa:

I - fiscalizar:

- a) as obras, mesmo as que estejam paralisadas ou abandonadas;

¹³ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Art. 78.

¹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, p.1153.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 1º.

- b) as edificações não licenciadas;
 - c) as edificações abandonadas ou que apresentem risco iminente; II - solicitar a documentação do licenciamento de obras;
 - III - realizar vistorias ou auditorias;
 - IV - comparecer à obra ou à edificação quando solicitado pelo proprietário;
 - V - verificar o cumprimento do Plano de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil;
 - VI - solicitar a realização de perícias técnicas em obras e edificações em caso de suspeita de risco iminente;
 - VII - acionar o órgão de coordenação do sistema de defesa civil quando tome conhecimento da manifestação de fenômeno natural ou induzido que coloque em risco a vida ou o patrimônio;
 - VIII - monitorar o cumprimento do embargo ou da interdição;
 - IX - comunicar à autoridade policial o descumprimento do embargo e da interdição; X - aplicar as sanções relativas às infrações especificadas nesta Lei.
- Parágrafo único. Cabe ao órgão de fiscalização requisitar apoio policial, quando necessário.¹⁶

De acordo com o que indica o artigo 13, inciso I, alínea “b”, da referida legislação, uma das possíveis atribuições competentes ao órgão fiscalizador das atividades urbanas (atual Secretaria da Proteção da Ordem Urbanística do Distrito Federal – DF Legal) é a fiscalização das edificações não licenciadas.

A possibilidade de fiscalização ocorre como consequência do poder de polícia conferido à Administração Pública no exercício legal de suas atribuições.

A ação de executar obras ou manter edificações não licenciadas em área pública, as ditas “irregulares”, é considerada como infração gravíssima. É o que determina o artigo 123, §4º, inciso II do Código de Obras e Edificações do Distrito Federal, vejamos:

Art. 123. As infrações classificam-se, para efeitos de multa, em leves, médias, graves e gravíssimas.

§ 4º São infrações gravíssimas:

¹⁶ BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 13.

II - executar obras ou manter edificações não passíveis de regularização, localizadas em área pública;¹⁷

Assim, a medida cabível e imposta pelo código para penalizar tal circunstância é a intimação demolitória. Nesse caso, o infrator é intimado para proceder à demolição em prazo não superior a 30 dias, consoante determina o artigo 133 da supracitada legislação:

Art. 133. A intimação demolitória é imposta quando se trate de obra ou edificação não passível de regularização.
 § 1º O infrator é intimado a efetuar a demolição no prazo de até 30 dias.
 §2º (VETADO).
 §3º (VETADO).
 §4º Em obras iniciais ou em desenvolvimento em área pública, cabe ação de demolição imediata pelo órgão de fiscalização de atividades urbanas.¹⁸

Ocorre que, nos casos em que a área for pública e a obra for inicial ou estiver em desenvolvimento, o §4º do referido artigo confere a possibilidade de que a demolição seja realizada de forma imediata pelo órgão fiscalizador, sem a necessidade de intimação demolitória prévia.

A antiga redação dada ao mencionado artigo 133 (Lei n. 2.105/1998 – Antigo Código de Obras e Edificações do Distrito Federal), por sua vez, previa que caberia ação demolitória imediata por parte do órgão fiscalizador caso a construção se localizasse em área pública. Confira-se:

Art. 178. A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.
 § 1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata.¹⁹

Veja-se que a nova redação se manteve similar à anterior, contudo, restringiu a atuação do órgão fiscalizador aos casos de obra inicial ou em desenvolvimento.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 123, §4º, inciso II.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 133.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 2.108, de 08 de outubro de 1998. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 178.

Isto é, as obras que já estão concluídas não podem ser demolidas imediatamente e seguem o rito dos demais casos em que a área é particular: a intimação demolitória é realizada e a parte tem o prazo de 30 dias para promovê-la.

A análise crítica contida nesse artigo segue justamente no sentido de que a manifestada modificação legislativa possibilita certa mitigação do poder de polícia desenvolvido pela Secretaria da Ordem Urbanística do Distrito Federal, considerando-se que esta retira da Administração a viabilidade de aplicação imediata do instituto da demolição.

A possibilidade de demolição de um imóvel que está fora das exigências legais se enquadra dentre as possíveis atribuições administrativas no âmbito do poder de polícia, porquanto a Administração evita um dano social – aqui entendido como o desrespeito à ordem urbanística – em prol da coletividade.

Conforme já esclarecido, a atuação administrativa não se comporta como limitadora do direito de edificar, mas busca compatibilizar esse direito com as diretrizes urbanísticas previstas no Distrito Federal, através da efetiva fiscalização realizada por intermédio do poder de polícia.

Como bem se sabe, o poder de polícia urbanístico não é meramente uma faculdade da Administração, mas enquadra-se também como um dever, a fim de que os direitos individuais convivam harmoniosamente com a necessidade de preservar interesses coletivos, como o do desenvolvimento sustentável da cidade.

Uma das possíveis interpretações a ser feita é a de que o novo texto legal retira da Administração Pública a viabilidade de punição daqueles casos que encontram-se em situação similar e desafiam o poder de fiscalização do ente público há ainda mais tempo.

Este é um ponto que chama a atenção inclusive pelo viés do princípio da igualdade, tantas vezes referido no Direito Administrativo Brasileiro, na medida em que possibilita que duas pessoas que estão diante de uma mesma situação fática (edificaram em área pública sem licenciamento) recebam tratamento diverso do Poder Público.

Em um dos casos seria possível proceder-se à demolição imediata – naqueles em que a obra encontra-se ainda em estágio inicial – e no outro seria necessário intimar o infrator para que ele mesmo realize a demolição em prazo não superior a 30 dias.

Logo, é possível verificar que o legislador não se atentou a tal ponto e acabou por retirar um dos grandes atributos dos atos administrativos: sua autoexecutoriedade, considerando-se que “*o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário*”²⁰.

Nesse sentido, outra problemática que merece ser destacada no presente trabalho diz respeito à interpretação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, mais precisamente da Vara do Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, sobre a necessidade de ajuizamento de ação de demolição para que se dê efetividade ao disposto no artigo 133 da legislação em comento.

Veja-se, como exemplo, a sentença proferida nos autos da ação ordinária nº 0029240- 52.2016.8.07.0018. Naquela ocasião, a referida sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para proibir os atos demolitórios do imóvel objeto da lide sem a observância da prévia intimação demolitória e da ação judicial respectiva. Confira-se sua fundamentação:

Não há prova de que a edificação que o autor pretende eximir da ação fiscalizadora da ré tenha sido licenciada ou tenha recebido carta de habite-se, ou seja, trata-se de construção clandestina.

Tampouco há qualquer documento válido e eficaz conferindo o direito de ocupação do imóvel onde a construção fora erguida. Cessão de Direitos não é apta a comprovar a propriedade real imobiliária – no direito brasileiro, tal prova se faz pela certidão do registro mobiliário. As cessões de direitos apresentadas nos autos não possuem qualquer validade ou eficácia para a transmissão de qualquer direito sobre o imóvel sabidamente público, muito menos para alterar sua composição física, com construções não licenciadas – ou seja, são inidôneas tanto para legitimar o assenhoramento do bem público como a construção erguida à margem da lei.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanillo. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense

O ordenamento jurídico condiciona o direito de construir ao prévio licenciamento administrativo. Trata-se de exigência comezinha em qualquer cidade, posto que tal exigência não decorre de capricho do legislador, mas de determinantes relacionadas à segurança, salubridade e viabilidade das construções, respeito à ordem urbanística e ambiental, dentre outros interesses. A dispensa do licenciamento e acompanhamento das construções pelas autoridades administrativas competentes é ato extremamente temerário, que no limite põe em risco a vida não só dos que trabalham nas construções clandestinas, como também nos que se dispõem a residir nas edificações erguidas deste modo.

É bem verdade que o anterior Código de Obras e Edificações do Distrito Federal (COE/DF), consolidado na Lei Distrital 2105/98, previa a possibilidade de demolição imediata das obras erguidas clandestinamente em imóvel público, como a que é tratada neste feito.

Entretanto, não se pode desconsiderar o advento de novo Código de Obras e Edificações, instituído na Lei Distrital n. 6138/18. Na atual regência do poder de polícia sobre as construções, o Legislativo local, por certo considerando de pouca relevância o problema da grilagem e do crescimento desordenado da mancha urbana no Distrito Federal, impôs maiores limitações ao poder de polícia da Administração. Com efeito, em que pese remanescer a exigência legal de licenciamento prévio para qualquer obra, no art. 50, parágrafo único do novo COE, a possibilidade de ação demolitória imediata agora passa a se limitar às “obras iniciais ou em desenvolvimento em área pública”, conforme prevê o art. 133, § 4º, do mesmo estatuto legal. Nos demais casos, o infrator deverá ser previamente intimado a promover, por sua própria conta, a demolição da edificação ilícita.

É certo que não há qualquer dúvida de que a edificação mencionada nos autos é ilegal, pois erguida sem autorização em imóvel público. Como tal, sujeita-se, sim, à ação fiscalizatória do Estado. Contudo, como ao que tudo indica a edificação já fora concluída (ou seja, não é obra em fase inicial ou de desenvolvimento) tal ação fiscalizatória não pode importar na demolição imediata, mas só na mera intimação demolitória que, se descumprida, gera para a Administração apenas a possibilidade de promoção de ação judicial demolitória, pois que, repita-se, a nova lei autoriza a demolição imediata pela Administração apenas e tão-somente na hipótese excepcional do art. 133, § 4º, acima referida.

Tal como formulada, a pretensão do autor de obter completa blindagem contra todo e qualquer ato de fiscalização edilícia é manifestamente improcedente, pois importaria no estabelecimento de privilégio contra a lei, o que violaria o princípio da legalidade e da impessoalidade. Contudo, a interpretação do pedido permite sua modulação, para o reconhecimento da procedência parcial, de modo a se adequar

a ação fiscalizatória ao modelo procedimental legal oriundo da nova regulamentação em vigor.

Anote-se que, em se tratando de regra atinente a processo administrativo, a nova lei tem incidência imediata, ou seja, o tema rege-se pela Lei Distrital n. 6138/18 desde a sua entrada em vigor.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para **proibir os atos de demolição da construção ilegal localizada no Condomínio Estância Quintas da Alvorada, Quadra 02, Conjunto 16, Lote 13, DF-001, Km 1,5, Rodovia Contorno, Paranoá, sem a observância da prévia intimação demolitória e promoção da ação judicial respectiva**. Trocando em miúdos, a demolição da edificação manifestamente ilícita erguida em imóvel alheio deverá ser precedida da intimação demolitória e ação judicial demolitória. Considerada a sucumbência recíproca, cada parte pagará honorários ao advogado do adversário, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais). Custas, pro-rata.²¹

Note-se que na visão do douto magistrado, como em tantos outros casos semelhantes, a ação fiscalizatória não pode importar na demolição imediata, por se tratar de obra já concluída, nos termos do que determina o artigo 133 do Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. O descumprimento da intimação demolitória geraria à Administração Pública tão somente a possibilidade de promoção de ação judicial demolitória.

O que ocorre é mais um retrato da mitigação do poder de polícia, na medida em que um ato que caberia estritamente ao Poder Executivo, eis que depende de uma ampla avaliação do administrador dentro dos critérios ambientais e urbanísticos da área em questão, passa a ser apreciado pelo Poder Judiciário, que não tem a competência originária para tanto.

Como é cediço, ao Poder Judiciário compete o controle estrito da legalidade do ato, que no presente caso foi fundado no poder de polícia, devendo imiscuir-se de examinar os critérios de discricionariedade (conveniência e oportunidade) que cabem exclusivamente ao administrador.

Portanto, a conclusão lógica a que se chega é que a nova redação dada ao artigo 133 do Código de Obras e Edificações do Distrito Federal e a interpretação

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal. Ação ordinária nº 0029240-52.2016.8.07.0018. DJe 24/06/2019.

feita pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios tem enfraquecido o poder de polícia que originariamente foi atribuído ao poder executivo, ao passo que retira da administração o aspecto da autoexecutoriedade de seus atos administrativos e condiciona sua execução – entenda-se aqui a realização da demolição – à promoção de ação judicial, diametralmente o oposto do que deveria ocorrer.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes alterações legislativas promovidas no Código de Obras e Edificações do Distrito Federal modificaram a efetividade prática dos atos fiscalizatórios promovidos pela Administração Pública na conjuntura do Distrito Federal.

A antiga redação possibilitava que a Administração realizasse a demolição imediata das edificações irregulares (sem licenciamento) localizadas em área pública. A nova redação, por sua vez, restringiu a possibilidade de demolição imediata somente aos casos em que a edificação esteja em fase inicial ou em desenvolvimento.

Este fato somado à nova interpretação do Tribunal de Justiça e dos Territórios quanto à necessidade de ajuizamento de ação judicial para que se proceda à demolição, remontam ao enfraquecimento da atuação fiscalizatória da Secretaria de Proteção da Ordem Urbanística do Distrito Federal (“DF Legal”) em dois aspectos: o primeiro porque retira da Administração Pública a possibilidade de execução imediata de um ato que deveria ser cabível dentro da mesma situação fática; o segundo porque condiciona a prática de uma função originariamente atribuída ao Poder Executivo ao Poder Judiciário.

Isso demonstra certa contradição, na medida em que um dos atributos inerentes aos atos administrativos, que é a autoexecutoriedade, foi suprimido da prática com a alteração legislativa.

Assim, é possível ponderar que tal modificação, ainda que tenha sido praticada com o intuito de possivelmente preservar os direitos à moradia e à

dignidade da pessoa humana, acabou por mitigar o poder de polícia do órgão fiscalizador.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva

BRASIL. Lei n. 2.108, de 08 de outubro de 1998. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 178.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Art. 78

BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 1º.

BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 13.

BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 123, §4º, inciso II.

BRASIL. Lei n. 6.138, de 26 de abril de 2018. Institui o Código de Obras e Edificações do Distrito Federal. Art. 133.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal. Ação ordinária nº 0029240- 52.2016.8.07.0018. DJe 24/06/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros

ESTADO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA: APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL PREVISTO NO DECRETO Nº 20.910/1932 ÀS EMPRESAS PÚBLICAS

Augusto Rolim da Silva Neto¹

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade avaliar as garantias dos administrados à luz do princípio da segurança jurídica, que confere estabilidade às situações jurídicas plenamente constituídas, e do Estado de Direito, no qual é impossível dissociar tais garantias na gestão pública. Para tanto, buscou-se na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores na forma de aplicação das regras de Direito Público às empresas estatais, especial quanto à incidência do prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Nesse contexto, busca-se avaliar quais as implicações do referido princípio em sintonia com o instituto da prescrição, restando demonstrado que o transcurso do tempo pode convalidar situações eivadas de ilegalidade, com vistas à observância da proteção da confiança dos administrados.

Palavras-chave: Estado de Direito. Prescrição quinquenal. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this study is to evaluate the guarantees of the administrators in the light of the principle of legal certainty, which gives stability to fully constituted legal situations, and the rule of law, in which it is impossible to dissociate such guarantees in public management. To this end, we sought the doctrine and jurisprudence of the higher courts in the form of application of the rules of Public Law to state-owned companies, especially regarding the incidence of the statute of limitations provided for in art. 1st of Decree nº 20.910 / 1932. In this context, we seek to assess what the implications of the said principle are in line with the prescription institute, showing that the passage of time can validate situations riddled with illegality, with a view to observing the protection of the confidence of the administrators.

Keywords: Rule of Law. Legal Security. Five-year Prescription.

¹ Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UnICEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Processo nos Tribunais Superiores, sob orientação do Prof. Dr. José Eduardo Martins Cardozo

1 INTRODUÇÃO

Tem-se verificado o entendimento de alguns juízes federais acerca de tema antigo, mas que persiste em interpretar equivocadamente dispositivos constitucionais em desfavor dos direitos dos administrados dentro do arcabouço de diretrizes específicas do Estado de Direito.

O Estado de Direito, na configuração que conhecemos hoje sofreu um processo evolutivo cujas raízes remontam a um Estado nos quais as prerrogativas dos administrados eram ignoradas. Diante disso, o presente estudo terá por objetivo a análise do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 sob a ótica dos direitos conferidos aos particulares no referido processo de desenvolvimento do Direito Público.

Para tanto, antes de se ingressar especificamente na análise do referido dispositivo normativo, é importante construir um marco teórico referencial para o mais completo entendimento da matéria em discussão, mediante considerações acerca da noção de segurança jurídica e de Estado de Direito.

Também para alcançar os objetivos propostos, avaliar-se-á a problemática do transcurso do prazo em contraposição à validade dos atos administrativos a partir de uma ótica específica do Direito Administrativo. Assim, procedeu-se ao exame da mencionada questão a partir de pesquisas bibliográficas e de jurisprudência que consolidam e aplicam as noções que serão aqui tratadas.

O presente trabalho foi estruturado inicialmente nas noções preliminares de segurança jurídica e de que forma esse parâmetro se relaciona com as normas do Direito Administrativo. Na seção seguinte, explicitou-se qual o prazo prescricional aplicável às instituições que compõem o Poder Público e de que forma seria, em tese, possível abranger as empresas estatais, ainda que estas se personalizem sob a forma de Direito Privado. Na última seção, foram apresentados os resultados do presente estudo.

2 SEGURANÇA JURÍDICA E DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1 A segurança jurídica como princípio basilar do Direito Administrativo

De início, é importante tecer algumas considerações acerca do princípio da segurança jurídica como ordenador da atuação estatal, dado que se pretende correlacionar o mencionado princípio ao Estado de Direito para, depois, demonstrar como isso se revela na aplicação do instituto da prescrição.

O ordenamento jurídico de uma determinada sociedade consiste em um conjunto de normas que devem ser observadas na atuação dos particulares (em se tratando do Direito Privado) e do próprio Estado (em se tratando do Direito Público). Em relação às normas orientativas da atuação estatal, é preciso ter em vista que a relação de poder que lhe é assegurado impõe que ele seja exercido dentro de determinados limites. Assim, o princípio da segurança jurídica exerce fundamental papel no traço delimitativo do poder do Estado, conferindo aos particulares a previsibilidade de situações jurídicas concretas por ele analisadas. (MELLO, 2015, p. 90).

Como um dos maiores pilares do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica é visto, de acordo com os ensinamentos do professor J. J. Canotilho (1993, p. 375), sob duas óticas: I) Objetiva: segundo a qual o referido princípio dá estabilidade à ordem jurídica, à paz jurídico-social e às situações jurídicas e II) Subjetiva: no sentido de legitimar a relação de confiança na manutenção das situações jurídicas.

Ou seja, sob ambas as perspectivas apresentadas sobre o princípio da segurança jurídica, verifica-se que além de conferir previsibilidade às situações, perpetua a relação de confiança estabelecida entre os administrados e a Administração Pública. Assim, o princípio da proteção à confiança deve ser lido como uma decorrência do aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, tal como assinala Giovanni Bigolin:

Partindo-se da noção de princípio da segurança jurídica como um subprincípio maior do Estado de Direito (ao lado e do mesmo nível hierárquico de outro subprincípio do Estado de

Direito, que é o da legalidade), pose-se, como visto alhures, demarcar o princípio em dois aspectos:

1. Natureza objetiva, que envolve os limites à retroatividade dos atos do Estado, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.
2. Natureza subjetiva, concernente à proteção à confiança das pessoas diante dos procedimentos e das condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Dessa forma, quando se fala no instituto da *prescrição*, deve-se pensar no princípio da segurança jurídica sob o duplo sentido que guarda a expressão, o que não significa que o Direito Administrativo é imutável, mas somente que ele deve ser minimamente previsível em relação aos administrados, de tal modo que sejam afastadas decisões-surpresa em relação a situações plenamente constituídas no tempo. Nesse sentido, assevera Rafael Valim (2013, p. 65):

Contudo, a segurança jurídica não é sinônimo e imutabilidade do Direito e desde já é preciso prescrever definitivamente certas visões maniqueístas que, amiúde motivadas por interesses políticos, tende a perverter o exame da questão. É um dado que o Direito se modifica constantemente, a fim de acompanhar a cambiante realidade a que preordena a disciplinar. Porém, como veremos adiante, não é contra isso que se volta a segurança jurídica, o que conduziria, aliás, e a todas as luzes, uma luta vã, contraproducente e feições quixotescas. O que combate a segurança jurídica são as mudanças normativas inopinadas e traumáticas, a mutabilidade das situações subjetivas constituídas sob o pálio de leis revogadas, a desmedida e degenerada produção normativa, a supressão da confiança legítima, entre outros fatores que agravam a conatural situação de insegurança do indivíduo.

Isso quer dizer que, em resposta à natural mutabilidade dos acontecimentos, deve ser assegurado ao particular elementos que possibilitem o mínimo de confiança e previsibilidade na atuação estatal, dentro do arcabouço fático- normativo que orienta a Administração Pública.

Inobstante a inexistência de norma constitucional que assegure expressamente o princípio da segurança jurídica, o seu fundamento e validade decorre de uma previsão implícita da Constituição, consubstanciada na formulação dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito definidos no art. 1º da Carta Magna (OLIVEIRA, 2013, p. 169).

Deve ficar claro que a mera inexistência de previsão expressa do referido princípio na Constituição não é motivo que deve levar a Administração Pública a ignorar o seu mandamento. Tanto é que ele foi incorporado na ordem jurídica vigente na legislação que regulamenta os processos administrativos no âmbito federal, conforme se verifica do art. 2º da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999):

Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ora, o Direito é um instrumento que tem por finalidade delimitar objetivamente as condutas observadas dentro de uma organização social, sendo, por isso, indissociável a noção de segurança jurídica, tal como leciona a doutrina de Geraldo Ataliba (2011, pp. 180-181):

O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. É ele que assegura a governantes e governados recíprocos direitos e deveres, tornando a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam.

Nesse contexto, depreende-se que a segurança jurídica é um dos instrumentos criados para limitar o exercício do poder pelas instituições públicas, neutralizando-se o uso arbitrário, abusivo e imprevisível do poder conferido legitimamente pelo povo.

Por derradeiro, é evidente que a segurança jurídica exerce um papel de norma-princípio, pois sedimenta a ideia de ser uma diretriz obrigatoriamente prevista na atuação da Administração Pública, ainda que a sua definição não seja facilmente definível. Acerca da força normativa dos princípios, afirma Heleno Torres (2019, pp. 572-574):

Princípios são normas jurídicas, ainda que, na maioria dos casos, normas desprovidas de modalização deontica completa (obrigatório, permitido ou proibido), daí a qualificação de “normas lato sensu de direito positivo”, na medida em que se integram a todas as regras do sistema, sejam estas regras de conduta ou de estrutura.

Sendo assim, é absolutamente inadmissível a negação aos princípios com *status* normativo, tal como se afigura com a segurança jurídica, sendo forçoso destacar a normatividade dos princípios como instrumento de legitimação e

concretização dos mandamentos constitucionais (BACELLAR FILHO, 2010, p. 296).

Também com base nesse pressuposto é que não se pode dissociar o mencionado princípio com as bases que formam o Estado de Direito, sob pena de se malferirem os pressupostos de validade da ordem normativa vigente.

2.2 A relação entre estado de direito e segurança jurídica

Como visto, os institutos da segurança jurídica e do Estado de Direito andam juntos na orientação e interpretação das normas de Direito Público, uma vez que o referido princípio está enraizado no próprio contexto de garantia do exercício do poder em monopólio estatal dentro de limites legitimamente determinados.

Segundo as lições do administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2018, p. 107), a legitimação do Estado do Direito pode ocorrer por intermédio do consenso ou através de uma anuência formal, ativa e induzida, denominando-se de primária, no primeiro caso, e derivada, no segundo. Inobstante configurarem fases distintas, ambas objetivam promover a segurança e estabilidade na vida social.

Para entender as considerações acerca do princípio da segurança jurídica, é preciso compreender o contexto histórico no qual está inserida a origem do Estado de Direito. O regime absolutista dos Estados Modernos, compreendidos entre os séculos XVIII e XIX, evidencia a existência de elementos notoriamente distintos a ambas as configurações da organização administrativa. De acordo com o professor Carlos Ari Sundfeld (2011, pp. 34-35),

Tentando sintetizar as normas que então disciplinavam o exercício do poder político, podemos indicar as seguintes:

- a) O Estado, sendo o criador da ordem jurídica (isto é, sendo incumbido de fazer as normas), não se submetia a ela, dirigida apenas aos súditos. O Poder Público pairava sobre a ordem jurídica.
- b) O soberano, e, portanto, o Estado, era indemandável pelo indivíduo, não podendo este questionar, ante um tribunal, a validade ou não dos atos daquele. Parecia ilógico que o Estado julgasse a si mesmo ou que, sendo soberano, fosse submetido a algum controle externo.

- c) O Estado era irresponsável juridicamente: *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong*. Destarte, impossível seria exigir ressarcimento por algum dano causado por autoridade pública.
- d) O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. [...]
- e) Dentro do Estado, todos os poderes estavam centralizados nas mãos do soberano, a quem cabia editar as leis, julgar os conflitos e administrar os negócios públicos. Os funcionários só exerciam poder por delegação do soberano, que jamais o alienava.

Com isso, verifica-se que o Estado sob a configuração absolutista, em que o poder se concentra nas mãos do soberano, diante da máxima *Je suis la Loi, Je suis l'Etat; l'Etat c'est moi*², não possuía parâmetros limitativos, uma vez que era inquestionável e ilimitado. De antemão, a partir dessa premissa, é possível identificar que a segurança jurídica era, no mínimo, questionável quanto à sua existência no contexto histórico da época em que vigia o Estado Absolutista.

Em sequência, a gênese do que viria a ser conhecido como Estado de Direito, sofreu um processo de evolução a partir da concepção da teoria da separação dos poderes (BOBBIO, 2007, p. 99), por Montesquieu. De acordo com o filósofo e autor francês, o Estado possui três tipos de poderes distintos que se complementam, o que mais tarde deu configuração à nossa atual divisão de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do estado.

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que esta tenha liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. (MONTESQUIEU, 2000, p. 169).

É possível sintetizar o entendimento acima que a estabilidade e manutenção da paz social somente é possível se o poder se encontra diluído nas diferentes

² Frase atribuída ao Rei-Sol, Luís XIV, em setembro de 1655.

funções do Estado, de tal modo que se imponha o exercício desse poder por diferentes pessoas. Nesse sentido, prossegue Montesquieu (2000, p. 169) ao afirmar que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes ou as querelas entre os particulares.

Na relação vertical estabelecida entre a Administração Pública e os administrados, o princípio da segurança jurídica, dentro do Estado de Direito, possui especial relevância, já que, repita-se, funciona como limitador da atuação estatal em todos os segmentos do poder. Isso porque, impende salientar que a função administrativa não é exercida somente pelo Poder Executivo, mas também pelo Legislativo e Judiciário, ainda que em menor grau (JUSTEN FILHO, 2016, p. 39).

Veja-se, portanto, que o Estado de Direito possui elementos que o definem dos demais modelos de organização estatal, sendo a separação de poderes e a limitação do poder impostas por meio de uma norma superior que, simultaneamente, define a estrutura do Estado e dá garantia aos direitos dos administrados. A essa norma superior que limita a atuação do Estado, chamamos de Constituição (SUNDFELD, 2011, p. 38).

A disputa recorrentemente travada entre interesses público e privado, aliada ao fortalecimento do Estado são fatores que contribuem para o agravamento do risco de um regime autoritário de governo. Sob esse enfoque, salienta Floriano de Azevedo Marques Neto (2015, p. 388):

Ligando os dois aspectos – a absolutez da supremacia e a indeterminação do interesse público –, teremos uma fórmula temerária por meio da qual se confere um peso abissal à autoridade e uma grande vulnerabilidade aos direitos individuais que se ponham em cotejo.

Em decorrência dessa função duplamente exercida pela Constituição – de limitação da atuação estatal e de proteção às garantias fundamentais – é que se extrai a legitimidade do Estado de Direito. Nesse sentido, afirma Bobbio (2007, p. 100):

Costuma-se chamar de “constitucionalismo” à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais como também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou grupos.

É sob esse contexto que as relações estabelecidas entre Estado e administrados devem se escorar, sopesando-se em paridade de forças o exercício do poder e o uso dos direitos fundamentais dos particulares. Afinal, o Estado não é o titular do poder, mas o representante do verdadeiro dono do poder político que, conforme acertadamente afirma Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 109), é o povo.

Isso quer dizer que a legitimidade do povo é elemento absolutamente indispensável ao exercício do poder político pela Administração de um Estado concebido como de Direito (SCHIMIDT-ASSMAN, 2003, p. 101), o que torna evidente o necessário respeito à garantia dos direitos fundamentais.

Portanto, é essencial que se tenha em relevo essa noção de dialeticidade que o Estado de Direito impõe em sintonia com o princípio da segurança jurídica. É em função dessa dialeticidade que se insere a necessária observância dos instrumentos e mecanismos limitadores da atuação estatal.

2.3 Concretização do princípio da segurança jurídica no estado de direito

Originariamente, o Direito Administrativo nasceu com a noção enraizada do amparo da Administração Pública na concepção de indisponibilidade e supremacia do interesse público, por vezes equivocadamente utilizados com a aparência de instrumentos formais do exercício autoritário do poder político.

De acordo com o professor Romeu Felipe Bacellar Filho (2010, p. 292),

Diga-se, todavia, que, embora precursora de significativas alterações, a Carta sempre esteve longe de alcançar a sua total concretização. É certo, porém, que a disciplina constitucional administrativa, tal como estabelecida pela Lei Fundamental, trouxe, por certo, novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um “direito administrativo autoritário”, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias, integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Parece ser inquestionável, também, que afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador Público brasileiro atuou, por muito tempo, coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público.

Isto é, não é cabível subverter o princípio da segurança jurídica para fazer prevalecer a supremacia do interesse público. O sistema jurídico é uno e deve ser lido em sintonia com o conjunto de normas que ocupam a ordem vigente, devendo haver sempre o juízo de ponderação por parte do gestor público na análise de situações concretas (SCHIMIDT-ASSMAN, 2003, pp. 163-164).

Ora, os interesses privados não podem ser completamente negados para privilegiar o interesse público, sendo do Direito o papel de exercer a ponderação entre o poder conferido à autoridade e a liberdade dos indivíduos (GORDILLO, 1977, p. 50). Do mesmo modo, cabe aos administrados a noção de superioridade do interesse público em face de seus interesses privados. Isso não permite, todavia, que os agentes públicos façam uso do interesse público como se privados fossem, servindo como carta branca para a prática de arbitrariedades, sem a devida aplicação dos limites impostos pelo Estado de Direito.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 102) distingue o interesse público em duas categorias: I) Primário: É o interesse resultante dos termos da lei, que confere ao Estado o poder de representação do corpo social; e II) Secundário: É aquele que abrange não só os interesses do Estado enquanto entidade personalizada, mas também aquele interesse se que deve perseguir caso seja compatível com o interesse público primário.

Ou seja, enquanto o chamado interesse público primário estaria fundado, axiologicamente, na justiça, no bem-estar social e na segurança, o interesse público secundário seria resultante das vontades e interesses das pessoas jurídicas criadas

pelo Estado. Em outras palavras, verifica-se que o interesse público exerce um papel duplamente qualificado de justificação e de legitimação da atuação administrativa.

É importante não perder de vista o binômico certeza-estabilidade prestigiado pelo princípio da segurança jurídica no Estado de Direito, que conferiu à nossa Constituição, por exemplo, os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da prescrição (VALIM, 2013, p. 75).

Quanto aos riscos da arbitrariedade do Estado de Direito em caso de inobservância do princípio da segurança jurídica, bem alerta Irene Patrícia Nohara (2018, pp. 111-112):

Seria aterradora a imprevisibilidade de um ordenamento jurídico que adotasse indiscriminadamente a retroatividade legal, pois as pessoas não poderiam antever com os dados do presente as consequências futuras dos seus comportamentos.

[...]

Ademais, o ato jurídico perfeito, que é aquele consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetivou, e o direito adquirido, considerado com o já incorporado ao patrimônio público de alguém, livram os indivíduos de abalos repentinos ou de surpresas desconcertantes, garantindo a estabilidade para as situações destarte constituídas. A coisa julgada, principalmente a jurisdicional, estabiliza uma situação já decidida e retira dos litigantes o fardo de uma eterna “espada de Dâmocles”, obviamente que, por muitas vezes, em detrimento de outros valores.

Com base nesse contexto, é preciso destacar que o instituto da convalidação dos atos administrativos, criado sob a égide do princípio da autotutela administrativa, foi criado justamente para contrapor a invalidação dos atos administrativos (FURTADO, 2013, p. 239). A esse respeito, o procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado (2016, p. 124), afirma que essa prerrogativa não pode ser utilizada de forma indiscriminada, sob pena de se configurar violação a direitos garantidos aos administrados por aplicação do princípio da segurança jurídica:

Por mais contraditório que possa parecer, o princípio da segurança jurídica desdobra-se, ainda, no sentido de conter ou limitar a aplicação do princípio da legalidade administrativa, sobretudo em relação à possibilidade de a Administração Pública anular os atos ilegais que tenham, todavia, gerado

benefícios favoráveis a terceiros, de modo a preservar a confiança nela depositada pelos administrados.

A concretização do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo, nesses casos, ganha especial destaque quando se considera que dos atos administrativos nulos podem ser mantidos seus efeitos. Isso porque, os atos administrativos são dotados das prerrogativas de presunção de veracidade e executividade (JUSTEN FILHO, 2016, p. 287).

Por meio de tal princípio, portanto, se confere aos administrados o direito de serem respeitadas as situações jurídicas consolidadas de acordo com o tempo, não sendo admissível o afastamento dessa norma-princípio pela despicienda narrativa da ausência de previsão constitucional ou da origem autoritária na qual surgiu o interesse público. A bem da verdade, basta verificar que o cenário jurídico brasileiro passou por forte transformação a partir da primeira década do século XX, assegurando, por exemplo, o princípio da proteção confiança (com evidentes raízes

na segurança jurídica) pelos tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, que assegurou traços delimitativos à atuação da Administração Pública (COUTO E SILVA, 2015, p. 97).

3 A PRESCRIÇÃO PREVISTA NO DECRETO Nº 20.910/1932

3.1 Regime jurídico das empresas públicas

A organização administrativa possibilita ao Estado que preste atividades por si ou por meio da criação de pessoas para desempenhar serviços dos quais é titular, podendo dotar esses entes com personalidade de Direito Público ou de Direito Privado (MELLO, 2015, p. 143).

Esse é o fenômeno conhecido como descentralização administrativa, cuja matéria não será abordada neste artigo de maneira direta. O que interessa na análise que se propõe na presente narrativa é o regime jurídico dessas entidades criadas pelo Poder Público como pessoas jurídicas de Direito Privado, na qual se incluem todas as empresas estatais, e como se dá a oponibilidade do prazo prescricional previsto para a Fazenda em relação a elas. Tampouco faz parte do presente estudo desenvolver

considerações acerca dos elementos que distinguem as empresas estatais, uma vez que se delimitou a presente análise às empresas públicas.

Feita a limitação do objeto deste artigo, é preciso passar a discorrer acerca das peculiaridades que circundam o regime jurídico das empresas públicas e como isso pode influenciar na aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932³. Segundo o Procurador Federal do Rio de Janeiro, Lucio Picanço Facci (2010, p. 338), o prazo prescricional previsto na referida norma se aplica aos interesses da Administração Pública como um todo.

Não há dúvidas de que o referido dispositivo é aplicável à Fazenda Pública. A dúvida que emerge é se às empresas públicas de regime jurídico de Direito Privado se aplica o mesmo prazo de prescrição quinquenal, de tal modo que se possa equiparar tais entidades à Fazenda Pública. Isso porque, de acordo com o art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988,

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.

§ 1º 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, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Tem-se verificado um equívoco interpretativo da norma alhures a respeito da incidência de normas de Direito Público às empresas públicas como um todo, sob a despidianda narrativa de que, por serem dotadas de personalidade de Direito Privado, não seriam incidentes as regras aplicáveis ao Estado. Sobre isso, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 199):

É preciso, pois, aturado precatório para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico

³ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

Veja-se, é inapropriado assumir que as empresas estatais estão imunes às regras limitativas da atuação estatal unicamente porque são dotadas de personalidade de Direito Privado. Afinal, é ainda mais evidente a necessária incidência de limitação à atuação do Estado quando se trata de empresas públicas nas quais a possibilidade de se deturpar o interesse público é ainda mais provável:

Limitações são normas próprias às empresas estatais, que impõem restrições à atuação empresarial do Estado. Elas decorrem da circunstância de as empresas serem controladas, direta ou indiretamente, por uma pessoa jurídica de direito público. Esta relação de controle por uma pessoa de direito público faz com que a empresa seja estatal, e assim sofra o influxo de normas incidentes sobre a administração pública. (PINTO, 2010, p. 46)

O que deve estar claro é que, independentemente do regime jurídico, fato é que as empresas públicas são verdadeiras extensões do Estado, inclusive, às vezes, dotando esses entes com prerrogativas de Direito Público (DI PIETRO, 2019, p. 85). Não é razoável nem adequado às boas práticas administrativas afastar regras inerentes à atuação estatal aos coadjuvantes do Estado unicamente em razão do regime jurídico administrativo, cuja expressão é utilizada tão somente para identificar os traços característicos de uma determinada empresa estatal.

Portanto, a mera análise do regime jurídico perante o qual está submetido a empresa pública não é suficiente para justificar a imunidade desta em relação às normas de Direito Público.

3.2 Classificação das empresas públicas

Como visto, é insuficiente determinar a inaplicabilidade das normas de Direito Público pela simples constatação do regime jurídico das empresas estatais. Antes de se traçar os elementos que dão azo a uma interpretação mais adequada, é preciso destacar que as empresas públicas se dividem em duas categorias que, a

dependem do caso, ensejam na aplicação de diferentes regras do Direito Administrativo.

Veja-se, por meio da organização administrativa, o Estado pode conferir atividades que definirão o escopo dos serviços prestados pelas empresas públicas, classificando-as em exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos. No caso das primeiras, o Estado realiza seu papel de fiscalização somente em caráter supletivo, já que a atividade pertence às empresas públicas. Por sua vez, no caso das prestadoras de serviços públicos, o Estado exerce um papel de coordenador das atividades desempenhadas, cuja natureza é de titularidade do próprio Estado (ARAGÃO, 2018, p. 179).

É importante destacar a natureza do objeto prestado por uma cada das empresas estatais porque isso influencia no grau de aproximação destas últimas com o Estado. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 203):

Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade.

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas - às quais cabe a senhoria no campo econômico, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º Q, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além será demonstrado.

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promove a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.

Assim, verifica-se que as normas de Direito Público são aplicáveis às empresas públicas prestadoras de serviço público, uma vez que elas funcionam como

o próprio Estado na execução de suas atividades, o que inclui o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.

Tanto é assim que se tem verificado na jurisprudência dos tribunais superiores a adoção desse entendimento. Foi assim, por exemplo, que concebeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao afirmar ser inaplicável a prescrição quinquenal somente quanto às empresas que explorem atividade econômica:

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (DEC. 20910/32) - EMPRESA PÚBLICA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - INAPLICABILIDADE (SUMULA N. 39)

- SUBMISSÃO DA EMPRESA PÚBLICA AS NORMAS DO DIREITO PRIVADO. I - A PRESCRIÇÃO DE PRAZO CURTO, CRIADA PELO DECRETO N. 20.910/32, NÃO BENEFICIA EMPRESA PÚBLICA, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU QUALQUER OUTRA ENTIDADE ESTATAL QUE EXPLORE ATIVIDADE ECONOMICA (SUMULA N. 39).

[...]

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 38601/SP**. Recorrente: Eletricidade de São Paulo S/A – ELETROPAULO. Recorrida: Companhia Cervejaria Brahma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília-DF, 02/05/1994. Diário da Justiça, 06/06/1994, p. 14237 RSTJ vol. 65 p. 399)

Portanto, a aplicação das normas públicas às empresas estatais deve observar, ainda, a natureza dos serviços prestados. Socorremo-nos, para respaldar essa afirmação, nas lições do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau (1986), a respeito das empresas estatais:

É que tais empresas, em verdade, são delegadas e não concessionárias de serviço público.

Da leitura do que dispõe o art. 175 do texto constitucional extraem-se algumas verificações.

Em primeiro lugar, concessionário do serviço está sujeito a regime determinado, que supõe a celebração de contrato, dotado de caráter especial. Vale dizer: a concessão supõe a adesão voluntária de um sujeito (o concessionário) à relação jurídica de concessão.

[...]

As empresas estatais, no entanto, não celebram nenhum “contrato de concessão” com o Estado; não manifestam adesão à situação de concessionárias: são constituídas visando à prestação do serviço. Ocupam a situação de prestadoras de

serviço público não em decorrência de manifestação de vontade própria, em aceitar a atribuição de capacidade para o exercício da atividade, porém em decorrência de imposição legal. Para tanto foram criadas como extensões do Estado.

[...]

São situações jurídicas inteiramente distintas pois, a do concessionário de serviço público e a da empresa estatal que tenha por objeto a sua prestação. Estas, ao contrário do que estive anteriormente a sustentar, são delegadas ao Estado, criadas no bojo do movimento de descentralização administrativa, para fim específico. É o próprio Estado, então, quem através de uma sua extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta os serviços.

Ou seja, algumas empresas públicas foram criadas e existem para prestar serviços públicos, cuja qualificação decorre da previsão Constitucional de distribuição de competências federativas. Isso ocorreu, por exemplo, com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) que, por prestar serviços públicos privativos da União (art. 21, X⁴), entendeu o STF por equipará-la à Fazenda Pública:

[...] a jurisprudência do STF se mostra consistente em outorgar aos Correios o regime jurídico de direito público, equiparando essa empresa pública à Fazenda, tendo em vista que se trata de pessoa jurídica que presta, com exclusividade, serviço público de competência da União, em situação de privilégio. Com efeito, se o serviço público fosse prestado diretamente pela União, gozaria de todos os privilégios inerentes à Fazenda, de modo que, tendo a União constituído pessoa jurídica para esse fim, é plausível que os respectivos privilégios lhe sejam estendidos. Afinal, os privilégios estão conectados ao serviço prestado – que é público – e não à entidade que o presta – seja ela pública ou privada.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 790059**. Recorrente: Massa Falida de Viação Aérea São Paulo S/A VASP. Recorrido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Brasília-DF, 03/11/2015, Diário de Justiça Eletrônico n. 042, 07-03-2016)

Portanto, é forçoso reconhecer que às empresas públicas prestadoras de serviços públicos devem ser aplicadas as regras de Direito Público, inclusive no tocante ao instituto da prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Do contrário, todas as vezes que o Poder Público atuasse por meio desses sujeitos, estariam postas em xeque as garantias dos administrados decorrentes

⁴ Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

do Estado de Direito, já que não seriam impostos o conjunto de restrições instauradas com o intuito de proteger seus interesses.

4 CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que a aplicação do prazo prescricional às empresas públicas não depende somente do regime jurídico perante o qual está submetida, mas da natureza dos serviços que, por sua vez, permite saber qual a configuração dada conferida pela Administração ao criá-la.

Isso decorre das diretrizes do Estado de Direito, no qual o princípio da segurança jurídica é instrumento balizador da atuação da Administração Pública, especialmente perante as decisões sobre situações jurídicas dos administrados.

Tal medida se revela em plena sintonia com a estrutura do Estado de Direito, no qual os direitos fundamentais devem ser assegurados, não sendo razoável permitir que a supremacia do interesse público se sobreponha aos interesses dos particulares, sob pena de serem proferidas decisões arbitrárias.

Verifica-se, com isso, que a aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 se estende às empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Isso porque, tais entidades funcionam como o próprio Estado, já que os serviços prestados são de titularidade dos próprios entes federativos.

Portanto, sob essa perspectiva puramente constitucional, constata-se que às empresas públicas prestadoras de serviço público devem ser aplicadas as regras e diretrizes impostas à Administração, de tal modo que se aplica o prazo de prescrição previsto para a Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ATALIBA, G. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACELLAR FILHO, R. F. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 291-293, 2010.

BOBBIO, N. (2007). Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política (14ª ed.). São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/DOUconstituicao88.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em 30 de maio de 2020. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 1 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 30 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 38601/SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 02/05/1994. Diário da Justiça, 06/06/1994, p. 14237 RSTJ vol. 65 p. 399. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=19930025171_6&dt_publicacao=06-06-1994&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 31 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 790059. Rel. Min. Rosa Weber. Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, Brasília-DF, 03/11/2015, Diário de Justiça Eletrônico n.º 042, 07-03-2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur343758/false>>. Acesso em 31 de maio de 2020.

CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COUTO E SILVA, A. d. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

DI PIETRO, M. S. Direito administrativo (32ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2019.
FACCI, L. P. Considerações sobre a Prescrição das Pretensões Deduzidas por Meio de Ações Cíveis Públicas. *Revista da EMERJ*, 13(50), 321-347, 2010.

FURTADO, L. R. Curso de Direito Administrativo (4ª ed.). Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, L. R. Princípios Gerais do Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- GORDILLO, A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRAU, E. R. Empresas estatais ou Estado empresário. Em C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo* (pp. 101-109). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES NETO, F. d. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. Em C. A. SUNDFELD, *Contratos Públicos e Direito Administrativo* (pp. 353-409). São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, C. *Curso de Direito Administrativo* (32ª ed.). São Paulo: Malheiros, 2015.
- MONTESQUIEU, C.-L. d. *O Espírito das Leis* (3ª ed.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA NETO, D. d. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- NOHARA, I. P. *Direito Administrativo* (8ª ed.). São Paulo: Atlas, 2018.
- OLIVEIRA, R. C. *Princípios do direito administrativo* (2ª ed.). São Paulo: Método, 2013. Acesso em 30 de maio de 2020, disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4939-6/cfi/5!/4/4@0.00:33.4>.
- PINTO, H. M. (2010). *Empresa estatal: modelo jurídico em crise? Dissertação de Mestrado*. São Paulo, São Paulo, 2010. Acesso em 30 de maio de 2020. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8969/1/Henrique%20Motta%20Pinto.pdf>
- SCHIMIDT-ASSMAN, E. *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2003.
- SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de Direito Público* (5ª ed.). São Paulo: Malheiros, 2011.
- TORRES, H. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica* (3ª ed.). São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- VALIM, R. R. *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

O PÚBLICO E O PRIVADO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Miguel Eyer Nogueira Barbosa¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir a relação entre o público e o privado no mundo contemporâneo. Para chegar a uma análise precisa do assunto, este artigo apresentará a evolução histórica do papel do Estado e da sua intervenção na economia, com a consequente construção teórica acerca da dicotomia entre o público e o privado. Em seguida, serão exploradas as mudanças ocorridas na relação destas duas esferas – público e privada – no mundo contemporâneo, de modo a demonstrar a importância de promover novos modelos de relação entre o Estado, o mercado e a sociedade civil.

Palavras-chave: Público. Privado. Contemporâneo.

ABSTRACT

This article aims to discuss the relationship between the public and the private spheres in the contemporary world. In order to reach a precise analysis of the subject, this article will present the historical evolution of the role of the State and its intervention in the economy, with the consequent theoretical construction of the dichotomy between the public and the private. Then, it proceeds to explore the changes occurred in the relationship of these two spheres – public and private – in the contemporary world, as it aims to demonstrate the importance of promoting new models of relationship between the State, the market and civil society.

Keywords: Public. Private. Contemporary.

1 INTRODUÇÃO

A extensão do Estado e sua intervenção na economia são temas que suscitam grandes controvérsias acadêmicas, em torno das quais não se pode falar em consenso ou existência de uma única posição dominante.

¹ Pós-graduando em Direito Digital pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. SHIS, QI 9, CJ 17, Casa 14, Lago Sul, CEP 71.625-170, Brasília/DF, Brasil, e-mail: miguel.eyer@gmail.com

Ao longo de séculos, as civilizações questionam o papel do Estado, ao exercício do poder e às suas relações perante o mercado e sociedade, e essa reflexão socialmente acumulada deve nos servir de base para uma reflexão sobre as relações do público e privado no mundo contemporâneo.

Mesmo sendo esferas distintas, o público e o privado integram a estrutura social e são fundamentais para a compreensão da relação entre Estado, mercado e sociedade civil.

A discussão teórico-conceitual acerca do significado dos termos público e privado nos indica que, embora essas esferas sejam díspares, no mundo contemporâneo elas também demonstram um caráter híbrido pois, constantemente, se sobrepõem e recaem uma sobre a outra.

Neste ambiente de simbiose entre as esferas, é relevante perquirir se essa dicotomia ainda pode subsistir nos seus moldes tradicionais descritos pela doutrina. A resposta, como se verá no curso deste trabalho, é negativa, pois a própria existência de um Estado Democrático de Direito indica que as relações políticas – em especial as mediações entre Estado e sociedade – devem pautar-se pelo respeito aos interesses privados dos cidadãos, sobretudo quando tais interesses revestem-se da condição de direitos fundamentais.

Em um Estado Democrático, os conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, decoro, moralidade e abuso de poder, refletem a compreensão cultural dominante naquele tempo e espaço, de modo que tais conceitos se transmutam para uma readequação de acordo com cada cenário e contexto histórico.

O surgimento deste novo paradigma não pode mais viver de oposições – tal como Estado/Mercado ou Economia/Política – mas da redescoberta de ideias, valores e princípios, como forma de garantir um maior equilíbrio nesta indissociável relação entre o público e o privado no mundo contemporâneo.

Este equilíbrio acaba por gerar incentivos a novos modelos de relação entre o Estado, o mercado e a sociedade civil, capazes de transformar os avanços tecnológicos e inovações sociais em verdadeiras ferramentas para se conseguir atingir o tão almejado desenvolvimento humano.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente, é necessário realizar uma breve contextualização histórica da evolução do papel do Estado e da sua intervenção na economia, a partir do modelo de Estado liberal clássico² que representou o término do Estado Absolutista – no qual o soberano muitas vezes, abusava do poder – com a ascensão de um modelo em que todos os homens eram iguais perante a Lei, enquanto, a igualdade formal (todos os homens são iguais), em especial quanto à liberdade pessoal e à proteção da propriedade privada), ainda que restasse uma parcela de desigualdade material (acesso a bens de consumo, acúmulo de bens, dentre outros).

O modelo liberal de separação entre Estado e sociedade não se efetivou, na prática, devido à grande concentração de poder privado no intercâmbio de mercadorias. As relações capitalistas eram baseadas numa suposta “igualdade”, que não existia na prática, pois as ações do Estado eram direcionadas ao favorecimento da concentração do poder econômico pela burguesia industrial, enquanto detentora dos meios de produção.

O esgotamento do modelo liberal e as pressões políticas e lutas sociais dos trabalhadores e das grandes massas levaram a uma reestruturação do Estado que, a partir de então, passou a intervir nas relações contratuais e a prestar determinados serviços aos cidadãos que antes eram ofertados apenas pelo setor privado, dando lugar ao modelo denominado Estado de Bem-Estar Social³

Este modelo positivou – em leis e, em especial, nas Constituições – como direitos e garantias fundamentais o acesso a determinados serviços antes ofertados (ou explorados) exclusivamente por particulares, tal como educação, saúde, moradia, transporte, previdência social, dentre outros. Ao positivá-los nas novas Cartas Magnas, tais direitos foram juridicamente equiparados aos direitos fundamentais já antes reconhecidos (como a liberdade, a propriedade privada) e aqui se percebe claramente a interpenetração entre as duas esferas, visto que temas que antes eram

² O modelo de Estado Liberal clássico é caracterizado, em suma, pela presença de dois elementos: a limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais dos homens.

³ O Estado de Bem-Estar Social foi um modelo de Estado desenvolvido nos países capitalistas centrais, especialmente na Europa ocidental no início do século XX, que compreendia a adoção de um conjunto de políticas sociais com vistas à universalidade do atendimento, como forma de assegurar uma maior equidade e um determinado padrão de vida aos cidadãos.

reservados apenas à esfera privada, passaram a compor também a agenda dos Governos, os quais assumiram a obrigação de ofertar tais serviços aos cidadãos.

Como consequência lógica, critérios que eram próprios da esfera privada invadiram o espaço público e as políticas sociais que visavam à universalidade do atendimento acabaram por elevar os gastos públicos, gerando um conformismo dos indivíduos proporcionado pela administração burocrática e intervencionista do Estado.

Deste modo, as políticas sociais não conseguiram reduzir os efeitos do modelo de desenvolvimento capitalista e, a partir da década de 70, o Estado de Bem-Estar Social entrou em crise, sendo substituído por um novo modelo, que se convencionou chamar de neoliberal⁴ resultante de um movimento de reconfiguração das esferas pública e privada.

Foi, então, instituído um novo modo de vida social com a afirmação do sistema capitalista de mercado e a emergência de uma sociedade de consumo em massa, de caráter político e ideológico liberal-capitalista. Com a vitória do capitalismo face ao socialismo no final da Guerra Fria, o neoliberalismo ganhou forças em decorrência do processo de globalização, o que obrigou países a realizarem amplas reformas administrativas para o esvaziamento do Estado (*hollowing out the state*) e recuo no tocante à prestação políticas públicas sociais. Sob esse novo paradigma, o setor privado retomou os espaços vazios agora deixados pelo setor público. O conceito de sociedade civil foi absorvido pelo mercado que se tornou superior ao Estado.

Desde então, os princípios do neoliberalismo vêm sendo incorporados aos projetos de desenvolvimento e em reformas do aparelho do Estado, no intuito de adequá-lo aos novos anseios da sociedade capitalista e à ordem do mundo globalizado.

Esta breve contextualização se mostra necessária para uma melhor compreensão das mudanças de papel do Estado e seus efeitos, que implicam em uma

⁴ No final da década de 70, tomou força, em escala mundial, um movimento ideológico que se convencionou chamar de neoliberal e que defendia a tese da redução do Estado em seu tamanho, papel e funções, como solução para superar a crise econômica e social do modelo do Estado de Bem-Estar Social.

constante redefinição das esferas pública e privada, ao redesenhar constantemente as relações entre Estado, mercado e sociedade civil.

Feitas tais considerações, realizar-se-á, na sequência, uma construção teórica acerca da dicotomia entre o público e o privado para, em seguida, adentrar ao tema proposto abordando a relação entre estas duas esferas no mundo contemporâneo.

3 DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

A distinção mais comum que se faz entre público e privado é a de que público pode ser compreendido como a esfera dos interesses gerais da coletividade e o privado como a parcela das relações experimentadas em recesso pelo indivíduo, fora do alcance daquilo que é público.

A dicotomia entre público e privado, em linhas gerais, determina que tudo o que pertence a área pública encontra-se fora da área privada, e vice-versa. De acordo com Norberto Bobbio,

“o direito privado ou dos privados é o direito do estado de natureza, cujos institutos fundamentais são a propriedade e o contrato; o direito público é o direito que emana do Estado, constituído sobre a supressão do estado de natureza, e portanto é o direito positivo no sentido próprio da palavra, o direito cuja força vinculatória deriva da possibilidade de que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano.”⁵

Na visão do autor, o Direito Privado assume a primazia sobre o Direito Público quando a esfera privada se alarga, em detrimento da esfera pública, até a redução do Estado em termos mínimos, e passa a figurar como uma esfera autônoma em relação a esse processo. Neste contexto, o direito de propriedade se impõe como interesse geral de todos, ou seja, o interesse do indivíduo é que determina o da coletividade e o Estado, por meio de outras instituições como a Justiça e a Polícia, atua como garantidor da ordem e preservação dos direitos de propriedade e sucessão.

Por outro lado, a primazia do público sobre o privado estaria fundada na contraposição à imposição do interesse particular sobre o interesse coletivo. Ocorre que, quando o Estado invade e engloba, progressivamente, a sociedade civil, os

⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 14.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007, p. 18.

interesses privados passam a ser subordinados aos interesses da coletividade. Como resultado, ocorre um processo de intervenção do poder público na regulação da economia.

Em síntese, para o referido autor, existe uma separação rígida entre os sentidos dos termos público e privado; daí serem dicotômicos entre si, pois um ente não pode ser, ao mesmo tempo, público e privado. Mesmo considerando as grandes dicotomias entre os dois termos, ressalta ele que, em determinadas situações da história política e econômica das sociedades, ocorreu a primazia de um sobre o outro, processos denominados por ele de “publicização do privado” e de “privatização do público”. Esses dois processos demonstram, na primeira hipótese, os interesses privados sobre os interesses públicos e, na segunda, a subordinação dos interesses privados aos interesses coletivos, capitaneados pelo Estado.

Segundo Hannah Arendt, a esfera pública era o lugar da liberdade e da continuidade, pois nela todos eram considerados “iguais”. Numa concepção de igualdade formal em que todos os indivíduos teriam as mesmas oportunidades e livremente determinariam seus destinos.

A autora define público como o espaço social constitutivo da vida ativa que, por excelência do diálogo e da comunicação livre, o interesse comum era produzido entre os homens e, assim, o público seria o aparente, aquilo que se apresenta para todos. O conceito de público tornou-se sinônimo de bem comum que, segundo a autora, não se constituía em uma esfera política, pois “reconhecia apenas que os indivíduos privados têm interesses materiais e espirituais em comum, e só podem conservar sua privacidade e cuidar de seus próprios negócios quando um deles se encarrega de zelar por esses interesses comuns.”⁶

Com o advento da sociedade moderna e do modelo capitalista de produção, o termo público passou a ser sinônimo de estatal e a representação pública foi substituída pela esfera do poder público, objetivada no Estado burocrático, com funcionamento regulado por leis e normas gerais. Arendt ressalta que, com o nascimento deste modelo de Estado, surgiu também a esfera social, que não era nem

⁶ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, pag. 44.

privada nem pública, no sentido restrito dos termos, tornando ainda mais complexa a compreensão da distinção entre essas duas esferas (pública e privada).

Com o surgimento desta esfera social, que não é nem pública nem privada, mas o lugar em que a riqueza se transforma em capital, cuja função é a de gerar cada vez mais capital, os interesses privados transformaram-se em um único interesse, qual seja, o da coletividade. Como consequência, segundo Arendt, o imperativo das necessidades econômicas acabou invadindo a esfera pública, possibilitando que a linha divisória entre esfera pública e privada perdesse sua nitidez, fundindo-se na esfera do social.

Na visão de Arendt, a esfera social pode ser considerada como um espaço em que os homens vivem isolados, pois, apesar de o ocuparem, não o compartilham entre si. Isso decorre do predomínio do econômico sobre o político, em que “a sociedade espera de cada um de seus membros um certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a normatizar os seus membros, a fazê-los comportarem-se, a abolir a ação espontânea ou a reação inusitada.”⁷

Como consequência dessa dissolução do espaço público, o homem passaria a ser incapaz de transcender a vida pessoal e de ver as coisas apenas do próprio ponto de vista essencialmente individual. Na visão da autora, os membros da sociedade de massa tendem a um comportamento de conformismo, facilitado por uma administração mais técnica e burocrática, que passa a existir em função da economia, esvaziando o espaço público da sociabilidade especificamente política que era dada pela ação e pelo discurso.

Neste aspecto, importante destacar a concepção da autora acerca dos direitos sociais. Para ela, o direito não é uma dádiva, uma benesse do Estado ou uma concessão legal, mas, em verdade, uma maneira própria de se constituir a vida social. Os direitos sociais só podem existir por meio do pleno exercício da cidadania, pois são decorrentes da própria dinâmica da sociedade.

⁷ ARENDT, Hannah. *Obra citada*, p. 50.

O direito, nesta perspectiva, seria encarado como uma forma de sociabilidade e inclusão que, todavia, possui suas próprias normas e critérios, na vida de uma sociedade. Não deve se restringir à legalidade da ordem jurídica e nem ao discurso do poder constituído, que determina aqueles que devem receber benefícios e os que devem ser excluídos. A arbitrariedade do poder constituído acaba por incentivar o comodismo e por criar indivíduos dependentes do Estado, ao invés de formar cidadãos livres e aptos a questionar permanentemente as estruturas das instituições e a ordem vigente, almejando a consecução de seus direitos e de seus interesses particulares.

4 PÚBLICO E PRIVADO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Esta separação entre público e privado é fundamental na afirmação do Estado e do Direito no mundo contemporâneo. De acordo com o Marques Neto, ela decorre de dois processos aparentemente contraditórios e complementares, que ocorreram nos séculos XVIII e XIX em solo europeu:

“De um lado a concentração do poder nas mãos do soberano (sobrepondo-se à fragmentação do poder existente na Idade Média). De outro, e aqui residia a novidade, o movimento de contenção, de delimitação do poder, submetendo-o a limites ditados pelo Direito não mais revelado ou imposto pelo soberano, mas sim construído a partir dos mecanismos de representação e participação política.”⁸

Estes dois movimentos reinauguraram a distinção romana entre o público e o privado, submetendo-a sob determinados limites e garantias. Na visão do referido autor, à esfera privada seria reconhecida certa autonomia e assegurado um conjunto de direitos que serão titularizados pelos indivíduos que a constituem. Por outro lado, à esfera pública seria destinado um papel de, em nome e para o bem de todos, exercer o poder, dentro dos limites impostos pelo Direito.

Segundo o autor, no Estado de Direito legatário da modernidade, o poder da esfera pública advém da aceitação, pelos indivíduos reunidos em sociedade, da ideia de que alguma derrogação dos seus direitos individuais é necessária para o bem

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p 420.

coletivo. Nesse sentido, a esfera pública não existe apesar e por sobre a esfera privada, mas, sim por causa e para assegurar o convívio harmônico e solidário dos indivíduos na esfera privada. A razão de ser do poder público só pode residir no respeito e na consagração dos direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que a sociedade (esfera privada) deve ser precedente e criadora do poder do Estado (esfera pública), a quem, este deve servir.

A verdade é que a intervenção exacerbada do Estado pode ser perversa. Neste contexto, a afirmação de Anthony Giddens⁹ escolhida para abrir a “Introdução” ao livro da Conferência sobre “Estado, Sociedade Civil e Administração Pública – Para um Novo Paradigma do Serviço Público” encaixa-se perfeitamente como uma luva:

“O Estado é essencialmente antidemocrático, dependendo como depende de uma distribuição *top-down* dos benefícios. A sua força impulsionadora é a proteção, mas ele não dá espaço suficiente à liberdade pessoal. Algumas formas institucionais do Estado de bem-estar são burocráticas, alienantes e ineficientes e as prestações sociais podem até ter consequências perversas pondo em causa os objetivos para que foram criadas.”

O que significa dizer que muitas vezes aquilo que é defendido ideologicamente pode gerar resultados práticos exatamente opostos aos fins inicialmente pretendidos. Este paradoxo ocorre porque o Estado tende a criar mecanismos que geram o tal problema de equilíbrio entre a equidade e a eficiência do próprio sistema. Sem enfrentar diretamente estas questões, nunca será possível entender o caráter híbrido e de constante mutação das esferas pública e privada no mundo contemporâneo.

Deste modo, é preciso conscientizar não apenas os governantes e os servidores públicos, mas também os cidadãos e os empresários, para que o papel do Estado ou de qualquer governo, mais que de intervenção, deve ser a promoção, a nível individual, de um *status* econômico e social verdadeiramente livre, a partir do qual – favorecidos a iniciativa a criatividade – cada um tenha condições de, livremente, determinar-se e de prosperar materialmente.

⁹ MOREIRA, José Manuel, JALALI, Carlos, Alves, André Azevedo (org.). *Estado Sociedade Civil e Administração Pública*. Para um novo paradigma do Serviço Público. Coimbra: Almedina, 2008, p. 5.

Surge então a “necessidade de mudar profundamente os processos de governar para garantir a confiança pública e fazer melhor uso dos recursos da sociedade. Daí que na caracterização da liderança ética, a par de valores antigos - imparcialidade, legalidade e integridade – se tenha que acrescentar os novos: responsabilidade, transparência, *accountability*.”¹⁰

É também neste sentido que se deve buscar um equilíbrio entre os valores e o novo paradigma desta indissociável relação entre o público e o privado, no sentido de difundir uma nova cultura capaz de promover (ao invés de dificultar) as condições para o desenvolvimento humano.

Daí é que surge a necessidade de encontrarmos novos modelos capazes de colocar o problema, não como de primazia do público ou do privado, mas como forma de garantir um maior equilíbrio nas relações entre Estado, mercado e sociedade civil. Um equilíbrio assente, não no conflito, mas na cooperação entre parceiros, e que, por isso, se mede mais em termos de serviço à sociedade civil e de melhoria do seu bem-estar, não apenas em termos materiais, mas também de desenvolvimento de cada um de nós enquanto pessoas.

A emergência deste novo paradigma não pode mais viver de oposições – tipo Estado e mercado, economia e política – mas da redescoberta de ideias e valores, como missão e ética de serviço público, que devem caminhar ao lado do conhecimento e dos avanços tecnológicos e digitais.

E neste momento de crise decorrente da pandemia no novo coronavírus (Covid-19) que vem alterando significativamente os padrões de comportamento de nossa estrutura social, conseguimos enxergar com mais nitidez a importância de estarmos inseridos neste mundo digital, cada vez mais dinâmico e globalizado, que gera incentivos a novos modelos de relação entre o Estado, mercado e sociedade civil, capazes de transformar os avanços tecnológicos e inovações sociais em verdadeiras ferramentas para se conseguir atingir o desenvolvimento humano.

¹⁰ MOREIRA, José Manuel, TELES, Filipe. *Liderança ética num contexto de governação local: Estado, mercado e sociedade civil*. Paper apresentado no XIV Congresso Nacional de Ética, Economía y Dirección (EBEN – ESPAÑA), Valência, 15 e 16 de dezembro de 2006, p. 17.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante quase dois séculos as questões da organização da sociedade civil foram vistas em termos de Estado *versus* mercado, público *versus* privado, cooperação *versus* concorrência. A nova realidade confirma a ideia de que o Estado e o mercado devem ser vistos em função do reforço de um terceiro vértice do triângulo: a sociedade civil.

Com isto, parece que a dicotomia entre público privado em termos tradicionais – decorrente da separação entre Estado e sociedade civil – não mais existe, justamente pelo fato de que, numa sociedade aberta e democrática há uma imprecisão e uma indeterminação dos respectivos conceitos que, com o passar dos anos, ganharam novos contornos e se ajustaram de acordo com as necessidades e anseios da sociedade.

A realidade contemporânea nos mostra a existência de uma sobreposição constante entre o público e privado que ocorre de maneira variável e confere um caráter híbrido à cada uma das esferas.

Conforme aponta Gustavo Binimbojm, “a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.”¹¹

Com este novo paradigma, resta superada a ideia de uma separação absoluta entre as esferas pública e privada, com a emergência de um contexto intersubjetivo caracterizado pelo diálogo pela interpenetração entre estas esferas. Neste contexto, novas ideias, valores e princípios servem de pontos de contato e sobreposição entre as duas esferas que, como visto, devem coexistir entre si, visando promover a preservação do público e do coletivo, como também, da zona de autodeterminação pessoal de cada indivíduo.

É também neste sentido que se deve buscar um equilíbrio entre os valores e o novo paradigma desta indissociável relação entre o público e o privado, no sentido

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, 2005, p. 1-31.

de difundir uma nova cultura capaz de promover (ao invés de dificultar) as reais condições para o desenvolvimento humano.

Este equilíbrio acaba por gerar incentivos a novos modelos de relação entre o Estado, mercado e sociedade civil, capazes de transformar os avanços tecnológicos e inovações sociais em verdadeiras ferramentas para se conseguir atingir o tão almejado desenvolvimento humano.

Numa sociedade bem organizada os indivíduos não devem ser instrumentos do Estado, pois este é que deve ser instrumento das pessoas, no sentido de preservar a ordem das instituições e permitir que as pessoas persigam seus ideais de acordo com suas próprias escolhas. Ao invés do Estado simplesmente “dar o peixe”, é melhor que ele “ensine a pescar”.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, 2005, p. 1-31.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 14.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação*. In: MARRARA, Thiago (org.). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Manuel, JALALI, Carlos, Alves, André Azevedo (org.). *Estado Sociedade Civil e Administração Pública*. Para um novo paradigma do Serviço Público. Coimbra: Almedina, 2008.

MOREIRA, José Manuel, TELES, Filipe. *Liderança ética num contexto de governação local: Estado, mercado e sociedade civil*. Paper apresentado no XIV Congresso Nacional de Ética, Economía y Dirección (EBEN – ESPAÑA), Valência, 15 e 16 de Dezembro de 2006.

A CRISE DO MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Bruno de Paula Simões¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir a crise do modelo de Democracia adotado pelo Estado brasileiro. A hipótese deste trabalho é de que não há uma crise nos princípios da democracia sim um esgotamento do modelo representativo. Isso porque esta representatividade em sua essência mantém o distanciamento do povo do centro de decisões. Faz com que o único ato participativo do povo, exercido de maneira mais ampla, sejam as eleições e que estas se transformem em uma espécie de concessão irrestrita do poder decisório à uma aristocracia. O exercício deste poder de decisão, por parte desta aristocracia, não está vinculado aos anseios e necessidades daqueles que a elegeram. E por não estar vinculado, se não às leis elaboradas por esta mesma aristocracia, este poder de decisão tem sido utilizado para atender a interesses de uma minoria, a qual normalmente este grupo eleito pertence. Deste modo, a democracia representativa com seu verniz de interesse público, tem-se demonstrado na prática como uma forma bem-sucedida de mascarar a utilização dos mecanismos estatais para atendimento dos interesses privados. Assim, entende-se que a crise do modelo democrático representativo não se encontra no enfraquecimento da relação entre representantes e representados. E sim na consolidação do entendimento, por parte dos representados, de que o único meio fático de participação mais abrangente nos rumos da República são as eleições. E que após este evento povo é afastado do centro de poder decisão não sendo mais capaz de participar nos rumos da República.

Palavras chave: Democracia, Participativa, Representativa.

ABSTRACT

This article aims to discuss the crisis of the model of democracy adopted by the Brazilian State. The hypothesis of this work is that there is not a crisis in the principles of democracy but an exhaustion of the representative model. This is

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB); Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Email: brunopsimoes@gmail.com

because this representativeness in its essence keeps the people away from the decision-making center. It makes the only participatory act of the people, exercised in a broader way, be the elections and that these become a kind of unrestricted concession of decision-making power to an aristocracy. The exercise of this power of decision by this aristocracy is not linked to the wishes and needs of those who elected it. And because it is not bound, if not to the laws drawn up by this same aristocracy, this decision-making power has been used to serve the interests of a minority, to which this elected group normally belongs. In this way, representative democracy with its veneer of public interest has been shown in practice as a successful way of masking the use of state mechanisms to serve private interests. At this point, it is understood that the crisis of the representative democratic model is not found in the weakening of the relationship between representatives and those represented. And yes, in the consolidation of the understanding, on the part of the represented, that the only factual means of participation in the direction of the Republic is the elections. And that after this event people are removed from the center of decision power and are no longer able to participate in the direction of the Republic.

Keywords: Democracy, Participative, Representative.

1 INTRODUÇÃO

Há aproximadamente sete anos, iniciou-se o debate público relativo ao surgimento de uma crise na democracia brasileira. Manifestações em junho de 2013, não reconhecimento do resultado da eleição presidencial de 2014 por parte da oposição de então, governo executivo central pertencente a um espectro político e maioria do congresso pertencente a outro polo, processo de impeachment concluído com a deposição de uma presidenta, foram eventos ocorridos em um período de três anos.

Neste cenário um tanto quanto conturbado, deu-se início à elaboração de teorias quanto aos motivos da crise da hora, bem como possíveis soluções para o problema posto. De modo geral, os formadores de opinião identificaram a origem da crise como sendo uma combinação entre a falta de representatividade na relação eleitor\eleito em função da prática de um presidencialismo de coalizão.

É possível que a análise feita não tenha observado que a existência de uma democracia representativa prescinde de uma relação fática de representatividade. Além de não considerar que uma coalização ou maioria é alcançada por meio da política, assim um dos problemas identificados como sendo originários da crise democrática brasileira foi a política.

Em seguida chegou-se a uma única e simples solução para a crise instalada, a mudança do sistema presidencialista para o parlamentarista com um sistema eleitoral de princípio majoritário. O conjunto da solução soa um tanto quanto contrária ao seu objetivo, uma vez que o chefe do executivo passa ser eleito indiretamente a partir de uma coalizão de partidos, e no sistema eleitoral de princípio majoritário ao fim e ao cabo “só a maioria eleitoral está representada por deputados da sua tendência política, e não a minoria”².

Desta forma, este trabalho pretende dar uma pequena contribuição para o debate acerca da ainda atual crise na democracia brasileira, identificando um dos problemas entendidos como sendo central e apontando uma alternativa para juntar-se a outras no sentido da solução. Para tanto, serão trabalhados os conceitos de política, república, democracia, representação, participação, desenvolvidos ao longo da história pelos pensadores da era clássica da filosofia, passando pelos renascentistas, contratualistas, iluministas chegando até a crítica ao Estado burguês.

2 AS TEORIAS POLÍTICO-FILOSÓFICAS

2.1 Era clássica da filosofia

Ao abordar temas como formas de governo, forma de estado e governo não há como não nos remetermos à Grécia Antiga, mais especificamente à Atenas e ao período clássico da filosofia. Nas antigas cidades-Estado é possível encontrar as diversas formas de governo da timocracia à aristocracia, da oligarquia à democracia e também as formas de estado republicanas, monárquicas e tirânicas. Em Atenas, durante a Antiguidade encontramos a Democracia como forma de governo.

A Democracia praticada em Atenas, segundo MAAMARI, possibilitava uma participação ativa dos cidadãos, que podiam propor questões a serem debatidas e posteriormente decididas. Esta participação se estendia a todos os cidadãos atenienses, porém somente os indivíduos adultos do sexo masculino e que houvessem nascido em Atenas, eram considerados cidadãos³.

² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva & C.A., 1938, p.150.

³ MAAMARI, Adriana Mattar. **O Estado**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.10.

Em Sócrates e Platão encontram-se debates entorno de qual seria o papel a ser desempenhado pelos cidadãos no espaço público, qual seria o melhor governo para a cidade e ideários legislativos. Sócrates, diferentemente de outros filósofos gregos, detinha sua atenção a assuntos relacionados às leis instituídas, a cidade, à ética e conduta moral dos cidadãos. Para ele, o modelo ideal de lei seria aquele que tivesse por objetivo alcançar da perfeição encontrada nas leis da Natureza⁴.

Ao desenvolver a sua filosofia política, Platão, que era discípulo de Sócrates, inicia sua construção a partir da educação, que seria capaz de desenvolver nos cidadãos várias potencialidades a serem desempenhadas em prol da cidade. Com estas potencialidades transformadas em força, um bom governo saberia alocar cada cidadão de acordo com suas qualidades em funções próprias⁵.

Em seguida faz uma análise das qualidades inerentes a um bom governante que deverá ser sábio e justo, possuir alto grau de envolvimento e responsabilidade com a cidade. Estas qualidades seriam desenvolvidas ao longo do processo educativo e o governante seria escolhido dentre aqueles que tiverem alcançado os conhecimentos mais sofisticados na compreensão da vida em sociedade. Desta forma, Platão define que o governante ideal deva ser alguém preparado para tal, que tivesse acendido aos mais altos graus de instrução além de realizado profundos estudos Filosóficos na busca pela compreensão do que seja o Bem. Este governante platônico seria então um aristocrata que ficou conhecido então como um governante filósofo⁶.

Deste modo, o pensamento socrático-platônico entende que o governo deva ser submisso às leis constituindo assim um regime de governo republicano. Já o governante ideal seria aquele que entre os mais instruídos detivesse os mais profundos conhecimentos filosóficos, temos então que a forma de governo idealizada seria a aristocrática.

Outro filósofo que influenciou o pensamento político da Antiguidade foi Aristóteles. Discípulo de Platão, ele partilhava da ideia de que o regime ideal para a cidade seria a Republica e a forma de governo seria a aristocrática, remetendo ao rei

⁴ *Idem*, p.14.

⁵ *Idem*, p.18.

⁶ MAAMARI, Adriana Mattar. O **Estado**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.19-20.

filósofo⁷. Porém Aristóteles fazia um alerta quanto a perigo de desvirtuamento da aristocracia.

Uma vez que o bem comum e a justiça não fossem mais os objetivos destes governantes, haveria possibilidade de transmutação em oligarquia, plutocracia ou despotismo. Seria então o governo onde os interesses econômicos particulares em contraposição aos interesses comuns à cidade⁸.

Tal qual Platão, Aristóteles rejeitava a ideia de um governo Democrático, pois uma vez que nem todos tivessem atingido os mais altos graus de instrução não haveria compromisso com ideal educativo, com a busca da verdade e da justiça⁹. Desta maneira, haveria possibilidade de deturpação ao conceito de Democracia, com a ascensão de um governo demagógico. Estimulando o desenvolvimento e divulgação das opiniões comuns e os preconceitos vulgares, desvalorizando o pensamento crítico, racional e dialético¹⁰.

2.2 As influencias renascentistas

Houve no Renascimento um retorno aos valores e ideias dos filósofos da Era Clássica da Filosofia. Assim a ideia de uma Republica Aristocrática retornava como um tipo ideal de governo a ser alcançado. Como teóricos deste movimento se destacam Nicolau Maquiavel (1469-1527) e Michel de Montaigne (1533-1592)¹¹.

Maquiavel em sua obra O Príncipe, é um dos primeiros a ditar a nova ordem que se fundamenta o Estado Moderno, a separação entre Estado e Igreja. Saia de cena o direito divino e se tonava protagonista a ideia de uma República sujeita ao ordenamento jurídico estatal, processo que ficou conhecido como secularização.

Outra separação essencial operada pelo filósofo, foi a retirada da consideração dos valores éticos ao realizar uma escolha política. Apesar de ser um leitor dos filósofos antigos e defender uma Republica Aristocrática, entendia a

⁷ Idem, p.24.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª. São Paulo: Malheiros Editores,2000, p 249.

⁹ Idem, p.249.

¹⁰ MAAMARI, Adriana Mattar. **O Estado**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes,2014, p.22.

¹¹ Idem, p.44,45.

política como sendo uma ferramenta de perpetuação do governante no poder e não como uma busca pela verdade, justiça e bem comum dos governados¹².

Desta maneira, Maquiavel, demonstra entender que o governante deve se utilizar dos agentes políticos e do povo ou súditos numa equação que resultaria na perenidade do governante. Por meio de alianças com os agentes políticos o governante garantiria a permanência do seu poder, de outro lado deveria manter a sua popularidade junto ao povo como meio de pressão junto aos agentes políticos. O povo então torna-se objeto de manipulação do interesse do governante¹³.

Montaigne também entende que a política quando exercida, rompe o elo com a moral e o divino. A seu turno desenha uma divisão entre as atitudes públicas e atitudes privadas. Enquanto em um campo a utilidade deve sobrepor à honestidade, no outro a honestidade seria condição necessária bem como a promoção da fidelidade e da honra¹⁴.

2.3 As influencias contratualistas

Foram chamados de contratualistas, aqueles pensadores que desenvolveram suas teorias da formação do Estado a partir de um contrato. Este objeto jurídico seria capaz de dirimir os conflitos e trazer segurança à sociedade. Por meio dele ficariam estabelecidos as formas de organização de um determinado grupo social, os limites à liberdade, a concessão de alguns direitos ao ente que viera a ser denominado como Estado, o direito à propriedade privada entre outros aspectos de convivência social. Este tipo de contrato ficou conhecido como Contrato Social, termo utilizado até os dias de hoje ao se referir a relação entre sociedade e Estado¹⁵.

Os pensadores mais reconhecidos desta época são Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Em comum a ideia de um Estado perene, criado a partir de um consenso entre os indivíduos pertencentes a um grupo social. Divergências quanto à natureza do contrato, ao método a ser empregado pelo Estado na manutenção da ordem social, à participação

¹² MAAMARI, Adriana Mattar. O **Estado**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.46.

¹³ Idem, p.45,46.

¹⁴ Idem, p.49,50.

¹⁵ RIBEIRO, Renato Janine. Os **Clássicos da Política**. 13ª. São Paulo: Editora Ática, 2001, p.53.

dos indivíduos nos rumos das políticas do Estado, limites à liberdade, papel da propriedade privada e formas de modificação do Estado.

Hobbes identifica a necessidade de um ente que seja capaz de controlar e reprimir as livres vontades do homem natural. O homem natural possui um instinto de dominação e usufrui de maneira ilimitada a sua liberdade objetivando atender aos seus ímpetos conquistadores, de tal modo que todos se tornam comedidos e desconfiados quanto aos atos de todos. Então, agindo de forma racional, o homem natural se anteciparia à ação de um terceiro para se defender de uma possível ofensa à sua integridade. Ao se portar de maneira ilimitadamente livre e racional, a guerra de todos contra todos seria inevitável¹⁶.

Para ele, o Estado seria este ente capaz de evitar a guerra de todos contra todos, para isso o poder do governante deveria ser ilimitado. O governante seria instituído, porém não se encontraria vinculado ao contrato social. Se estivesse vinculado à uma obrigação contratual, deveria haver alguém que fosse capaz de julgar se o governante é justo na observância desta obrigação. Desta forma, haveria uma forma de poder que estaria acima do governante. Sendo assim, para Hobbes não há alternativa para o exercício do poder, ele deve ser absoluto¹⁷.

Hobbes inova ao fundir dois tipos de contrato, o de associação (formador da sociedade) e o de submissão (instituidor do Estado), em um tipo *sui generis*. Neste tipo de contrato, sociedade e Estado surgem ao mesmo tempo, pois para a existir uma organização social pacífica é necessário a presença de um governo e se há governo é porque uma organização social o constituiu. Assim o contrato social imaginado por Hobbes, é um contrato onde a sociedade torna-se súdita ao ceder incondicionalmente seus direitos naturais, com exceção ao direito à vida, em favor do Estado e de um governo soberano. Assim, a forma ideal de governo para o Estado pensado por Hobbes é a monarquia absolutista¹⁸.

Já para Locke, de um modo geral, o indivíduo em seu estado de natureza não possuía ímpetos de dominação sobre um terceiro e teria a propriedade como um direito natural. Propriedade para Locke seria um conjunto de atributos (vida,

¹⁶ RIBEIRO, Renato Janine. *Os Clássicos da Política*. 13ª. São Paulo: Editora Ática, 2001, p.55.

¹⁷ Idem, p.61.

¹⁸ Idem, p.63.

liberdade e bens) e não um conceito restrito à posse de bens. O indivíduo faria uso da sua liberdade tendo como objetivo a garantia do domínio da sua propriedade e o acúmulo de meios que fossem capazes de auxiliá-lo na manutenção de sua existência. O uso da liberdade portanto seria racional e proporcionaria harmonia, concórdia e relativo estado de paz entre os indivíduos¹⁹.

No entanto este estado de relativa paz não estaria imune a perturbações, e em alguns momentos a propriedade poderia vir a ser violada. Uma vez que não existe um ente capaz de evitar os abusos da liberdade individual, é na busca legítima da manutenção da propriedade que irromperia a guerra de todos contra todos. Da necessidade de evitar estas violações, surge entre os indivíduos a demanda por um ente que esteja acima do grupo social e seja capaz de estabelecer leis, ser imparcial na solução de conflitos e possuir força coercitiva para impor decisões aos indivíduos²⁰.

Enquanto no contrato originário do Estado idealizado por Hobbes os indivíduos cedem os seus direitos ao governante e se transmutam em súditos, em Locke a assembleia dos indivíduos, de maneira unânime, cria um contrato de consentimento que por sua vez institui a sociedade civil que tem por objetivo a preservação e a consolidação dos direitos que já possuíam no estado de natureza²¹.

Uma vez decido pela formação da sociedade civil, a assembleia teria passado então a decidir pela forma de governo a ser instituída. Neste momento a assembleia retira a unanimidade do plano de decisão e coloca em seu lugar o princípio da maioria, a decisão majoritária prevalece mas respeita-se os direitos da minoria. Como resultado tem-se uma forma de governo mista, existindo o poder monárquico e um poder legislativo, este último possuidor de supremacia frente ao poder do príncipe e do poder federativo²².

Como visto, o Estado imaginado por Locke não comporta a ideia de um poder absoluto e também há possibilidade da sociedade evitar que o poder instituído se deturpe em tirania. O Estado e o governo são signatários e estão vinculados ao

¹⁹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. Os **Clássicos da Política**. 13ª. São Paulo: Editora Ática, 2001, p.84-85.

²⁰ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. Os **Clássicos da Política**. 13ª. São Paulo: Editora Ática, 2001, p.86.

²¹ Idem, p.87.

²² Idem, p.87.

pacto social. Tendo este contrato social a natureza consensual a sociedade civil ainda é agente da realidade. Sendo assim, Locke indica a existência do direito de resistência da sociedade civil frente a um governo que utilize a força de maneira sistemática e sem amparo legal. Este direito autorizaria a sociedade civil acessar o recurso da violência para a deposição de um governo rebelde²³.

O pensamento de Locke serviu de suporte para a justificação moral, política e ideológica para a Revolução Gloriosa e para a monarquia parlamentarista inglesa. Também influenciou tanto a revolução norte-americana e a declaração de independência dos Estados Unidos, como a Revolução Burguesa de 1789 principalmente através das ideias de filósofos como Voltaire e Montesquieu e a declaração dos direitos do homem e do cidadão²⁴.

2.4 As influencias iluministas

O pensamento iluminista se caracteriza pela busca da razão científica do pensamento, um embate aristotélico entre *doxa* e *hepysteme*. Buscavam transpor a barreira da opinião vulgar para alcançar e fazer protagonista a sabedoria da ciência. Este seria o único ponto em comum entre os pensadores desta época, uma vez que cada um deles defendia uma concepção filosófico-política diferentes. Para este trabalho Montesquieu (1689-1755), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Thomas Paine (1737-1809)²⁵.

Montesquieu entende a virtude política de maneira semelhante àquela pensada pelos antigos, incluindo noções como abnegação, sacrifício e autocontenção. Sua concepção de República difere do entendimento que temos atualmente e se aproxima do conceito romano. Assim, república é entendida como a submissão do Estado e do governo às leis e a seu modo seria possível a existência de uma monarquia republicana. Sua forma de pensar a estrutura para o exercício do poder político, o dividia em função legislativa, executiva e judiciária, todas devendo respeito às leis²⁶.

²³ Idem, p.87,88.

²⁴ Idem, p.89.

²⁵ MAAMARI, Adriana Mattar. O **Estado**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.58.

²⁶ Idem, p.59.

O pensador defende a forma de governo aristocrática apesar de identificar a gene do poder no povo. Para ele, a divisão da sociedade em classes é fundamental e deve ser realizada de maneira criteriosa. No arranjo proposto por Montesquieu, ao povo caberia o voto como única forma de participação política e aos nobres, que formariam a classe aristocrática, estaria reservado o exercício do poder. A justificativa para tal separação estaria na paixão, que seria o mote de ação do povo, e em função disso não seriam capazes de decidir de forma sábia. Mas este mesmo povo seria extremamente sábio para realizar escolhas²⁷.

Rousseau, entendia que o homem já vivia em sociedade antes da criação do Estado. A sociedade para ele, se fundou a partir do momento que houve o primeiro cerceamento de terra, o domínio da agricultura e dos animais e um indivíduo se declarou proprietário destes bens. A partir deste momento teve então a passagem do estado de natureza para o estado social e a perda da liberdade usufruída pelo homem em seu estado de natureza²⁸.

A criação de um Estado decorre da necessidade do homem recuperar a sua liberdade perdida com a transição do estado de natureza para o social. Esta liberdade somente seria recuperada através da política que teria como objetivo a renúncia dos interesses individuais em prol dos interesses coletivos, a esta forma de interesse coletivo deu-se o nome de vontade geral. Assim a soberania se desloca do governante para o povo²⁹.

O regime de governo proposto por Rousseau é a República, onde as decisões políticas são tomadas a partir de plebiscitos populares. No entanto observa que a adoção deste modelo deva observar questões demográficas e geográficas. Uma república democrática seria possível em países de pouca extensão territorial e baixo número de habitantes³⁰.

Thomas Paine foi o pensador que influenciou diretamente o processo de independência dos Estados Unidos em 1776. Para ele, o Estado ideal seria republicano e democrático, forma adotada pela maioria dos Estados ocidentais.

²⁷ ALBUQUERQUE, J.A Guinlhon. *Os Clássicos da Política*. 13ª. São Paulo: Editora Ática, 2001, p.117

²⁸ MAAMARI, Adriana Mattar. *O Estado*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.55

²⁹ Idem, p.56

³⁰ Idem, p.57

Assim, Paine rompe com a tradição do pensamento político-filosófico que preteria a forma democrática em favor da forma aristocrática como forma ideal de governo. Este pensador está vinculado à origem da indissociação entre república e democracia.³¹

Considerava que a participação dos cidadãos na vida política deveria ser a mais intensa possível. Defendia uma democracia plebiscitária, onde os cidadãos poderiam se manifestar, discutir e votar quanto à decisão política a ser tomada. No entanto, Paine entendia que o seu modelo proposto estaria restrito à uma nação de pequenas dimensões geográficas³².

3 AS DEMOCRACIAS MODERNAS

Como visto de maneira breve, o pensamento político-filosófico ocidental se deteve ao longo dos séculos na elaboração de teorias sobre a melhor forma de governo, regime de governo e sistemas de governo. Estas formas de pensar o Estado e o papel do cidadão na política repercutem até os dias de hoje e ainda são utilizados como meio de legitimar as ações políticas.

Interessante observar que o entendimento de democracia como ideal de sistema de governo a ser adotado não era a visão dominante entre os pensadores políticos. Não seria exagero dizer que houve uma prevalência ao regime aristocrático bem como a República como sendo a forma de governo ideal. Talvez essa preferência ao regime aristocrático esteja ligada a origem social dos pensadores que a defendiam.

O binômio República e Democracia passa ser prevalente a partir dos dois principais eventos revolucionários ocorridos no final do século XVIII. A Guerra de Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, cada um a seu turno, modificaram as relações de poder e o modelo ideal de forma de governo e regime de governo a ser adotado.

Thomas Paine, pensador estadunidense já citado anteriormente, foi o pensador responsável pela consolidação deste vínculo indissociável entre República

³¹ MAAMARI, Adriana Mattar. O **Estado**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p.63.

³² Idem, p.64.

e Democracia e que influenciou diretamente o processo de independência e a formação do Estado americano. Rousseau através do seu Contrato Social foi o pensador mais influente ao longo do processo revolucionário francês.

No entanto, o fato de o regime democrático ter se tornado uma espécie de chancela de evolução civilizatória, porém o que se tem visto, na prática, são repúblicas aristocráticas. Este tipo de democracia recebeu o nome de Democracia Representativa, que tem se caracterizado pela participação contida do povo no processo decisório.

Neste modelo, a ideia de o povo ser a fonte do poder é mantida e usada como propaganda legitimadora. O povo se manifesta através do voto livre e universal e elege os seus representantes, que quase em sua totalidade tem sua origem nas classes mais altas da sociedade. Uma vez eleitos aqueles que irão exercer o poder político dá-se a concretização da representação. Porém, não há a criação do vínculo entre os que elegeram e os que foram eleitos, a representação se torna uma procuração de plenos poderes.

Sobre o tema da representação, no capítulo XV do Livro III do Contrato, Rousseau, realiza uma crítica indicando a impossibilidade de haver na representação uma ação política efetiva do povo:

“A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade de forma alguma se representa: ou é ela mesma ou é outra, não há meio-termo. Desta forma, os deputados do povo não são, nem podem ser, seus representantes; não passam de seus comissários, nada podendo concluir definitivamente... O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois o é somente durante a eleição dos membros do parlamento; logo que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante breves momentos de sua liberdade, o uso que dela faz, mostra que bem merece perdê-la.”³³

Ao analisar a representação, RANCIÈRE entende que este sistema não foi inventado para adaptar a democracia os novos tempos, ao crescimento populacional ou a países com grandes espaços geográficos. A representação nada mais seria do que uma forma pela qual a elite poderia continuar a exercer o poder de fato, mas

³³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. Os **Clássicos da Política**. 13ª. São Paulo: Editora Ática, 2001, p.235-236.

agora, em nome do povo. A elite era obrigada a reconhecer no povo a origem do poder, mas não viam no povo a capacidade de exercício deste poder. A eleição por si só não seria uma forma democrática de seu ouvir a voz do povo, não passaria da expressão de um consentimento³⁴.

Seguindo o raciocínio, o filósofo francês entende que o se tem definido por democracia representativa, seria uma forma mista de democracia. Nesta forma, inicialmente, o funcionamento do Estado é fundamentado no privilégio das elites naturais. No decorrer das lutas democráticas esta forma de funcionar foi desviada. Como modo de correção de rumos as elites realizam concessões, porém ditam como estas concessões iram funcionar. Desta forma a democracia tem se caracterizado disputa pelo poder entre elite e povo, ou uma disputa de domínio do espaço privado em relação ao público. Concessão de espaços públicos ao povo para posteriormente serem reconquistados pelas elites dirigentes³⁵.

Sendo assim, a ideia de uma democracia representativa nada mais é do que uma ilusão de que a todos estaria disponível a possibilidade efetiva de participação política. Conforme já explicitado por Rousseau não há possibilidade de representação um poder, o que existe é uma concessão deste poder a alguém ou algum grupo. A ideia de Montesquieu, de uma separação bem definida de classes entre os que tem vocação de votar e aqueles de que a tem para exercer o poder, está contida no modelo democrático representativo.

3.1 A democracia no Brasil

No Brasil, durante os processos de independência e de proclamação da república, o povo foi mero espectador. Diferentemente do ocorrido na Europa, nos Estados Unidos e na América Espanhola, estes processos não tiveram caráter revolucionário e sim reformista. A elite brasileira a frente destas reformas, modificou as relações institucionais e garantiu o seu domínio na execução do poder político.

³⁴ RANCIÈRE, Jaques. *O Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014, p.69-70.

³⁵ Idem, p. 71-73.

Apesar de clara inspiração nos ideais iluministas, o processo de independência brasileiro foi responsável pela produção de um governo monárquico. As elites econômicas já existentes no país, objetivavam a quebra do elo político e econômico com a metrópole, mas sem que com isso seus privilégios fossem ameaçados.

Assim o liberalismo trazido ao Brasil pelos filhos das elites oligárquicas que iam estudar na Europa, possuía um caráter extremamente conservador. Isso porque alcançaram a independência da metrópole, à monarquia instaurada não era absolutista, aumentaram o próprio poder político sem que este fosse partilhado com a classe pobre³⁶.

Diante de um cenário internacional de desenvolvimento do capitalismo industrial, a indústria que surgia no Brasil começa a ganhar corpo e tem grande desenvolvimento entre os anos de 1880 e 1889. Desta forma, surge a elite urbana no Brasil e suas demandas políticas e econômicas aumentam e começam a disputar os espaços políticos de representação com a elite agrária, até então politicamente hegemônica. Novamente o papel de uma elite insatisfeita com a sua participação política e movida por garantir seus interesses econômicos, é o agente modificador do sistema político brasileiro³⁷.

Conforme é possível verificar, apesar de inspirados nos ideários europeus do iluminismo e do liberalismo, os processos modificadores da realidade política brasileira ocorreram a partir de uma elite e para atender às necessidades desta mesma elite. A independência caracterizada por uma disputa pelo poder entre a elite agrária brasileira e a metrópole portuguesa. A proclamação da República a seu turno, caracterizada por uma disputa pelo poder entre a elite agrária e a nascente elite industrial urbana.

A implementação de uma democracia ampla, em que a participação do povo nos rumos políticos da sociedade brasileira, nunca esteve na ordem do dia. As mudanças realizadas nas relações políticas foram realizadas tendo sempre como objetivo a manutenção do controle do Estado por parte de uma elite, uma

³⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A.P. As **Razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 227.

³⁷ Idem, p.267-268.

aristocracia que se transmutou em oligarquia. Uma vez que os interesses a serem defendidos eram os deste grupo dominante e não os da maioria do povo.

No entanto, mesmo agindo de modo a garantir o seu domínio político a elite dirigente não pode conter as mudanças realizadas ao longo do tempo. Ampliação do direito ao voto, o surgimento de novos atores políticos como a classe média urbana e os militares, os sindicatos e novos partidos políticos. Deste modo a melhor forma de garantir o seu domínio político seria a utilização do modelo representativo democrático. Mantendo a rígida separação de classe proposta por Montesquieu: de um lado o povo eleitor, de outro e a elite livre de paixões e sábia na execução do poder.

Ao caso brasileiro se identifica claramente a observação de RANCIÈRE quanto a instituição do sufrágio universal. O surgimento do voto universal é resultado de processos pela disputa de influência e participação do povo no poder político. Porém no momento em que as elites o concedem, ela começa uma nova disputa pela reconquista e domínio deste espaço³⁸.

Submetem seus candidatos ao pleito e em algumas vezes até submetem suas decisões a revisões por parte do povo. Claro que a elite dirigente se mantém ciente do risco da perda do controle do poder por meio das eleições. Porém como são os responsáveis por produzir as regras do jogo, ao perceberem esta ameaça realizam as adequações necessárias a manutenção das posições políticas³⁹.

Assim é possível fazer uma crítica no sentido de que o Brasil é uma República com uma Democracia inacabada. O povo nunca foi parte dos processos de modificação das relações políticas, que foram sendo desenvolvidos pela elite econômica e para seu próprio benefício. Ao povo, somente foi concedido o direito ao voto como meio de participação processo político. O voto como expressão da representatividade tem caráter de mero consentimento.

³⁸ RANCIÈRE, Jaques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014, p.71.

³⁹ Idem, p.72.

4 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA UM MODELO POSSIVEL

O modelo de democracia representativa parece ter chegado a seu termo junto ao povo. Analisando as participações nas eleições dos últimos 14 anos e possível verificar que a participação do eleitorado vem caindo de maneira considerável, bem como a opção pelo voto em branco ou nulo.

Segundo dados disponibilizados pelo Tribunal Superior Eleitoral⁴⁰, no primeiro turno da eleição geral de 2018, do total de 147.306.295 eleitores, 117.364.560 (79,67%) compareceram às urnas. O índice de abstenção chegou a 20,33%, o maior desde a eleição geral de 1998, o índice de votos brancos foi de 2,65%, o de votos nulos foi de 6,14%. Somando as abstenções e votos brancos e nulos, chega-se a importantes 29,12% do eleitorado que decidiram não participar efetivamente do sufrágio.

Ao não se envolver no processo eleitoral, é possível reconhecer que este número considerável de eleitores esteja demonstrando a descrença com a relação de representação com os eleitos. Em pesquisa⁴¹ realizada pelo Instituto Ipsos, em agosto de 2017, 94% dos entrevistados disseram que os políticos que estavam no poder não representavam a sociedade.

É possível interpretar esta falta de representação como sendo um hiato entre a ação política esperada e a efetivamente adotada pelo eleito. Esse entendimento se torna possível pois na mesma pesquisa, para 86% dos entrevistados a democracia não é respeitada a partir do que se espera de seu conceito como sendo o poder de todos.

Ao se juntar estes dois posicionamentos dos entrevistados, é possível concluir que existe um sentimento de falta de efetividade do sistema democrático. Ao abordar o tema, HIRSCHMAN entende que há entre os cidadãos uma percepção de que o voto apenas expressa uma preferência política e portando é uma forma limitada de participação na vida pública. E questiona se não seria de se esperar a perda absoluta

⁴⁰ <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em 30.mai.2020.

⁴¹ <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,classe-politica-enfrentarejeicao-generalizada,70001934388>. Acesso em 30.mai.2020.

do interesse no voto, uma vez que o cidadão o identificasse como sendo uma ação política limitada⁴².

É preciso pensar em formas de expandir a participação do cidadão na vida pública e que tenham resultados políticos efetivos. É possível que já tenhamos conhecimento sobre quais mecanismos possibilitam o engajamento político do cidadão, mas que ao longo do tempo com a predominância do discurso neoliberal foram enfraquecidos. Sindicatos, partidos políticos, associações de bairro e de classe, conselhos populares consultivos e deliberativos, orçamentos participativos, plebiscitos e referendos seriam meios de aumentar o engajamento político do cidadão para além do voto.

O orçamento participativo é uma das idéias que visa aumentar a participação popular nos destinos políticos da cidade. Pensando a nível municipal, ao indicar onde o orçamento deve ser aplicado os cidadãos, reunidos em assembleia realizada por bairros, de acordo com as suas necessidades. No entanto é preciso dar força vinculante a decisão destas assembleias, para que o cidadão se enxergue como um agente político ativo. Do contrário, estariam diante de mais uma eleição sem força de ação política.

Os conselhos consultivos podem ser vistos como influenciadores da elaboração das políticas públicas. Estes conselhos podem ser pensados em termos municipais, estaduais e federais e divididos setorialmente. Deveriam de promover de maneira constante debates e encontros com a sociedade, que tratassem de temas vinculados às suas áreas de atuação. Ao final de um encontro ou uma jornada de encontros, um programa elaborado a partir dos debates com os cidadãos deveria ser elaborado, ratificado e enviado classificado com um grau de necessidade, ao órgão administrativo responsável pelo setor ao qual o conselho estaria vinculado.

Os conselhos deliberativos seriam responsáveis por trabalhar com as políticas elaboradas pelos conselhos consultivos. Dos programas elaborados pelos conselhos consultivos, o conselho deliberativo selecionaria aqueles que entendesse ter maior viabilidade de implementação. Esta seleção, deveria estar vinculada ao grau de necessidade de implementação indicada pelo conselho consultivo. O programa ou

⁴² HIRSCHMAN, Albert O. De Consumidor a Cidadão.p.116.

programas selecionados seriam enviados ao órgão administrativo responsável pelo setor ao qual o conselho deliberativo estaria vinculado. Uma vez que o conselho é deliberativo, o órgão administrativo responsável, por óbvio, estaria vinculado à escolha da política a ser implementada.

Outros meios de participação política dos cidadãos seriam os plebiscitos e referendos. Estas duas ferramentas de participação democráticas já são bem conhecidas e estão previstas atualmente em nossa Constituição. No entanto, passados 32 anos de sua promulgação, o instituto do referendo e o do plebiscito foram utilizados uma vez cada. Este meio de participação, por já estar previsto e ser bem conhecido em outras democracias, poderia servir como ponto de virada de um modelo de democracia representativa para um modelo de democracia participativa.

Partindo do entendimento de que a crise não está localizada nos princípios democráticos, mas sim no esgotamento do modelo de democracia representativa, este trabalho se apresenta como uma limitada proposta de mudança para o modelo democrático participativo. Não há pretensão nesta breve exposição de definir estas linhas como solução única e definitiva para uma crise tão complexa quanto a que nos é posta neste momento. Porém, pretende-se contribuir para o debate público na identificação de problemas existentes no nosso modelo democrático e propor possíveis soluções a estes problemas.

5 CONCLUSÃO

Desde os pensadores da Era Clássica da Filosofia, nos debruçamos sobre questões relativas a uma melhor forma de organização social. Governo de muitos, de poucos, de um. Associação, concessão, submissão. Política, economia, poder. Liberdade, representação, participação. Todos estes temas foram trabalhados pelos filósofos e cientistas políticos ao longo da História. Em cada etapa histórica pensadores influenciados ou não por aqueles que o antecederam, acrescentam algo ou modificam as definições elaboradas por seus antecessores.

Ao longo desta breve evolução do pensamento político pode-se observar que entre todas as formas de se pensar o Estado, a idéia de um governo aristocrata sobreviveu até os dias atuais. A democracia pensada como um sistema em que todos

possam participar dos rumos políticos da cidade, ainda não foi implementada na prática.

O modelo de democracia que é posto, de maneira geral, como o único possível, reflete de um lado a existência de uma elite dirigente que é capaz de executar o poder político e de outro a maioria, o povo, que tem no voto a forma mais eminente de participação política. Não é na participação de muitos nos assuntos políticos que se caracteriza a democracia moderna, e sim na representação. E como bem apontado por Rousseau, o poder soberano não se representa, ou se faz uso ou não se faz.

A democracia representativa é limitada e foi um modo visto pela aristocracia de permanecer afrente dos rumos políticos do Estado. Para tanto, concessões foram sendo realizadas ao longo do tempo não sem luta ou derramamento de sangue do povo. Vale lembrar que o voto começou restrito à homens de posses, foi estendido a todos os homens, depois aos analfabetos e depois às mulheres.

Este modelo de democracia representativa chegou ao seu esgotamento. O aumento do índice de abstenção, de votos brancos e nulos nas últimas eleições demonstram um nítido descontentamento com o modelo representativo. Em pesquisa⁴³ realizada pelo Instituto Ipsos, em agosto de 2017, 94% dos entrevistados disseram que os políticos que estavam no poder não representavam a sociedade.

É necessário se pensar em uma alternativa a este modelo representativo. A proposta deste trabalho é de se aumentar a participação do cidadão na vida pública, adotar uma democracia participativa. Pensar conselhos populares consultivos e deliberativos, orçamentos participativos, plebiscitos e referendos como meios de aumentar o engajamento político do cidadão para além do voto. É necessário trazer do plano teórico termo Democracia para a realidade.

⁴³ <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,classe-politica-enfrentarejeicao-generalizada,70001934388>. Acesso em 30.mai.2020.

REFERENCIAS

FREITAS, Ricardo de Brito A. P (2002). As Razões do Positivismo Penal no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen.

HIRSCHMAN, Albert O. (1983) De Consumidor a Cidadão. São Paulo: Brasiliense.

KELSEN, Hans (1938) Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva & C.A.

MAAMARI, Adriana Mattar (2014) O Estado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

RANCIÈRE, Jaques (2014) O Ódio à Democracia. São Paulo: Boitempo.

WEFFORT, C. Francisco (2001). Os Clássicos da Política. 13ª. São Paulo: Editora.

Disponível: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,classe-politica-enfrentarejeicao-generalizada,70001934388>. Acesso em 30.mai.2020.

Disponível: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em 30.mai.2020.

MP 966/2020 E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EM ATOS RELACIONADOS COM A PANDEMIA DA COVID-19

Rebeca Azevedo da Silva

RESUMO

O objetivo principal deste estudo é demonstrar o alcance e possíveis consequências que resultarão da pandemia da COVID-19, com o advento da Medida Provisória nº 966/2020¹. A controvérsia a ser debatida, visa, portanto, amenizar as inseguranças sobre extensão e aplicação dos institutos trazidos pela citada Medida Provisória. O esforço aqui empreendido é de demonstrar, efetivamente, a abrangência da referida Medida Provisória, editada em 13.05.2020, a qual propôs estabelecer parâmetros para a análise de existência de responsabilização de agentes públicos, em relação aos atos praticados durante o enfrentamento da emergência de saúde pública da COVID-19 e, também, no combate aos efeitos sociais e econômicos oriundos da referida pandemia. Neste trabalho serão demonstradas algumas hipóteses de responsabilização do agente público, por intermédio da mencionada Medida Provisória, em comparação com o período regular, bem como a repercussão judicial já ocorrida.

Palavras-chave: Direito Administrativo (Brasil). Responsabilidade. Agentes Públicos. COVID – 19. MP 966/2020. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Analisar a conceituação e extensão da Medida Provisória nº 966/2020², no que tange a responsabilização dos agentes públicos, nas esferas civil e administrativa, pelos atos praticados durante a pandemia da COVID-19, é o esforço empreendido neste trabalho.

¹ Entrou em vigor na data de sua publicação (14.05.2020).

² “Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”.

A princípio, será feita uma explanação sobre o alcance da citada medida, a fim de demonstrar quem, de fato, é considerado agente público e quais esferas da administração pública estão sendo influenciadas com os efeitos da novel norma, durante o período da pandemia da COVID-19.

Posteriormente, buscar-se-á entender se a supramencionada Medida Provisória abrange os casos de improbidade administrativa. Será verificada cada modalidade de improbidade administrativa e o atual entendimento jurisprudencial quanto ao tema, objetivando concluir se, efetivamente, tais previsões normativas poderão ser aplicadas nos contextos improbidade.

Estudaremos, também, algumas disposições que a citada Medida Provisória se preocupou em reiterar e/ou esclarecer, mesmo, em tese, já constando do ordenamento jurídico brasileiro. A exemplo, o alcance da responsabilidade do agente público pelas decisões tomadas com base em pareceres técnicos ou opiniões técnicas.

A partir desse contexto geral - de pandemia da COVID-19 e incertezas quanto ao alcance da Medida Provisória nº 966/2020 -, veremos que, assim que a medida foi editada, foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidades³ em face dos seus dispositivos. O Eg. STF, por sua vez, prontamente se preocupou em julgar o tema (devido toda a repercussão social e econômica) e atribuiu à norma interpretação conforme à Constituição Federal.

Por fim, sinteticamente, o presente estudo busca analisar, com base na doutrina e na jurisprudência, o alcance e as alterações já ocorridas em relação a Medida Provisória nº 966/2020⁴, a qual pretendeu estabelecer os parâmetros para a análise da existência de responsabilização de agentes públicos em atos praticados durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública da COVID-19.

³ ADI's nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431

⁴ Última situação: Medida Provisória enviada à Câmara dos Deputados (em 31.05.2020).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS

Inicialmente, é importante considerar que a Medida Provisória nº 966/2020, dispõe sobre ações e omissões que podem ser relacionadas à pandemia de forma direta ou indireta. Se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou seja, é uma norma de alcance nacional, que se aplica aos agentes públicos⁵ de todos os entes da federação, tanto da administração direta quanto indireta.

Entende-se como “agentes públicos” todos àqueles que colaboram com a Administração Pública, direta ou indiretamente. É o conceito mais amplo. Em sua definição, estão compreendidos os agentes políticos, servidores públicos e particulares que atuam em colaboração com a Administração Pública⁶.

Logo no artigo 1º da Medida Provisória em referência, vemos que, em verdade, o que se buscou foi deixar o agente público com mais “liberdade na tomada de suas decisões”, trazendo segurança ao agente, visando eficiência e celeridade em suas escolhas no combate da COVID-19. Vejamos:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.⁷ *(grifo nosso)*

Infere-se, portanto, que o agente público não será mais responsabilizado por culpa, apenas por dolo ou erro grosseiro. A Medida Provisória excluiu a hipótese de responsabilidade do agente por culpa leve ou média, e manteve a grave (erro grosseiro).

⁵ Lei 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa): “Art. 2º *Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior*”.

⁶ Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25ª Edição. Malheiros. São Paulo, pág. 245- 249

⁷ BRASIL. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

Para tratar sobre responsabilidade civil dos agentes públicos é importante, de início, considerar qual é a regra geral. O art. 37, §6º da Constituição Federal⁸ conceitua este

importante instituto da seguinte forma: *“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

A regra geral é que no âmbito da administração pública, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, a sua responsabilidade será direta e objetiva. Todas essas pessoas continuam com a responsabilidade direta e objetiva. Ou seja, **a regra quanto aos entes públicos e privados prestadores de serviço público não foi modificada**.

No entanto, no que diz respeito aos agentes públicos, os quais anteriormente responderiam regressivamente por dolo ou culpa (responsabilidade regressiva e subjetiva), estes sim foram afetados com o advento da Medida Provisória 966/2020.

Em relação a este tema, observa-se que o Eg. STF já se posicionou (tema nº 940⁹ - Recurso Extraordinário nº 1.027.633) no sentido de que o terceiro lesado deve propor a ação diretamente contra a administração pública, e não em face autor do ato (agente público). A administração pública, se condenada, poderá propor a ação de regresso em face ao seu agente se houve dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva).

Para tal interpretação, o Tribunal aplicou a Teoria da Dupla Garantia, a qual estabelece uma garantia primeiro ao particular que vai propor uma ação em face da administração pública e a segunda diz respeito ao agente público (garante ao agente

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

⁹ *“A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*

público uma liberdade de atuação para que ele não seja constrangido por terceiros por receio de eventualmente serem diretamente processados)¹⁰.

Assim, percebemos que a Medida Provisória 966/2020 altera ainda mais este cenário, pois restringe as hipóteses que a Administração Pública pode propor ação de regresso em face do agente público, as quais se limitam para casos de dolo ou erro grave do agente público em casos de ação ou omissão.

Além disso, é importante ressaltar que tal previsão reproduz norma expressa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, a qual, em seu artigo 28 já previa hipótese de o agente público responder pessoalmente somente em casos de dolo ou erro grosseiro, “*verbis*”: “*Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*”¹¹.

A responsabilidade administrativa contará com a mesma sistemática (o agente só responderá durante da pandemia da COVID-19 em casos que, efetivamente, for comprovada a ocorrência de dolo ou erro grosseiro – culpa grave).

Esclarece-se, por oportuno, que a responsabilidade no âmbito penal continua a mesma, pois, além de a Medida Provisória não a ter mencionado, normas penais não podem ser tratadas por Medidas Provisórias, se o fossem, seriam declaradas inconstitucionais, inteligência que se extrai do art. 62, § 1º, inciso I, “b” da Constituição Federal de 1988^{12,13}. Logo, tendo em vista a independência entre as instâncias, o agente público permanece responsável penalmente por dolo ou culpa¹⁴.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário 1.027.633/ /SP. Plenário. Recorrente: MARIA FELICIDADE PERES CAMPOS ARROYO e Recorrido: JESUS JOAO BATISTA (e outros). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 ago. 2019, publicado em 06 dez. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751571868>>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 9 de Setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

¹² “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...) § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) I - relativa a: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”

2.1 Impactos em casos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92 - LIA¹⁴)?

Como é cediço, existem quatro modalidades que tipificam os casos de improbidades administrativa, quais sejam: a) os que importam enriquecimento ilícito do agente (art. 9º da Lei 8.429/92); b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92); c) os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros ou tributários (art. 10-A da Lei

8.429/92); e, d) os atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/92)¹⁵, “*verbis*”:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa** ou **culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente (...)

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade,

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

¹⁴ “EMENTA: (...) 3. *É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da independência relativa das esferas penal e administrativa, havendo repercussão apenas em se tratando de absolvição no juízo penal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Precedentes.* 4. *Recurso ordinário em mandando de segurança desprovido*”. (RMS 32357, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 16-04-2020 PUBLIC 17-04-2020). “*Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.*”

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 3 de junho de 1992.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%202%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A7%C3%A7%C3%B5es.>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente (...) (*grifo nosso*)

De acordo com a pacífica jurisprudência do Eg. STJ, o art. 10 da referida lei é o único que, expressamente, diz que haverá improbidade administrativa em caso de culpa. Nas demais hipóteses, somente haverá em casos de dolo, “*verbis*”:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO (...) 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, não é possível confundir ilegalidade com improbidade. Esta última é a **ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, configurado pelo dolo** para os tipos dispostos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, **pela culpa nas hipóteses do art. 10 da mesma lei**. Isso porque a finalidade da Lei de Improbidade Administrativa é **punir o desonesto, o corrupto, ou seja, aquele que descumpriu com os deveres de lealdade e boa-fé**.5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1323239/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 29/04/2020, DJe 05/05/2020)¹⁶ *_(grifo nosso)*

Logo, facilmente conseguimos vislumbrar a interferência da Medida Provisória nº 966/2020 nos casos de improbidade administrativa, no que tange, especialmente, aos atos dos agentes públicos que causem **prejuízo ao erário** (art. 10 da Lei 8.429/92). Isto porque a sanção por improbidade administrativa tem natureza cível, não criminal, ou seja, situação abarcada pela Medida Provisória, conforme visto anteriormente.

No entanto, veremos a seguir que o Eg. STF¹⁷ excluiu expressamente a incidência da MP 966/20, os atos de improbidade administrativa, ressaltando que a medida provisória não poderá beneficiar nenhum agente público que praticou qualquer ato previsto na Lei 8429/92, tendo em vista que o referido instituto já dispunha de lei própria.

¹⁶ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.323.239/AM (2012/0010133-5). Segunda Turma. Agravante: Ministério Público Federal e Agravado: José Ferreira Sales. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em 29/04/2020, DJe 05/05/2020. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&dokument

¹⁷ Julgamento das ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431.

Assim, podemos concluir que, durante o período de calamidade pública decorrente da COVID-19, de acordo com o entendimento do Eg. STF, a Medida Provisória 966/2020 não terá influência nos casos de improbidade administrativa.

2.2 Imputação de responsabilidade por decisões tomadas com base em pareceres técnicos ou opiniões técnicas

Este ponto também merece atenção, tendo em vista que a Medida Provisória em referência tornou autônoma (diferenciou), a aferição da responsabilidade do parecerista em relação a da autoridade administrativa que decide com base no parecer. Explicaremos.

A Medida Provisória prevê que cada responsabilidade deve ser verificada de maneira independente, assim, ainda que o parecerista seja responsabilizado por dolo ou erro grave na emissão do parecer, se a autoridade pública administrativa decidir com base nesse parecer (emitido com dolo ou erro grave), essa autoridade administrativa não será responsabilizada automaticamente, será necessário verificar se ela tinha elementos para entender que aquele parecer estava enviado com dolo ou erro grosseiro ou se ela estava em conluio com o agente que emitiu o parecer. Esta é a interpretação que se aduz do art. 1º, § 1º, incisos I e II da Medida Provisória 966/2020¹⁸, “*verbis*”:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19. § 1º **A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará: I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou II - se houver conluio entre os agentes. (*grifo nosso*)**

¹⁸ BRASIL. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de maio de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

De forma simplificada, constatamos que o parecer, por si só, não produz efeitos. O que produz efeitos é a decisão. Portanto, se o parecer for emitido com dolo ou erro grosseiro, o parecerista será responsabilizado. Agora, se o decisor adotou o parecer como fundamento da sua decisão, sua responsabilização não será atribuída de maneira automática. Deverá ser constatado se, efetivamente, ele tinha elementos suficientes para saber que o parecer foi emitido com dolo ou erro grosseiro ou se comprovado o conluio entre o perecedor e o decisor. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a regra é que a reponsabilidade do parecerista é configurada somente nos casos de dolo ou erro grosseiro. Em relação ao segundo, o Eg. STF entende que a responsabilização deve ser proporcional ao “*efetivo poder de decisão*” na formação do ato administrativo, “*verbis*”

(...) 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis porém de consequências incalculáveis”. (...) (MS 35196 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019, Processo Eletrônico Dje-022 Divulg 04-02-2020 Public 05-02-2020) ¹⁹

Importante ressaltar que o art. 12, §6º do Decreto nº 9.830/2019 (Regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB)²⁰ já trazia essa mudança de paradigma (confirmada pela Medida Provisória 966/2020), no sentido de que a responsabilidade do decisor não é configurada automaticamente quando o parecerista for responsabilizado por dolo ou erro grosseiro, “*verbis*”:

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 35.196. Primeira Turma. Impetrante: Fernando Antônio Freir de Andrade e Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Luiz Fux Brasília, 12 fev. 2020, publicado em 05 fev. 2020.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de Junho de 2019. Diário Oficial da União, Brasília-DF 11 de junho de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em 31 de mai. de 2020.

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

(...) § 6º **A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.**

Assim sendo, verificamos que o que a Medida Provisória fez foi replicar a regra do art. 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019, quanto a responsabilidade do decisor. Em síntese, quando o parecerista é responsabilizado civilmente ou administrativamente em casos de dolo ou erro grosseiro, esta responsabilidade não é automaticamente imputada ao decisor. Conforme anteriormente visto, o decisor só será responsabilizado se restar comprovado que tinha conhecimento do dolo, ou erro grosseiro, ou, o conluio com o parecerista.

3 DISPOSIÇÕES GERAIS

O §2º do art. 1º da Medida Provisória 966/2020 explica que a responsabilidade em questão não é objetiva. Ou seja, não basta a existência da conduta, do dano e do nexu causal para a responsabilização do agente público. Destaca-se: “§ 2º *O mero nexu de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público*”²¹.

Em verdade, a Medida Provisória em referência trouxe uma “responsabilização subjetiva mitigada” ao agente público, restando, portanto, que ser comprovado o dolo ou erro grosseiro para a imputação de responsabilidade pelos atos praticados pelo agente público durante a pandemia da COVID-19.

²¹ BRASIL. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

O art. 2º conceituou, por intermédio de expressões jurídicas indeterminadas, o que vem a ser “erro grosseiro”, “*verbis*”: “*Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”. (*grifo nosso*)

O art. 3º, por sua vez, foi dedicado para estabelecer elementos para se aferir o erro grosseiro do agente público. Considera-se o “primado da realidade”, pois determina a necessidade de se interpretar o texto normativo de acordo com as dificuldades do administrador, levando-se em consideração as problematizações relacionadas à atividade do gestor público no combate à COVID-19. Destaca-se:

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas. (*grifo nosso*)

Ou seja, a decisão de responsabilização do agente público por erro grosseiro precisa considerar todo o contexto da pandemia da COVID-19, bem como a realidade concreta que o agente estava inserido.

Nota-se que, mais uma vez, a referida Medida Provisória se utilizou de conceitos muito subjetivos/indeterminados como parâmetro de verificação de responsabilidade do agente público (o que, sem dúvidas, dá margem para grandes discussões sobre o assunto, uma vez que fica muito difícil caracterizar tal responsabilidade por erro grosseiro, gerando uma enorme insegurança social, por receio de impunidades).

4 ALTERAÇÕES ORIUNDAS DO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADES (ADIS) Nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431

Em 20.05.2020 e 21.05.2020, o C. Plenário do Eg. STF julgou as Medidas Cautelares apresentadas nas ADIS nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431,

todas de relatoria do Excelentíssimo Ministro Roberto Barroso, ajuizadas em face da Medida Provisória nº 966/2020²².

O Relator, Ministro Roberto Barroso, concentrou seu voto em dois principais pontos:

- i. que é erro grosseiro e, (ii) qual o alcance da responsabilidade quando a decisão é embasada em opinião técnica. Tratou de conceituá-los, a seu ver, conforme a Constituição Federal, bem como **excluiu, expressamente, logo de início, da incidência da MP 966/20, os atos de improbidade administrativa, ressaltando que a medida provisória não poderá beneficiar nenhum agente público que praticou qualquer ato previsto na lei 8429/92.**

Por fim, o Tribunal, por maioria, analisou as medidas cautelares, vencido, preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela inadequação da ação direta. Em seguida, por maioria, o Plenário deferiu parcialmente os pedidos cautelares para:

- a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de “*standards*”, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e
- b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente:
 - i. das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Partidos e ABI contestam restrições à responsabilização de agentes públicos por atos relacionados à pandemia. Notícias STF. Brasília, 15 de mai. de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443451>>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

princípios constitucionais da precaução e da prevenção.²³

Assim, formara-se as seguintes teses:

Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado por inobservância: primeiro de critérios científicos e técnicos e, segundo, dos princípios constitucionais da prevenção e precaução.

- i. A autoridade competente deve exigir que a opinião técnica em que baseará sua opinião trate expressamente das normas e critérios científicos e técnicos aplicados à matéria tal como estabelecidos por organizações nacional e internacionalmente reconhecidas e da observância dos princípios administrativos da prevenção e da precaução, sob pena de se tornarem corresponsáveis pela violação de direitos.**

Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que concediam a cautelar em maior extensão e o ministro Marco Aurélio que a concedia no sentido de suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito²⁴. Ou seja, o Tribunal restringiu o alcance da norma, visando trazer mais segurança jurídica na aplicação dos seus institutos.

5 CONCLUSÃO

A situação que se instaurou no mundo devido à pandemia da COVID-19 está longe de alcançar teses e/ou decisões pacíficas e unânimes. Partindo dessa premissa, fato é que nós, como coletividade, estamos enfrentando um momento novo, e tudo que é novo requer medidas que se adequem à realidade. Logo, no atual momento, entendemos que o Estado precisa se preocupar em tomar decisões que melhor solucionem ou, pelo menos, visem amenizar os impactos (sociais e econômicos)

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6421. Brasília, 01 de jun. de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 01 de jun. de 2020.

²³ Situação atual: Acordão pendente de publicação. Em 27.05.2020, foi expedida comunicação deste julgamento do Plenário do Eg. STF para a Presidência da República

²⁴ Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

decorrentes da pandemia em todos os âmbitos e para todos os povos, sem violar nenhuma garantia ou princípio constitucionalmente estabelecido.

Em razão disso, podemos concluir com a máxima clareza que é de suma importância o monitoramento constante de todas as medidas estatais que estão sendo tomadas, principalmente, as do Chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares.

O atual trâmite da Medida Provisória 966/2020, aqui estudada, trouxe repercussões muito interessantes e que merecem sim uma atenção por parte da sociedade. Isto porque, conforme visto, ela estabelece que os agentes públicos não serão responsabilizados, durante a pandemia da COVID-19, por culpa leve ou média, apenas em casos de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), o que, por vezes, pode ser interpretado de maneira bastante subjetiva, ensejando, por consequência, uma sensação impunidade.

É importante observar que para a administração pública nada mudou, a sua responsabilidade continua a mesma (direta e objetiva). A restrição que a Medida Provisória trouxe foi em relação as hipóteses em que a Administração Pública pode propor ação de regresso em face do agente público, as quais se limitam para casos de dolo ou erro grave do agente público, em casos de ação ou omissão.

Ainda, é importante considerar que, nos casos de atos de improbidade administrativa, a citada Medida Provisória só teria influência em ações que causassem prejuízo ao erário, ou seja, quando, indubitavelmente, restasse comprovado que o ato do agente público caracterizou erro grosseiro ou dolo. Porém, conforme visto, o Eg. STF entendeu por bem excluir a incidência da MP 966/20, os atos de improbidade administrativa, ressaltando que a medida provisória não poderá beneficiar nenhum agente público que praticou qualquer ato previsto na Lei 8429/92.

Dentre outras disposições, a mencionada Medida Provisória também reforçou uma previsão já existente²⁵, no que tange a autonomia entre a responsabilidade do decisor e o parecerista que emite parecer eivado com dolo ou erro grosseiro.

²⁵ Art. 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019- “§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.”

O Eg. STF, por sua vez, como guardião da Constituição Federal, prontamente se posicionou sobre o tema, dando interpretação conforme a Constituição Federal e dispondo teses que restringem algumas das supostas imprecisões que o texto da Medida Provisória dispunha, visando justamente trazer segurança jurídica à norma, no contexto da pandemia da COVID-19.²⁶

Por fim, conclui-se que, em verdade, o que se percebe é que a referida Medida Provisória, em alguns de seus dispositivos, apenas replicou normas anteriormente existentes, daí se aduz uma natureza simbólica, completamente justificada porquanto o período de pandemia requer posicionamentos mais expressos e específicos. Embora a referida Medida Provisória tenha buscado “aliviar” o regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos, é certo que, se for convertida em lei, os reflexos dessa flexibilização serão objeto de muitos debates.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

Mello, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. Malheiros. São Paulo, pág. 245-249

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **Recurso Extraordinário 1.027.633/SP**. Plenário. Recorrente: Maria Felicidade Peres Campos Arroyo e Recorrido: Jesus Joao Batista (e outros). Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 ago. 2019, Publicado em 06 dez. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751571868>>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 9 de Setembro

²⁶ Decidiu que os atos de agentes públicos em relação à pandemia da COVID-19 devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias.

de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 3 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs&context=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs)>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.323.239/AM** (2012/0010133-5). Segunda Turma. Agravante: Ministério Público Federal e Agravado: José Ferreira Sales. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em 29/04/2020, DJE 05/05/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=109100190®istro_numero=201200101335&peticao_numero=201900862057&publicacao_data=20200505&formato=PDF>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 35.196**. Primeira Turma. Impetrante: Fernando Antônio Freir de Andrade e Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Luiz Fux Brasília, 12 fev. 2020, publicado em 05 fev. 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751913839>>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de Junho de 2019**. Diário Oficial da União, Brasília-DF 11 de junho de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em 31 de mai. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Partidos e ABI contestam restrições à responsabilização de agentes públicos por atos relacionados à pandemia**. Notícias STF. Brasília, 15 de mai. de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443451>>. Acesso em: 31 de mai. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6421**. Brasília, 01 de jun. de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 01 de jun. de 2020.

A CRISE DO ESTADO DE DIREITO E OS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Maria Clara de Carvalho Honório Costa

RESUMO

O presente artigo pretende inicialmente delinear sinteticamente a relação umbilical entre os principais elementos caracterizadores do Estado de Direito e o Direito Administrativo (em sua mais ampla concepção). Em um segundo momento pretendeu-se apresentar alguns pontos alvos de debates que levam à uma significativa crise dos ideais do Estado de Direito e, conseqüentemente, os efeitos dessa instabilidade na condução da Administração Pública e na vida em sociedade.

Palavras-chave: Estado de Direito. Direito administrativo. Crise.

1 INTRODUÇÃO

É certo que o Direito Administrativo de modo geral está umbilicalmente ligado à criação e constituição do Estado de Direito. Pode-se afirmar que a razão de ser do primeiro depende necessariamente do segundo. Para que se esclareça tal conexão é necessário explorar minimamente as principais características formadoras do Estado de Direito como se fará logo adiante.

O estudo das premissas que justificam o Estado de Direito aplicado à realidade vivenciada atualmente no Brasil leva à conclusão de que o Estado atravessa uma crise o que conseqüentemente interfere na condução da Administração Pública e na vida dos administrados.

Por mais que pareça distante da realidade dos cidadãos comuns, são grandes os impactos dessa instabilidade individualmente e em todos os setores da sociedade, sobretudo quando associada à uma crise econômica e social como é o caso da situação vivenciada pelos brasileiros nos últimos anos, especialmente no atual ano de 2020.

2 ESTADO DE DIREITO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Para tratar da conexão diretamente proporcional entre Estado de Direito e Direito Administrativo se faz necessária uma breve análise conceitual.

Em um primeiro momento, tratar da definição de Estado de Direito pode parecer algo simples, decorrente da própria lógica da expressão, chegando-se à conclusão de que Estado de Direito é o modelo em que o poder estatal está sujeito ao império da lei. No entanto, a observância da supremacia da lei apesar de ser essencial é insuficiente para caracterizar materialmente o Estado de Direito.

Esta definição simplista advém da própria origem do modelo de Estado de Direito com o surgimento do liberalismo na Europa no século XVIII, após as revoluções burguesas contra o absolutismo monárquico.

Todavia, as mais diversas situações decorrentes da condução da Administração Pública em um Estado de Direito demandam a conjugação de outras características também fundamentais, sobretudo a separação de atribuições, a legitimação dos administradores e a garantia dos direitos fundamentais dos administrados em face do Estado, conforme se verá mais adiante.

No mesmo sentido disserta José Afonso da Silva:

(...) se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente¹.

Se a concepção jurídica de Estado de Direito fosse unicamente ligada à legalidade estrita (como defendia Hans Kelsen), a todo e qualquer Estado poderia ser atribuído o modelo de Estado de Direito, mesmo que se trate de um Estado onde vigora regime de exceção, como por exemplo a Alemanha nazista².

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.114.

² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul./set. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47039>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Sendo Estado uma forma complexa de organização política da sociedade, há elementos indissociáveis no conceito de Estado de Direito que influenciam diretamente no conceito de Direito Administrativo contemporâneo ligados intimamente à realidade histórica, econômica, social e cultural do país.

Pode-se afirmar então que o Estado de Direito passou por uma evolução conceitual ao longo da história. Surgiu no bojo da ascensão do liberalismo como uma resposta ao Estado absolutista, sobretudo em face da excessiva intervenção estatal (e dos abusos) na economia e nos demais setores da sociedade. Nesse ponto, cito Canotilho:

(...) mais do que um conceito jurídico, o Estado de direito era um conceito político e, além disso, um conceito de luta política. Concretamente, constituía o instrumento da luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador, contra os resquícios do Estado feudal, contra as sobrevivências estamentais³.

Depois, transmutou-se pela necessidade do estabelecimento da justiça social, não garantida pela ideologia liberal. Surgiu então o Estado Social de Direito decorrente da necessidade de superação do individualismo burguês por meio da busca pela concretização da igualdade material dentre outros direitos sociais.

Bonavides bem resume a crítica estabelecida ao conceito burguês de liberdade:

(...) seu normativismo vazio e os inumeráveis claros que apresentava, declarando-o, por conseguinte, inoperante para prover as necessidades e reivindicações sociais das classes desfavorecidas, maiormente aquelas que compunham os escuros quadros da miséria urbana e proletária nas minas e fábricas da chamada Revolução Industrial⁴.

José Afonso da Silva cita Elías Díaz, que explica que Estado Social de Direito caracteriza-se no propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*⁵. São tidas como marcos jurídicos desse modelo de Estado de Direito a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 1991.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 67.

⁵ DÍAZ, 1973 apud SILVA, 2005, p. 115.

Por fim, chegando no que seria hoje o último modelo de Estado de Direito, tem-se o Estado Democrático de Direito. Este modelo surgiu da necessidade de equilíbrio entre as premissas mais fortes do Estado Liberal e do Estado Social, bem como do controle do poder político pelo povo, de forma a submeter os interesses do Estado à soberania popular.

O Estado Democrático de Direito se funda na imposição da participação efetiva do povo na coisa pública, superando o ideal de igualdade meramente formal, visando a realização do princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana⁶.

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho:

(...) considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos⁷.

Tem-se, portanto, que o conceito de Estado de Direito é algo dinâmico e em constante aperfeiçoamento, na medida em que seus pilares devem atender às demandas e anseios da sociedade a que se amolda. O processo de democratização do Estado vai além da mera submissão à lei, pois deve haver submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos⁸.

Por outro lado, é certo que umas das consequências do advento do Estado de Direito foi a criação do que hoje se conhece como Direito Administrativo, a partir da subversão da ideia de que o Poder do monarca é algo absoluto e intocável que os membros da sociedade são súditos e não cidadãos. Isso porque, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente - o do Estado de Polícia -, justamente a disciplina do Poder,

⁶ Ibid., p. 117.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados - não mais súditos⁹.

De fato, o Direito Administrativo só poderia existir a partir do momento em que o Estado estivesse sob a égide da ordem jurídica, regulando-se dentro do âmbito normativo estabelecido. Celso Antônio conceitua o Direito Administrativo como sendo “*o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem*”¹⁰. Para ele, o Direito Administrativo é um Direito que surge para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro de um espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal¹¹.

É nessa linha de que o Direito Administrativo está indissociavelmente ligado ao Estado de Direito que se faz necessária à descrição das características essenciais do Estado de Direito, por meio de uma síntese dos elementos principais.

2.1 Supremacia da lei

Indubitavelmente o estabelecimento da legalidade é um dos principais elementos caracterizadores do Estado de Direito, pois, conforme exposto anteriormente, surgiu da necessidade de contraposição ao poder absoluto dos monarcas, que os permitia submeter a vida, a liberdade e a propriedade de seus súditos a sua vontade¹².

Já no final do século XVIII, a ideologia liberal se consolidou como precursora do novo modelo de Estado, tendo como ideais a priorização das liberdades, da propriedade, da não intervenção estatal e da imposição de limites ao poder central. Nesse contexto, com a ascensão do positivismo, a supremacia da lei se consagrou como elemento primordial na instituição do modelo de Estado de Direito que estava sendo criado.

A “estatização” do Direito foi influenciada pelo pensamento liberal defendido por Montesquieu, que em sua obra prima “O Espírito das Leis” assenta que “a

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 136.

¹⁰ *Ibid.*, 37.

¹¹ *Ibid.*, p. 47.

¹² DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 305.

liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem”¹³. Nessa perspectiva, a conduta, os direitos e obrigações dos homens passam a ser representadas pela lei, elaborada pelo legislador, como expressão da vontade geral.

Outro expoente da defesa do Estado legal foi Hans Kelsen, que em sua obra “Teoria Pura do Direito” atribuiu caráter científico ao Direito, inserido em um tendência anti-ideológica. Kelsen defendeu o Direito como sendo um sistema de normas jurídicas colocadas pelo Estado dentro de um escalonamento de autoridade legal hierárquica, de modo que a Constituição do Estado significa a camada jurídico-positiva mais alta do sistema¹⁴.

Importante ressaltar que foge do objetivo do presente trabalho discorrer sobre a crítica acerca redução do Estado de Direito ao Estado de mera legalidade defendida por pensadores do Estado de Direito clássico, que não enxergava possibilidade de flexibilização da supremacia da lei. Quer-se aqui apenas expor os pontos principais desse elemento caracterizador do modelo em estudo.

A relevância da legalidade como pilar do Estado de Direito moderno é muito bem sintetizada por José Afonso da Silva no seguinte trecho:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, **mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais**. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quando ao seu conceito formal, de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, **é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular**, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira

¹³ MONTESQUIEU, 1996, apud., SILVA, 2005.

¹⁴ SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213-230, jul./set. 2005, p. 216. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf?sequence=4>. Acesso em: 04 jun. 2020.

que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses¹⁵ (grifo nosso).

Pode-se afirmar que o princípio da legalidade está inserido no modelo de Estado de Direito como uma garantia aos cidadãos de que todos os organismos do poder público devem atuar nos estritos limites da lei. No plano social, é encarado como símbolo da liberdade, pois consiste em não estar sujeito a outrem, mas tão somente à lei.

2.2 Separação de poderes

Embrionariamente, a incorporação da separação de poderes ao conceito de Estado de Direito também foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, na medida em que representa a descentralização das funções do Estado, antes exercidas unicamente ao critério do monarca. Assim como a legalidade, a separação de poderes também característica fundamental do Estado de Direito, sendo instrumento de limitação do poder estatal perante os cidadãos.

Extraí-se das lições de Montesquieu que a separação das funções é pressuposto de validade do Estado de Direito. O elemento principal dessa característica é a ideia de que os poderes configuradores do Estado devem ser independentes e complementares entre si, baseado no fato de que a estabilidade do sistema advém do controle mútuo entre os poderes, o que pressupõe ações coordenadas e interligadas por parte dos agentes públicos no desempenho das competências.

Segundo Montesquieu, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente¹⁶.

No contexto pós-Revolução Francesa, a separação de poderes constou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791 como sendo um dos

¹⁵ SILVA, op. cit., p. 121.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 216.

pilares essenciais do Estado para a garantia dos Direitos do Homem¹⁷, o que indica a relevância da sua existência e efetividade dentro do Estado de Direito.

Pois bem, a separação de poderes não deve ser entendida como um fim em si mesmo, mas como um instrumento concebido com o intuito de viabilizar efetividade dos preceitos constitucionais¹⁸, sobretudo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No mesmo sentido leciona Inocêncio Mártires Coelho:

(...) o princípio da separação dos poderes adquiriu o status de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais**¹⁹ (grifo nosso).

Canotilho explica a relevância da separação de poderes no Estado por meio de três princípios: a) jurídico-organizador; b) normativo autônomo; c) fundamentador de incompatibilidades. O primeiro diz respeito à “*criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (checks and balances)*”. A segunda trata do alcance da “justeza da decisão” no exercício dos poderes administrativos e da possibilidade de revisão dos atos. Por fim, o terceiro aponta para a necessidade de se evitar um entrelaçamento pessoal de funções executivas e parlamentares, por meio da divisão ou separação pessoal de poderes ou funções²⁰.

Nessa linha, percebe-se que a medida em que as funções estatais se tornam mais complexas, surge a necessidade de fortalecimento e desenvolvimento desse elemento caracterizador do Estado de Direito. Um das críticas que se faz é a de que embora a teoria da separação de poderes tenha sido concebida como forma de

¹⁷ SILVA, op. cit., p. 109.

¹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 37-42, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44054>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

¹⁹ MENDES, COELHO, BRANCO, op. cit., p. 177.

²⁰ CANOTILHO, op.cit., p. 366-367.

limitação do poder estatal, a evolução da sociedade criou novas exigências ao Estado, demandando a ampliação e o aperfeiçoamento da sua atuação²¹.

Este será um dos pontos a ser abordado mais adiante no bojo da análise sobre a sobreposição do poder judiciário em relação aos outros poderes no contexto da crise do Direito Administrativo.

2.3 Direitos fundamentais

A garantia estatal de acesso aos direitos fundamentais dos cidadãos também é um elemento inerente a qualquer Estado de Direito. Isso porque tais direitos são direitos adquiridos historicamente e se fortaleceram ao longo dos anos na medida em que o próprio Estado de Direito se concebeu. Segundo Bobbio, *“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual”*²².

Quer-se dizer a legitimidade de atuação do Estado está indissociavelmente vinculada²³ ao reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos. Lênio Streck denomina essa característica do Estado Democrático de Direito como sendo um “plus normativo”, na medida em que agrega condições *“para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais”*²⁴.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona o seguinte:

“(...) os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles. Definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que

²¹ DALLARI, op. cit., p. 221-222.

²² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho, p. 9. Disponível em:

²³ SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. Três momentos do Estado de Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2524, 30 maio 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14935>. Acesso em: 5 jun. 2020.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 05 jun. 2020.

não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade”²⁵.

Se por um lado a efetivação dos direitos fundamentais como uma conquista histórica representa o limite de atuação do Estado frente aos cidadãos, por outro deve significar direta ou indiretamente a diretriz maior de sua atuação como agente principal que organiza e desempenha as atividades de interesse coletivo. Tal premissa está fora do alcance da disponibilidade do agente estatal, pois está embrionariamente vinculada às próprias origens do Estado de Direito.

2.4 Democracia

Essencial a este trabalho também descrever brevemente o papel da democracia como elemento caracterizador do Estado de Direito em sua mais plena concepção, como Estado de legitimidade justa ou Estado de Justiça material. A democracia é um conceito histórico intimamente ligado aos demais elementos do Estado de Direito, representa o meio e o instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais²⁵.

José Afonso da Silva afirma que *“a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história”*²⁶. Deve-se a este fato a atribuição de conceituação errônea àquelas que reduzem o Estado Democrático de Direito apenas uma mera junção formal dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, isso porque a expressão revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação de *status quo*.

A ideia de democracia construída no contexto do Estado de Direito está vinculada à ideia de igualdade material na sociedade. Historicamente, o procedimento democrático surgiu num contexto de ruptura com a ideologia do Estado liberal clássico, com a finalidade de realizar a justiça social entre todos os cidadãos burgueses e proletariados. O preâmbulo da Constituição Federal brasileira

²⁵ SILVA, op. cit., p. 125-126.

²⁶ Ibid., p. 126.

muito bem sintetiza a relação entre os três elementos que aqui se expõe — Estado de Direito, democracia e igualdade —, na medida em que condiciona a instituição do Estado Democrático à garantia ao “*exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)*”²⁷.

Sobre este ponto interessante citar excerto da obra *Igualdade e Liberdade* de Norberto Bobbio:

Liberdade e igualdade são valores que servem de fundamento à democracia. Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores – é a definição segundo a qual **a democracia é não tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência**²⁸ (grifo nosso).

Pois bem, se o Estado tem sua organização e dinâmica moldados por princípios democráticos, tem-se que qualquer função, órgão ou agente que componha a sua estrutura não deve se afastar desses princípios. No mesmo sentido leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Sendo base do Estado os princípios democráticos, não seria pensável nele haver uma Administração Pública autoritária ou distante daqueles princípios. A democracia modela e remodela a Administração Pública, reformula-a segundo o que dita a sua natureza cidadã e pública²⁹.

Sobre o tema, trago também o magistério de Fernando Dias Menezes de Almeida:

(...) o consenso tem íntima relação com a democracia, não integrando o princípio próprio dos regimes autocráticos. O

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 5 jun. 2020.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, p. 5-28, out. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/287/r136-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Estado, como fenômeno político, e a administração, como parte desse fenômeno, no contexto de um regime democrático, devem, pois, dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade³⁰.

Estabelecida a premissa de que o Direito Administrativo está indissociavelmente ligado ao Estado de Direito, depois de expostos os principais elementos que regem esse modelo de Estado amplamente praticado no mundo, tem-se o suficiente para a análise sobre os impactos da desestabilização dos pilares do Estado de Direito no Direito Administrativo.

3 A CRISE DOS PILARES DO ESTADO DE DIREITO

Já foi estabelecido que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração, conseqüentemente, se os elementos caracterizadores do Estado de Direito sofrem modificações ou são afetados, o Direito Administrativo também será e, por conseqüência, haverá reflexos diretos e indiretos na vida dos cidadãos.

Passa-se agora à análise de alguns pontos de divergência acerca desses elementos que caracterizam e dão sentido ao Estado de Direito da forma como temos hoje.

De início, impende discorrer brevemente acerca da aplicabilidade do princípio da legalidade no Direito Administrativo contemporâneo, cujo enunciado explicita a subordinação da atividade administrativa à lei³¹. Este surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello cita Hely Lopes Meirelles que ensina que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Um dos pontos de grande discussão na seara administrativa é o alcance da limitação da lei na atuação administrativa, a chamada “relação de legalidade”, ou a intensidade em que a atuação administrativa se vê limitada pela norma formal. Na

³⁰ ALMEIDA, 2008 apud DI PIETRO, 2019.

³¹ MELLO, op cit., p. 78.

prática, não se vê a atuação da Administração apenas como “executora das leis”, pois diversas vezes no desempenho das funções, é necessário que haja o exercício da hermenêutica por parte do agente público diante da “generalidade” das leis.

A crescente valorização do aspecto material da legalidade administrativa autoriza o administrador se valer de outros elementos que participam indiretamente da concretização da norma jurídica. É o que defende Cármen Lúcia:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como estado de Lei, ou Estado de Legalidade³².

Tal atuação ampliativa atribuída à Administração pode levar à extrapolação dos limites constitucionais para o exercício da função administrativa.

Gustavo Binbenojm aponta algumas causas para a atual “crise da lei” experimentada pelo Direito Administrativo³³.

Um deles diz respeito à extensão do arcabouço normativo, isto é, ao excesso de leis que levam à banalização da lógica legislativa. Aqui também se enquadra o crescente aumento dos atos infralegais editados pela Administração. Tal fenômeno se deu mais precisamente em razão do aumento e da complexidade das funções estatais, demandando do legislador (e também do “legislador infralegal”) o aumento da produção normativa, tendo em vista o corolário da legalidade³⁴.

Outra causa pode ser atribuída ao descrédito da lei como expressão da vontade comum, “pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação e pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”³⁵.

Os efeitos do fenômeno experimentado com o princípio da legalidade pode ser estendido parcialmente para explicar a crise que assola o princípio da separação de poderes como corolário do Estado Democrático de Direito.

³² ROCHA, apud., CHICOSKI, 2016, p. 274.

³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

³⁴ *Ibid.*, p. 35.

³⁵ *Ibid.*, p. 35.

É evidente que a teoria clássica da separação de poderes sofreu modificações ao longo da história para se tornar também premissa para o aumento da efetividade do próprio Estado no desempenho de suas funções, por meio da descentralização de competências e a criação de órgãos especializados. Nesse contexto é que se firmou a ideia de funções típicas e atípicas dos três poderes, e a necessidade de fortalecimento e estruturação do sistema de freios e contrapesos.

Nesse ponto, é possível citar diversos pontos de crise na aplicabilidade da separação de poderes atualmente, um deles e o mais pungente é o fenômeno do ativismo judicial.

Lênio Streck aponta que a partir da nova ordem jurídica inaugurada pela Carta da República de 1988 as *"inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais constitucionais podem ser expungidos do texto magno"*³⁶.

O tema é sensível e trata, dentre outros pontos, da incapacidade do Estado em garantir o acesso aos direitos fundamentais dos cidadãos. O dilema gira em torno da legitimidade da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas diante da responsabilidade constitucional em entregar ao jurisdicionado a resposta estatal. Aqui, tem-se de um lado, o Poder Judiciário sendo instado a exercer a jurisdição e a legitimidade ou não da sua atuação na medida em que impõe à Administração Pública o provimento do direito pleiteado.

Por outro lado, um dos temas que mais tem sido debatidos atualmente não só no contexto brasileiro, mas também em todo o globo é a questão da crise da democracia representativa.

Pois bem, conforme já exposto no tópico anterior, sabe-se que a democracia surgiu como uma forma de compatibilização da igualdade e da liberdade reivindicadas no bojo da conjuntura da ascensão do liberalismo e da ruptura com o

³⁶ STRECK apud., FREIRE JÚNIOR, 2004, p. 39.

sistema absolutista, objetivando atribuir legitimidade ao novo sistema de Estado, por meio da participação da sociedade na atuação estatal.

Ocorre que na medida em que a estrutura do Estado foi se tornando mais complexa, houve um remodelamento dessa concepção clássica de democracia representativa que, associados a outros diversos fatores, contribuiu para a chamada crise da democracia representativa.

No Brasil, um dos motivos desse fenômeno é o grande distanciamento entre os representantes eleitos e o eleitorado, muito devido ao sistema político-partidário adotado pelo nosso sistema constitucional. Sobre este ponto, leciona Paulo Bonavides:

A vontade una e soberana do povo, que deveria resultar de um sistema representativo de índole e inspiração popular, se decompôs em nossos dias na vontade antagonica e disputante de partidos e grupos de pressão. Na sociedade de massas abalase de maneira violenta a acomodação dos interesses econômicos, políticos e sociais, **cada vez mais interesses globais do povo e cada vez mais interesses parcelados de grupos e classes conflitantes**. Por isso mesmo tradutores de um antagonismo que vai se tornando irremediável, sujeitos a um equilíbrio precário e **que** jamais poderá ser adequadamente atendido pelas velhas estruturas do sistema representativo³⁷ (**grifo nosso**).

Outro aspecto que pode ser elencado é a falta de interesse da população brasileira nos assuntos relacionados à política e ao funcionamento do Estado. Tal condição pode ser devido à precariedade dos debates sobre o tema na própria educação básica, associada a um fenômeno cultural negativo. No Brasil só de fala de política em épocas de eleição, no lapso temporal entre uma eleição e outra, o assunto cai no esquecimento dos cidadãos, que se esquecem da importância do papel do eleitor no desenvolvimento da democracia e da política local.

Além disso, a crise da democracia muito tem a ver com a exposição das estruturas de corrupção sistêmica dentro da política brasileira. A falta de interesse dos representantes para com o interesse comum, aliado com a facilidade de desvios dos deveres formais, bem como a possibilidade de troca de favores de cunho pessoal

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Disponível em: <<https://docs.google.com/a/fcarp.edu.br/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZmNhcnuZWR1LmJyfg51cGVk aXxneDozZDIyY2FIMTQ4ZDIxYzBh>>. Acesso em: 5 de jun. 2020.

fazem parte da cartilha pró-corrupção seguida por grande parte dos representantes políticos do países em todos os níveis de governo.

O Brasil está inserido em um contexto de fragilidade do modelo democrático representativo, envolvendo sobretudo o distanciamento dos cidadãos da sua obrigação na estrutura política, o que também propicia a prática de abusos e práticas corruptivas.

4 OS REFLEXOS DA CRISE NO DIREITO ADMINISTRATIVO E NA SOCIEDADE

Houve ao longo da história do direito administrativo brasileiro uma valorização do aspecto material no qual a legalidade administrativa adquire um sentido amplo, permitindo uma atuação condizente com aquilo que o sistema jurídico, aberto à realidade, lhe impõe³⁸.

Tal condição leva o administrador a muitas vezes extrapolar a interpretação da lei, naquilo que tange a sua própria essência, de maneira a prejudicar e/ou mitigar direitos dos administrados. A título exemplificativo, cita-se o fato de que a Administração Tributária muitas vezes autua o contribuinte pelo fato de ele ter usufruído de um benefício fiscal decorrente da lei, o faz a partir de uma interpretação restritiva não condizente com a ratio da norma provedora daquele benefício, por simples discricionariedade interpretativa.³⁹

Tal fato leva o Brasil a ser um dos países que mais possui contingências judiciais na seara tributária comparado com demais países com sistema tributário similar.

Acerca da discussão sobre o desvirtuamento do princípio da separação de poderes em razão do ativismo judicial, ressalto que a despeito de toda a discussão sobre a legitimidade ou não dessa “extra atividade” do Poder Judiciário no contexto brasileiro, é certo que a instabilidade das instituições afeta diretamente e constantemente a vida dos cidadãos.

³⁸ CHICOSKI, D. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 254-283, 11 jan. 2016. Disponibilizado em: <<http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/98432/107819>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

Exemplificativamente, ocorre com frequência a seguinte movimentação: o poder executivo edita ato (medida provisória ou decretos autônomos) regulamentando direitos/deveres não previstos, ou previstos parcialmente, em lei; aqueles que se sentem lesados ajuízam ações no Poder Judiciário alegando a invalidade ou causas de nulidade daquele ato; na primeira instância, defere-se a liminar, em sede recursal, a segunda instância suspende a liminar; em sede de ação própria, quando é o caso de alegada violação constitucional, possivelmente o Supremo Tribunal Federal ainda poderá manter a suspensão ou cassar a decisão recorrida. No decorrer dessa movimentação, o Poder Judiciário muitas vezes acaba analisando o mérito do ato administrativo e até mesmo realizando juízo de constitucionalidade de ato administrativo que poderia ser objeto de lei ou até mesmo de projeto de lei perante o Poder Legislativo.

Com isso, quer-se dizer que a falta de interligação e de coerência na atuação das funções administrativas, muitas vezes na intenção de resguardar os direitos dos cidadãos, pode acabar provocando efeito reverso e resultar na instabilidade institucional, na insegurança jurídica e, conseqüentemente, na mitigação ou prejuízo dos direitos.

A crise do ideal de democracia certamente é um dos elementos que mais reflete na condução da Administração Pública e gera a instabilidade institucional tão prejudicial ao bem comum.

Dos aspectos analisados, pode-se inferir que grande parte dos problemas que assolam a democracia representativa hoje poderiam ser corrigidos ou mesmo amenizados pela própria sociedade. Emerson Gabardo muito bem assevera que “*o exercício da vontade popular na moderna democracia não pode se esgotar no sufrágio universal e no voto direto, secreto e igualitário*”³⁹.

Se a instituição e o fortalecimento da democracia deveriam levar à garantia e concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, pode-se inferir que uma vez

³⁹ GABARDO, Emerson. A Eficiência no Desenvolvimento do Estado Brasileiro: uma questão política e administrativa. 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/8143156/A_efici%C3%A2ncia_no_desenvolvimento_do_estado_brasileiro_uma_quest%C3%A3o_pol%C3%ADtica_e_administrativa._GABARDO_Emerson._In_MARRA_RA_Thiago._Org._Princ%C3%ADpios_de_direito_administrativo._S%C3%A3o_Paulo_Atlas_2012_p_327-351._>>. Acesso em: 5 de jun. 2020.

que a democracia se encontra em crise, a satisfação desses direitos fica cada vez mais inatingível.

Em conclusão, cito uma reflexão muito lúcida de Gustavo Binbenojm:

As crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, não diretamente responsivas à vontade política de agentes eleitos, impulsionam hoje a tendência quase universal, embora não imune a críticas, ao fomento à participação social nos processos de formação das decisões administrativas. Tãmanha é a sua importância na atualidade que já tem sido considerada uma forma de democratizar as democracias representativas⁴⁰.

5 CONCLUSÃO

De toda a análise feita a partir da interligação dos elementos do Estado de Direito com a legitimação do Direito Administrativo da forma experimentada atualmente, percebe-se que a crise enfrentada pelos elementos justificadores do Estado podem interferir diretamente na atuação da Administração frente à sociedade.

Sem dúvida, o comprometimento do Estado de Direito afeta a possibilidade de previsibilidade dos cidadãos com relação às mais diversas ações públicas, reduz a segurança jurídica, favorece o surgimento de um ambiente no qual a possibilidade do exercício de práticas arbitrárias se torna possível e reduz a efetivação do acesso aos direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora Unb, 1998. Disponível em: [http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/No rberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf](http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/No%20berto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf). Acesso em: 04 jun. 2020.

⁴⁰ BINENBOJM, op cit., p. 78.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19 ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 37-42, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44054>>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, p. 5- 28, out. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/287/r136-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jun. 2020.

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213-230, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf?sequence=4>. Acesso em: 04 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 05 jun. 2020