

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# DIREITO

## *Administrativo Contemporâneo*

Coordenação:

**Bernardo R. Rozendo Pinto**

**Lilian Rose Lemos Rocha**

**Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira**

**Rui Magalhães Piscitelli**



**Bernardo R. Rozendo Pinto**  
**Lilian Rose Lemos Rocha**  
**Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira**  
**Rui Magalhães Piscitelli**

**CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

# **DIREITO**

*Administrativo Contemporâneo*

**Organizadores:**

*Louise Gabrielle Esteves Soares de Melo*

*Naiara Ferreira Martins*

*Nathalia Corrêa de Souza*

*Pedro Almeida Costa*

*Rafael de Almeida Guimarães*

*Tércia Martins de Barros Ferreira*

Brasília, 2015.

## **REITORIA**

### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

### **Vice-Reitor**

Edevaldo Alves da Silva

### **Pró-Reitora Acadêmica**

#### **Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

### **Pró-Reitor Administrativo-Financeiro**

Gabriel Costa Mallab

### **Secretário-Geral**

Maurício de Sousa Neves Filho

## **DIRETORIA**

### **Diretor Acadêmico**

Carlos Alberto da Cruz

### **Diretor Administrativo-Financeiro**

Geraldo Rabelo

## **INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

### **Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

### **Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

### **Capa**

UniCEUB/ACC | André Ramos

### **Projeto Gráfico e Diagramação**

Ar Design

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Caderno de pós-graduação em direito : Direito administrativo contemporâneo / Coordenação de Bernardo R. Rozendo Pinto ...[et al.] ; Organização de Louise Gabrielle Esteves Soares de Melo ... [et al.]. – Brasília : UniCEUB ; ICPD, 2015.

154 p.

ISBN 978-85-61990-42-8

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. 3966-1335 / 3966-1336

<b>PREFÁCIO</b> .....	7
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>CONTROLES DO PODER EXECUTIVO FEDERAL SOBRE OS INVESTIMENTOS FEDERAIS REALIZADOS POR MEIO DE SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO SETOR DE INFRAESTRUTURA ENERGÉTICA</b> .....	13
<i>STÊNIO GRANGEIRO LOUREIRO</i>	
<b>ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DE SUPERAÇÃO DAS LIMITAÇÕES DE ACESSO A DADOS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PÚBLICAS FEDERAIS PELA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO: O CASO DO BNDES</b> .....	39
<i>JOÃO GABRIEL MIRANDA ALVES PEREIRA</i>	
<b>ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA ATUANDO EM PARCERIA COM O ESTADO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	71
<i>PAULO EDUARDO LIRA MORAES</i>	
<b>O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO SOB A VISÃO CONSTITUCIONALIZANTE E DA TEORIA DAS NORMAS</b> .....	93
<i>RODRIGO GONÇALVES RAMOS DE OLIVEIRA</i>	
<b>O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES E O CASO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA LAI</b> .....	115
<i>NATHALIA CORRÊA DE SOUZA</i>	
<b>O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) APLICÁVEL AO CASO BRASILEIRO</b> .....	137
<i>CRISTIANE LOPES GONÇALVES, MARLUCE FLEURY FLORES</i>	



## PREFÁCIO

**P**ioneirismo 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

Com muita honra, venho apresentar três dos trabalhos que me foram submetidos à orientação como requisito à obtenção do título de Especialista no Curso denominado “Novas Tendências do Direito Público e Gestão das Políticas Públicas”, no UNICEUB.

Mas, também, trago o sentimento da alegria misturado com o da insatisfação no sentido de que, além desses trabalhos, muitos outros foram-me trazidos à orientação e apresentados com louvor pelos Alunos.

A alegria se justifica pela quantidade de trabalhos com altíssimo nível acadêmico combinado com a visão profissional de seus autores, todos servidores da Controladoria-Geral da União na sua atividade finalística; a insatisfação, no sentido de que meu real desejo seria publicar todos eles, o que, por questões de adequação à realidade possível, sabemos não ser, infelizmente, possível.

Mas, desde já, parablenizo todos os meus orientandos pela qualidade e pela honra à Academia proporcionada no sentido de fazer avançar ainda mais a qualidade institucional, tanto do UNICEUB, quanto da Instituição à qual pertencem, a Controladoria-Geral da União.

O primeiro artigo é da autoria de Stênio Grangeiro Loureiro, no qual aborda a atuação da Controladoria-Geral da União em face dos recursos públicos geridos no âmbito das sociedades de propósito específico no setor infraestrutura energética.

Stênio trata o tema de forma aprofundadamente técnica, sem descurar de situar a discussão no âmbito das reformas administrativas que ocorreram no Brasil nas últimas décadas, sobretudo com o repensar da atuação estatal no setor da atividade econômica, com o abandono do posicionamento central do setor público em setores econômicos, especificamente, no setor energético. Inicia-se o artigo com uma evolução da Administração Pública, centrando-se, pois, as condições necessárias, assim, para a implementação desse cenário.

Como não poderia deixar de ser, apresenta o viés dos controles internos no cenário jurídico brasileiro, e de como a atuação desses controles vem aprimorando-se com a internalização de institutos gerenciais, aplicáveis já de há algum tempo

em vários outros países, como a governança corporativa e a gestão de riscos, a despeito de somente recentemente estarem sendo introduzidos na pauta dos órgãos de controle interno, e, ainda mais timidamente, aplicáveis na esteira da Administração Pública federal como um todo.

No âmago de seu trabalho, analisa percucientemente as mudanças que o setor energético brasileiro passou nos últimos anos, harmonicamente com a evolução da prática administrativa no âmbito nacional. E, como ponto focado de análise, trata das sociedades de propósito específico que propiciam a participação estatal no setor energético brasileiro, ainda que sem o controle da atividade, mas como importante parceiro econômico e estratégico do setor, que, afinal, deve ser gerido visando a toda a coletividade.

A preocupação externada por Stênio, e bem fundamentada, é a de que há necessidade de que os órgãos de controle estatais, sobretudo a Controladoria-Geral da União, tenham a possibilidade de adentrar na fiscalização dos recursos públicos alocados às referidas sociedades de propósito específico, não sob o ponto de vista de controle da mesma pelo Estado brasileiro, mas sob um enfoque de efetividade do gasto público que, a despeito de não ser de controle acionário, são vultosos e recorrentes em tais arranjos societários.

Em sua conclusão, que tão bem sintetiza o problema por ele trazido, posiciona-se claramente na necessidade de que os recursos públicos no âmbito das sociedades de propósito específico no setor energético sejam fiscalizados pelos órgãos de controle, principalmente a Controladoria-Geral da União, a fim de que os avanços gerenciais e corporativos mundiais possam atuar em sinergia com o cenário nacional e a necessidade coletiva, ao final, do devido serviço público energético a todos os brasileiros.

O segundo artigo, com proficiência, trata, no âmbito jurídico, mas sem descurar da análise econômica necessária para o entendimento do efeito como um todo, sobre o acesso a dados de instituições financeiras públicas federais pela Controladoria-Geral da União.

João Gabriel Miranda Alves Pereira inicia situando o cenário do Novo Direito Administrativo e analisando a teoria dos princípios como instrumento para que as práticas estatais estejam de acordo com a leitura constitucional que a contemporaneidade exige.

Prosseguindo, de maneira elogiosa pelo aprofundamento, o autor adentra nas formas de controle da Administração Pública, com enfoque nas competências atribuídas à Controladoria-Geral da União.

Adentrando no mérito, em tema de notável dificuldade, João Gabriel apresenta o cenário das estatais no ordenamento jurídico brasileiro, quer no âmbito da álea econômica, atividade de fomento e prestação de serviços públicos pelo Estado brasileiro.

Especificamente, discorre sobre a atuação do Banco Nacional do Desenvolvi-

mento Econômico – BNDES e a enquadra na atuação precípua no incentivo governamental aos projetos privados que visem ao desenvolvimento econômico nacional, logo, sob o pálio do regime jurídico-administrativo que é próprio do ente estatal.

De forma proativa, visando a trazer contribuições da Academia à prática administrativista, João Gabriel dedica a parte final do seu trabalho a apresentar sugestões para o aprimoramento do controle interno em relação às informações necessárias requeridas no âmbito das entidades estatais que exerçam, precipuamente, suas atividades sob as luzes do regime jurídico-administrativo.

Finalmente, o autor analisa a questão do sigilo bancário que deve ser preservado pelas instituições financeiras, mas, em uma conclusão fortemente fundamentada, o afasta, no caso do BNDES, em relação ao controle interno, no caso, exercido pela Controladoria-Geral da União, demonstrando uma leitura consentânea com os princípios administrativos que dão suporte ao entendimento do Novo Direito Administrativo.

Por fim, mas não sem o mesmo brilho, Paulo Eduardo Lira Moraes traz importante análise sobre a participação, na execução das políticas públicas, da sociedade civil organizada.

De forma muito analítica, Paulo discorre sobre a evolução dos direitos fundamentais, em momento no qual se faz necessário para o entendimento das mudanças perpetradas no Direito Administrativo contemporâneo.

E, nesse sentido, analisa as fases da evolução da Administração Pública, no sentido de possibilitar o entendimento de que, concomitantemente à evolução dos Direitos Fundamentais, o Estado teve de operacionalizar-se, através de sua Administração Pública, a fim de melhor poder responder às necessidades sociais crescentes. E, desse cenário, vem o nascimento da parceria entre o Estado e a sociedade civil organizada na execução de políticas públicas.

No que concerte às formas de atuação da sociedade civil organizada, Paulo traz, especialmente, a inserção dos observatórios sociais no acompanhamento pela sociedade das atividades governamentais, atuando, assim, como forma também importante de controle cidadão a ser exercido em face do Estado.

De maneira proativa, também não deixa de tecer anotações para o melhoramento do sistema de controle interno, no caso, sugerindo a aplicação de institutos recém-criados no âmbito da organização das sociedades civis, para a celebração de parcerias entre o controle estatal e o social, maximizando, assim, o controle público governamental.

Igualmente, com muita honra, trago os artigos do Curso de Especialização “Novas Tendências de Direito Público”, também do UNICEUB, de Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira, Nathalia Corrêa de Souza e a produção conjunta de Cristiane

Lopes Gonçalves e Marluce Fleury Flores.

Trabalhos de grande qualidade acadêmica, os quais tenho a honra de poder apresentar ao público acadêmico.

Rodrigo capta a essência do Novo Direito Administrativo, pautado por uma leitura constitucionalizante. Trabalhando autores de alto respeito na Academia, passa a explanar sobre a nova forma de interpretação administrativista, sobretudo com a vinculação da norma jurídica à aplicação jurídica.

Traz substancial conclusão de modo a fixar a necessidade de os operadores jurídicos pautarem suas condutas jurídicas através do olhar principiológico fundante constitucionalizado.

Nathalia trata de um ponto específico, mas de grande alcance na contemporaneidade administrativista brasileira, a Lei de Acesso à Informação.

Traz do Direito comparado os elementos necessários à compreensão do instituto do acesso à informação no âmbito do Direito pátrio, sem descurar da análise minuciosa da legislação nacional.

Analisa o duelo entre a “cultura do segredo” e a “cultura de acesso”, e chega à análise do Relatório da LAI do ano de 2014, no âmbito da Administração Pública federal brasileira, coroando seu artigo com dados empíricos.

Por fim, Cristiane e Marluce, em um trabalho a “quatro mãos” que muito dignifica a Academia, analisam o princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Seu enfoque central é na análise de 4 leadings cases do Supremo Tribunal Federal, em que percucientemente bem retratam as peculiaridades com que a Egrégia Corte Constitucional brasileira trata da matéria.

Sua conclusão passa pela necessidade de observância do princípio, inclusive no plano legislativo.

Assim, a honra também nesses 3 brilhantes artigos é toda minha ao apresentá-los.

Nesse sentido, desejo uma ótima leitura a todos, consciente de que o trabalho de difusão do conhecimento e da busca da melhoria da Administração Pública é um caminho que, diuturnamente, nos é posto como desafio. E, desses artigos, com certeza, vêm-nos a satisfação de termos contribuído no processo.

Brasília-DF, idos de 2014-2015.

Forte abraço,

Rui Magalhães Piscitelli

Professor da pós-graduação em Direito do UNICEUB

# **CONTROLES DO PODER EXECUTIVO FEDERAL SOBRE OS INVESTIMENTOS FEDERAIS REALIZADOS POR MEIO DE SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO SETOR DE INFRAESTRUTURA ENERGÉTICA**

Stênio Grangeiro Loureiro<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Reforma Gerencial. 2. Controles Internos. 3. Governança Corporativa. 4. Setor Elétrico. 5. Sociedades de Propósito Específico. 6. Riscos Operacionais. 7. Conclusão. 8. Referências.

## **RESUMO**

O setor elétrico brasileiro possui uma estrutura baseada em grandes empreendimentos que envolvem significativos volumes de recursos e um período de maturação elevado. O novo paradigma da administração pública exige um apropriado sistema de controle e governança como forma de mitigar os riscos já extensamente debatidos pela teoria do conflito de agências. Ao considerarmos que a participação do capital privado se dá por meio de Sociedades de Propósito Específico (SPE), muitas vezes com participação minoritária de empresas estatais, fica evidente que qualquer lesão ao patrimônio da SPE atinge também o patrimônio público ali aportado. O presente artigo busca apresentar uma avaliação dos controles desenvolvidos pelas empresas estatais junto às SPE, além de buscar avaliar a pertinência da atuação dos órgãos de controle governamentais como maneira de garantir o uso racional dos recursos públicos alocados. Para tanto, utilizou-se da metodologia de revisão bibliográfica e documental, iniciando com o entendimento da evolução da administração pública desde o contexto burocrático até o gerencial, seguindo com a revisão dos conceitos de sistemas de controle, de governança, e finalizando com o entendimento da estrutura atual do setor elétrico, como as SPE estão inseridas nesse contexto e quais os principais riscos identificados na implementação dos projetos. Ficou evidente a grande quantidade de riscos pelos quais os empreendimentos estão sujeitos durante todo seu ciclo de vida. Riscos potencializados pela ausência de mecanismos adequados de controle e governança, corroborando a necessidade de uma atuação mais incisiva dos órgãos de controle governamentais com o objetivo de preservar o patrimônio público.

---

<sup>1</sup> Analista de Finanças e Controle da Secretaria Federal de Controle da Controladoria-Geral da União (SFC/CGU), graduado em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Especialista em Novas Tendências do Direito Público e Avaliação das Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Setor Elétrico. Sociedades de Propósito Específico. Controle Estatal.

## ABSTRACT

The Brazilian electric sector has a structure based on large projects that involve significant resources and a high maturation period. The new paradigm of public administration requires an appropriate system of control and governance as a way to mitigate the risks already widely discussed by the conflict theory of agency. When we consider that the participation of private capital is by means of Specific Purpose Companies (SPE), in most cases, with a minority share of state-owned enterprises, it is clear that any injury to the assets of SPE also affects the public patrimony there contributed. This paper intends provide an evaluation of the controls developed by state-owned enterprises with the SPE, in addition to seeking to assess the pertinence of actions of government regulatory agencies as a way to ensure the rational use of public resources allocated. Therefore, we used the bibliographical and documentary review methodology, starting with the understanding of the evolution of public administration from the bureaucratic context to the management, following the revision of the concepts of control systems, governance, and ending with the understanding the current structure of the electric sector, as the SPE are inserted in this context and what the main risks identified in the implementation of projects. Became evident the lot of risks for which the enterprises are subject throughout their life cycle. Risks potentiated by the absence of adequate mechanisms of control and governance by ratifying the need for a more incisive role of government control agencies in order to preserve public property.

**Key words:** Administrative Law. Electricity Sector. Special Purpose Companies. State Control.

## 1 REFORMA GERENCIAL

Inicialmente, tomando como referência o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de Bresser Pereira<sup>2</sup>, a administração pública evoluiu através de três modelos básicos: a administração patrimonialista, a burocrática e a gerencial. A evolução do patrimonialismo, que tinha o aparelho do Estado como

---

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Administração e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2014. p. 15

uma expansão do poder do dirigente, trouxe a administração burocrática, como forma de combater a corrupção e o nepotismo, baseada nas ideias de desenvolvimento profissional, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo e controles administrativos rígidos. Tal premissa fez com que o Estado se voltasse para si, na medida em que seus serviços aumentavam, fazendo com que o objetivo de servir a sociedade fosse se deteriorando. Na busca de se restabelecer o foco, em resposta às dificuldades impostas diante da expansão das funções do Estado e da chegada da globalização da economia e também pelo desenvolvimento tecnológico, surge um novo paradigma gerencial orientado por princípios como o da eficiência, buscando-se uma redução de custos e aumento da qualidade dos serviços, com controles com foco em resultados em substituição ao antigo controle burocrático dos processos. Assim, mudava-se o pressuposto de que os resultados da ação do Estado eram bons porque os processos administrativos estavam sob controle e eram seguros para o pressuposto de que o resultado é bom quando as necessidades do cidadão passam a ser atendidas.

Foi nesse contexto que Abrucio<sup>3</sup> expôs como o modelo gerencial surgiu e evoluiu nas principais potências do mundo, ao enfrentar a necessidade de superar as crises econômicas (crise do petróleo em 1973 e 1979), sociais e administrativas dos anos 70, uma vez que, na dimensão econômica, o Estado possuía uma ativa intervenção, interferindo em setores considerados estratégicos com o de telecomunicações e energia, na dimensão social, caracterizando o *Welfarestate*, procurava intervir na área social (educação, saúde, previdência etc.) e na dimensão administrativa buscava manter a impessoalidade, neutralidade e racionalidade do aparato governamental. Assim, a lógica da produtividade consolidada pelo setor privado levava a um modelo ideal de gestão, e países como Grã-Bretanha, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Canadá e outros da Europa continental, na tentativa de reduzir os gastos públicos e se tornarem mais ágeis e mais flexíveis, começaram a introduzir padrões gerenciais na administração pública. Não se pode deixar de ressaltar que o modelo gerencial foi se modificando ao longo do tempo, isso porque o gerencialismo evolui de um mecanismo

---

<sup>3</sup> ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública**: Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. (Cadernos ENAP; n. 10). Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAbrciocad%2010.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

utilizado somente para reduzir os custos e aumentar a eficiência e produtividade da organização para um processo de modernização aliado a conceitos de qualidade, descentralização, competitividade, equidade, *accountability* e avaliação dos serviços por seus beneficiados (consumidores/cidadãos).

É com ênfase nesse processo de privatização das atividades ligadas à produção de bens e serviços para o mercado, que o setor de infraestrutura energética também sofre reestruturações em diversos países do mundo. Srouf<sup>4</sup> exemplifica os casos de reestruturação ocorridos na Inglaterra e no Chile, antes de adentrar na experiência brasileira. O caso inglês foi um dos pioneiros no mundo. Na busca pela eficiência, o governo acreditava ser possível a privatização de grandes estatais, dentre elas as ligadas ao setor elétrico. A experiência de privatização inglesa trouxe como vantagens uma maior pressão sobre o corte de custos, um aumento na produtividade com uma consequente melhora no lucro, na competição e na eficiência. No caso do Chile, cuja realidade se aproximava mais da brasileira por se apresentar num período de crise fiscal, falta de investimentos e deterioração dos serviços prestados, houve inicialmente um processo de ajustes de preços para proporcionar um autofinanciamento das empresas, bem como uma estruturação do sistema regulatório para que o processo de privatização iniciasse. Como resultado de um processo bem elaborado, teve-se a melhora no desempenho dessas organizações devido a um aumento da taxa de cobertura dos serviços, facilidade na captação de recursos privados, aumento do consumo, diminuição das perdas e aumento da produtividade dos trabalhadores. Diferentemente do caso chileno, a experiência brasileira se iniciou sem que houvesse um marco regulatório definido para o setor. Apenas em 1998, dez anos depois de promulgada a Constituição, foi que surgiu a Lei nº 9.648, institucionalizando os princípios básicos da nova regulamentação do setor, compreendendo reformas patrimoniais e institucionais positivadas por meio de seu art. 5º:

Art. 5º O Poder Executivo promoverá, com vistas à privatização, a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRAS e de suas subsidiárias Centrais Elétricas Sul do Brasil S/A – ELETROSUL, Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A – ELETRONORTE, Cia Hidroelétrica

<sup>4</sup> SROUR, Sandra. **A reforma do Estado e a crise no setor de energia elétrica: uma visão crítica do caso brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, 2005.



do São Francisco – CHESF e Furnas Centrais Elétricas S/A, mediante operações de cisão, fusão, incorporação, redução de capital, ou constituição de subsidiárias integrais (...).

Importante citar que o novo modelo cria novos agentes ativos no mercado, como a figura do produtor independente de energia elétrica, a do autoprodutor e a do consumidor livre. O que se percebeu foi que o processo de privatização se destacou inicialmente no segmento da distribuição e, devido à indefinição das regras relacionadas ao segmento de geração, acabou por inibir os investimentos necessários nesse segmento.

## 2 CONTROLES INTERNOS

No ínterim da reforma gerencial, já com a publicação do Decreto-Lei nº 200, Marques Neto<sup>5</sup> trata da importância do tema controle na administração pública. Ressalta a consagração, pelo Decreto Lei nº 200, de uma estrutura da Administração Pública contendo o tema controle como um princípio fundamental, ao lado do planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência e enfatiza a supervisão ministerial (arts. 26, 27 e 28) sobre a administração indireta por meio de aprovação de contas, relatórios e balanços, assim como da realização de auditoria e avaliação periódica do rendimento e produtividade, evidenciando resultados positivos ou negativos dos seus trabalhos bem como as causas e justificativas necessárias ao interesse público. Com a Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 74, foi estabelecida a necessidade de avaliação de resultados da gestão quanto à eficiência e eficácia, além da necessidade de manutenção de um sistema de controle interno. Em 2000, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Crimes Fiscais, Castro<sup>6</sup> ressalta o aumento das responsabilidades dos agentes municipais, fortalecendo a necessidade de organização dos controles internos pela exigência de controle das fontes vinculadas, das despesas

<sup>5</sup> NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Estado da Arte do Controle da Administração Pública no Brasil e na União Europeia**. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao\\_jur/arquivos/textos/090427\\_estadoArte\\_prof-Floriano.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/textos/090427_estadoArte_prof-Floriano.pdf)>. Acesso em 09/09/2014

<sup>6</sup> CASTRO, Domingos de Poubel. **Auditoria e controle interno na administração pública: a evolução do controle interno no Brasil: do Código de contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003: guia para atuação das auditorias e organização dos controles internos nos Estados, Municípios e ONGs**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79-89.

de pessoal, dos convênios, de restos a pagar, de publicações quadrimestrais e dos próprios sistemas de controle no cumprimento da LRF.

Pela INTOSAI<sup>7</sup>, a definição de controle interno é “um processo integrado efetuado pela direção e corpo de funcionários, e é estruturado para enfrentar os riscos e fornecer razoável segurança de que, na consecução da missão da entidade, os seguintes objetivos gerais serão alcançados:

- execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações;
- cumprimento das obrigações de *accountability*;
- cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis;
- salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano.”

Importante esclarecer que a garantia do cumprimento da missão institucional pode exigir um custo de controle que supere os eventuais benefícios em relação ao alcance dos objetivos. Definir esse nível de garantia deve considerar os riscos inerentes, adotando-se níveis aceitáveis de risco de uma forma quantitativa e qualitativa. Há de se considerar, ainda, que externalidades fora da zona de influência da organização, como mudanças nas políticas governamentais, condições demográficas ou econômicas, também podem influenciar na segurança dos controles aplicados, exigindo reconfigurações ou ajustes. Com isso, apenas os custos não podem ser considerados numa avaliação sobre a aplicação da implementação de controles na consecução da missão institucional de uma organização, haja vista que a avaliação qualitativa sobre o impacto do controle aplicado perante a sociedade pode justificar eventuais custos que se apresentem superiores aos benefícios imediatos.

### 3 GOVERNANÇA CORPORATIVA

Juntamente com a globalização, com a evolução tecnológica e com o aumento da complexidade existente nas transações das empresas dentro de um mercado globalizado, veio a necessidade de uma administração mais dinâmica por meio da delegação, pelo proprietário, do controle das empresas a um agente

<sup>7</sup> INTOSAI. **Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector**. Tradução: Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. Disponível em: <[http://www.tce.ba.gov.br/images/intosai\\_diretrizes\\_p\\_controle\\_interno.pdf](http://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2014.

especializado. Como efeito colateral, surgem divergências do que seria considerado o melhor para a empresa, onde o então administrador tenderia a agir de maneira a maximizar seus próprios benefícios em detrimento dos interesses dos demais interessados da empresa. A situação apresentada representa nada mais que o conflito de agência já extensivamente tratado pelos estudiosos do assunto. A solução do conflito recai sobre o conceito de Governança Corporativa na medida em que, conforme definição do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, o conflito é minimizado pela adoção de uma série de práticas de monitoramento, controle e divulgação das informações. Assim, para o IBGC<sup>8</sup>:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.

Do conceito acima, pode-se extrair os principais mecanismos de Governança Corporativa, que se baseiam nos princípios básicos de legalidade (*compliance*), prestação de contas (*accountability*), transparência (*disclosure*) e equidade ou senso de justiça (*fairness*). De acordo com Peixoto<sup>9</sup>, o Conselho de Administração representa um desses mecanismos, cujas principais funções correspondem a: acompanhar a gestão de forma imparcial; contribuir para o desenvolvimento de estratégias, gestão de riscos e planejamento sucessório; e garantir a elaboração dos relatórios financeiros. Ainda, de acordo com o CMPGC, Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa<sup>10</sup>, a missão do Conselho de Administração foca no retorno do investimento e a busca do equilíbrio entre os anseios das partes interessadas. As boas práticas apontam ainda para a necessidade da separação das funções do presidente de conselho de administração e dos gestores corporativos, já positivada em leis e práticas comerciais que incidiriam sobre a necessidade de separação entre a propriedade e o controle, de

<sup>8</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Governança Corporativa**. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>>. Acesso em: 22 set. 2014

<sup>9</sup> PEIXOTO, F. M. **Governança corporativa, desempenho, valor e risco: estudo das mudanças em momentos de crise**. 2012. 216 f. Tese (Doutorado em Administração) – Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais (CEPEAD-FACEUFMG), Belo Horizonte, 2012.

<sup>10</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 4. Ed. São Paulo, IBGC: 2009.

maneira a proporcionar uma supervisão adequada da gestão, evitando-se uma concentração de poder.

Peixoto<sup>11</sup> cita ainda que o poder dos conselhos poderia ser aumentado sem a necessidade de alterações legais morosas, na medida em que se poderia, internamente, limitar o tamanho do conselho, incluir mais representantes externos, aumentar a quantidade e a duração das reuniões, focar no monitoramento do desempenho dos executivos, reduzir o tempo com a análise de questões meramente burocráticas e dar mais atenção à prestação de contas dos conselheiros. Para Bernardino<sup>12</sup>, o conselho de administração é considerado o principal mecanismo interno de Governança Corporativa, devendo ser dada atenção especial ao tamanho e independência, características que, se negligenciadas, podem falhar no atendimento dos interesses dos acionistas em prol dos objetivos dos dirigentes.

Outro mecanismo de governança citado por Bernardino<sup>13</sup> refere-se à política de compensação e incentivos aos administradores, de maneira que a remuneração dos executivos, atrelada ao desempenho e a uma maior eficiência da empresa, contribui para a solução do problema agência, dando incentivos que interliguem o comportamento dos gestores com os interesses coletivos dos acionistas. Contudo, cuidados devem existir ao se definir salários, bônus e compensações de longo prazo. Uma alternativa estaria na definição de benefícios implícitos e explícitos. Estes relacionados à revisão periódica dos salários, aqueles quando submetidos às ameaças de demissão ou substituição em função do desempenho.

Bernardino<sup>14</sup> continua citando como importante mecanismo de Gover-

---

<sup>11</sup> PEIXOTO, F. M. **Governança corporativa, desempenho, valor e risco: estudo das mudanças em momentos de crise**. 2012. 216 f. Tese (Doutorado em Administração) – Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal de Minas Gerais (CEPEAD-FACEUFMG), Belo Horizonte, 2012.

<sup>12</sup> BERNARDINO, F. F. M. **A governança corporativa como um determinante da eficiência das organizações pertencentes ao setor elétrico brasileiro**. 2014. Tese (Mestrado em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014.

<sup>13</sup> BERNARDINO, F. F. M. **A governança corporativa como um determinante da eficiência das organizações pertencentes ao setor elétrico brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014.

<sup>14</sup> BERNARDINO, F. F. M. **A governança corporativa como um determinante da eficiência das organizações pertencentes ao setor elétrico brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em

nança Corporativa a estrutura de propriedade e controle, na medida em que reflete o alinhamento entre os interesses dos proprietários e controladores por envolver o grau de concentração da posse das ações, a identidade dos controladores e as formas de controle indireto. Considera que os benefícios da concentração de propriedade, no instante em que diminuem os custos de agência e incentivam os poucos acionistas a monitorar os gestores, reduzindo o conflito de agência e caracterizando um efeito-incentivo, podem ser fragilizados por uma legislação cuja proteção aos acionistas minoritários é fraca, proporcionando uma maior expropriação dos mesmos e influenciando diretamente no valor das empresas. Assim, para melhor estimular o ambiente de negócio, aumentando a capitalização das empresas e a captação de investimentos externos, as normas legais, assim como as infralegais, devem se tornar mais rígidas, garantindo os direitos de investidores como direito a voto e a dividendos, exigindo mais transparência dos gestores, melhores formas de representação nos conselhos, direitos de preferência na subscrição de novas ações, mesmo direito em relação ao valor das ações recebido pelo controlador e pelo minoritário etc.

A autora ainda destaca a transparência como mecanismo de governança, onde a informação precisa, acessível, oportuna, completa e transparente deve envolver bem mais que as informações econômico-financeiras, devendo alcançar também a ação gerencial, proporcionando agregação de valor à empresa. Dessa maneira a transparência proporciona informações oportunas, envolvendo fatores como desempenho e riscos, o que permite a redução da assimetria das informações entre os controladores, acionistas minoritários e mercado, aumentando o nível de confiança das informações geradas pela empresa e a consequente proteção dos minoritários.

Quando avançamos para a aplicação da governança na esfera pública, Fontes Filho<sup>15</sup> ressaltava semelhanças com os mesmos problemas encontrados na governança organizacional, dentre eles: a separação de propriedade e gestão, levando aos mesmos conflitos de agência e possibilitando a aplicação da teoria da

---

Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014.

<sup>15</sup> FONTES FILHO, J. R. Governança Organizacional aplicada ao setor público. *In: VIII CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Panamá: 2003.

agência no âmbito público, em especial nas empresas estatais do setor produtivo, como é o caso do setor elétrico; os mecanismos de responsabilização e de definição de poder; e questões relacionadas ao acompanhamento e incentivo na execução de políticas e objetivos definidos.

Em que pese a Teoria da Agência ter paralelo no âmbito estatal, atenção deve ser tomada na medida em que a difusão das boas práticas adquiridas pela Governança Corporativa não validam completamente as premissas que sustentaram o modelo no ambiente público, pois não existe uma reavaliação dos eventuais benefícios ou resultados devidamente contextualizados no novo ambiente sociocultural receptor, haja vista o interesse de novos vários atores sociais e políticos bem como de diversos arranjos institucionais. Dessa maneira aparecem dificuldades na implementação de mecanismos de governança, antes não enfrentadas no setor privado, como a falta de parâmetros para comparar o desempenho, potencializada pela dificuldade em estabelecer os esforços exigidos para atingir os resultados e a dinâmica diferente das relações de emprego e rotatividade de colaboradores. Considerando que o Estado possui uma visão mais ampla, que extrapola o mercado, pois existe uma responsabilidade social cujos objetivos devem atender aos interesses públicos envolvendo diversos interessados, existe a possibilidade de tornar mais difusa a definição dos objetivos organizacionais. É a partir dessa dificuldade que o agente, ao ser levado a definir seus próprios objetivos, precisará partir para a legitimação de suas escolhas.

Em complemento, Mello<sup>16</sup> continua destacando o papel da governança corporativa para o setor público por meio da necessidade de uma evidencição completa de relatórios, desenvolvimento de códigos de conduta para os diretores, manutenção de uma estrutura interna que promova a independência de processos e tomadas de decisões, bem como a presença de auditores e diretores independentes, com uma clara definição de responsabilidades. Destaca, ainda, que a impossibilidade de se estabelecer um único modelo de administração pública não exclui a possibilidade de definirmos elementos essenciais que contribuam para um contexto de uma governança corporativa sólida, a

---

<sup>16</sup> MELLO, Gilmar Ribeiro de. Governança corporativa no setor público federal brasileiro. 2006. Tese (Mestrado em Ciências Contábeis). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

exemplo da estrutura administrativa, ambiente administrativo, administração de risco, conformidade, avaliação de desempenho e responsabilidade em prestar contas. Vincula ainda os elementos essenciais a princípios como liderança, integridade, responsabilidade em prestar contas e transparência, de maneira que os cidadãos devem ser os primeiros a conhecerem da utilização efetiva dos recursos públicos. Assim, a essência da governança, na perspectiva do governo, é a de que exista estrutura para o agente suportar a responsabilidade que lhe foi imposta, estrutura esta composta pelo elemento administração com foco na realização dos objetivos, pelo elemento de controle com foco na garantia de que os objetivos sejam alcançados, pelo elemento supervisão com foco no alinhamento dos objetivos em benefício da sociedade e no elemento de responsabilidade de prestar contas, uma vez que todas as informações devem estar disponibilizadas.

De acordo com o PSC/IFAC, que é o comitê do setor público da Federação Internacional de Contadores (IFAC), a governança está interessada nas estruturas e processos para a tomada de decisão, responsabilidade de prestar contas, controle e comportamento dos principais dirigentes das organizações. Ao considerar a complexidade do setor público e das divergentes estruturas legislativas às quais estão submetidas as entidades públicas, os princípios fundamentais da governança: transparência, integridade e responsabilidade em prestar contas, deveriam ser adaptados para o setor público da seguinte maneira:

- **Transparência:** exigida pela sociedade nas ações e processos de tomada de decisão e na gestão das entidades do setor público, devendo ser precisa, clara e pública para as partes interessadas;

- **Integridade:** fundamentada na honestidade, objetividade e probidade, depende da efetividade dos procedimentos de controle, dos padrões pessoais e do profissionalismo dos indivíduos. Está refletida nos procedimentos de tomada de decisão e na qualidade dos relatórios financeiros e de desempenho da organização; e

- **Responsabilidade em prestar contas:** caracterizada pela responsabilização das entidades do setor público e indivíduos por suas ações e decisões e devidamente submetida ao apropriado julgamento externo, resumindo: é a obrigação de responder por uma responsabilidade conferida.

## 4 SETOR ELÉTRICO

De acordo com Cerqueira, as empresas de fornecimento de eletricidade que atuavam no Brasil na época do início do desenvolvimento do setor elétrico eram de pequeno porte, sem muita interferência do capital internacional. Com a publicação do Código das Águas, em 1934, resultado do fortalecimento do nacionalismo, o setor elétrico passa a operar com concessões de 30 anos, as fusões e aquisições ficaram proibidas e as tarifas não mais eram reajustadas pela cotação do ouro, mas segundo os custos históricos e taxa de remuneração de 10% o que, de certa forma, desestimulou os investimentos privados, provocando nas décadas de 30 e 40 racionamentos de energia que prejudicaram as atividades produtivas.

Em decorrência das crises energéticas, com o Plano Nacional de Eletrificação, de 1946, o Estado entra como coordenador dos investimentos e tenta melhorar a oferta por meio de incentivos à instalação de usinas de pequeno e médio porte, assim como por meio de melhorias das linhas de conexão. Deu-se, então, a criação da Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF, a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, como resposta à necessidade de suprir a carência de financiamento de longo prazo para grandes investimentos de infraestrutura, bem como a criação de empresas como FURNAS, CEMIG, ESCELSA, CELUSA Eletrobras holding.

Já na década de 80, devido à crescente evolução da demanda, à inflação em níveis elevados, ao endividamento externo e à unificação das tarifas que tinham como objetivo a transferência de receitas de empresas superavitárias<sup>17</sup> para as que vinham apresentando prejuízos, houve uma diminuição significativa do volume de investimento estatal no setor de energia, o que levou o governo, no início dos anos 90, a buscar investimentos privados para o setor energético por meio de um arcabouço legal que focava na liberalização e na consequente privatização de empresas estatais.

Há de se considerar a peculiaridade da estrutura do Sistema Elétrico Brasileiro (SEB) que, conforme salienta Esposito<sup>18</sup>, pela abundância de recursos

<sup>17</sup> CERQUEIRA, Michele Nunes Freires. **Normas Regulatórias Brasileiras para Incentivar o Investimento Privado no Setor de Geração de Energia Elétrica na Última Década: do Modelo à Realidade**. 2013. Tese (Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios). Universidade de Brasília, 2013.

<sup>18</sup> ESPOSITO, Alexandre Siciliano. **Contexto e panorama dos investimentos no setor elétrico brasileiro**. 2013. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/ex->



hídricos disponíveis à geração de energia elétrica, requer especificidades tecnológicas e institucionais relacionadas à otimização do uso. Com isso, o Sistema, com a finalidade de otimização dos recursos hídricos, haja vista a incerteza de previsão dos recursos, buscou a interconexão dos mercados regionais de geração por meio da expansão das redes de transmissão, dando um caráter cooperativo ao segmento de geração. Assim, para que pudesse existir uma compatibilização entre a cooperação e a competição, instituiu-se o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) que, em conjunto com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, atuaram na busca pela estabilização das regras e pela diminuição de interferências do governo no setor. Cerqueira<sup>19</sup> destaca ainda que tais medidas não foram suficientes para atrair os investimentos necessários ao setor energético, ratificando entendimento de outros estudiosos de que reformas sem o amadurecimento prévio das instituições para a regulação e gestão resultam em crises de abastecimento, como a que se concretizou em 2001, quando a fragilidade do setor foi colocada em evidência pelo rebaixamento dos reservatórios das usinas hidrelétricas devido à diminuição dos índices pluviométricos. Esposito<sup>20</sup> ratificou o entendimento no momento que, resumidamente, apontou como causas para o racionamento energético de 2001 as indefinições no processo de privatização que paralisaram as estatais do setor energético quanto à coordenação e implantação dos empreendimentos necessários à expansão do setor no momento que perderam a perspectiva de crescimento diante uma provável cisão ou privatização, assim como a inibição dos investimentos privados em novos ativos ao vislumbrar uma possibilidade de aquisição de ativos já implantados.

As mudanças vieram por meio das Leis nº 10.847 e nº 10.848, devidamente

---

port/sites/default/bndes\_pt/Galeias/Arquivos/conhecimento/liv\_perspectivas/07\_Perspectivas\_do\_Investimento\_2010\_13\_SETOR\_ELETRICO.pdf> Acesso em: 02 out. 2014.

<sup>19</sup> CERQUEIRA, Michele Nunes Freires. **Normas Regulatórias Brasileiras para Incentivar o Investimento Privado no Setor de Geração de Energia Elétrica na Última Década: do Modelo à Realidade**. 2013. Tese (Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios). Universidade de Brasília, 2013.

<sup>20</sup> ESPOSITO, Alexandre Siciliano. **Contexto e panorama dos investimentos no setor elétrico brasileiro**. 2013. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galeias/Arquivos/conhecimento/liv\\_perspectivas/07\\_Perspectivas\\_do\\_Investimento\\_2010\\_13\\_SETOR\\_ELETRICO.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galeias/Arquivos/conhecimento/liv_perspectivas/07_Perspectivas_do_Investimento_2010_13_SETOR_ELETRICO.pdf)> Acesso em: 02 out. 2014.

regulamentadas pelos Decretos nº 5.081, sobre a atuação do ONS; nº 5.163, tratando da comercialização, outorgas e autorizações; nº 5.177, tratando das atribuições e organização da CCEE; nº 5.148, disponibilizando o estatuto da EPE; e nº 5.195, instituindo o CMSE, todos do ano de 2004. Esposito<sup>21</sup> destaca como consequências mais relevantes a retomada do planejamento da expansão por meio da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), tendo, dentre suas atribuições, a responsabilidade de elaborar estudos para o desenvolvimento da expansão da geração e transmissão de energia elétrica de curto, médio e longo prazo, destacando-se, ainda, a obtenção de licenciamento prévio necessário à licitação de empreendimentos hidrelétricos, visando à redução dos riscos de atrasos em decorrência de eventuais impedimentos ambientais após o início da execução das obras.

Outro ponto de destaque referente à implantação do novo marco regulatório envolve a modificação do mercado de energia elétrica ao se definir dois ambientes: um Ambiente de Contratação Regulado (ACR), envolvendo principalmente as geradoras e distribuidoras e um Ambiente de Contratação Livre (ACL), envolvendo a participação das geradoras, comercializadoras, importadores, exportadores e consumidores livres. Assim, no ACR houve modificações relevantes tanto para o lado da oferta de energia quanto para o lado da demanda.

No lado da demanda, a contratação da energia pelas concessionárias distribuidoras deveria ser realizada por meio de leilões, cabendo às mesmas a obrigação de estimar na totalidade qual a demanda de eletricidade prevista para os leilões.

Ao mesmo tempo, os geradores e comercializadores devem lastrear os contratos, seja por meio da apresentação de garantia física, seja por meio de apresentação de contratos o que, além de possibilitar uma melhor diminuição ao risco de suprimento, incentiva a expansão da oferta no instante em que cria um relacionamento entre o crescimento da demanda e a entrada de novos projetos. Ainda pelo lado da oferta, tentando buscar a mitigação dos riscos associados aos investimentos de expansão da geração, houve a mudança do modelo dos leilões, que passou a ser pela menor tarifa e divididos em energia velha e energia nova, de maneira a possibilitar a competição entre novos empreendimentos e investi-

---

<sup>21</sup> ESPOSITO, Alexandre Siciliano. **Contexto e panorama dos investimentos no setor elétrico brasileiro**. 2013. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galeias/Arquivos/conhecimento/liv\\_perspectivas/07\\_Perspectivas\\_do\\_Investimento\\_2010\\_13\\_SETOR\\_ELETRICO.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galeias/Arquivos/conhecimento/liv_perspectivas/07_Perspectivas_do_Investimento_2010_13_SETOR_ELETRICO.pdf)> Acesso em: 02 out. 2014.

mentos que já estariam amortizados.

Vale ressaltar que, de acordo com Carvalho<sup>22</sup>, após a realização dos leilões, como uma maneira de se obter uma maior segurança e transparência quanto à execução dos contratos de outorga, o Estado tem determinado a necessidade de criação de entes personalizados pelo instrumento das Sociedades de Propósito Específico – SPE para os licitantes vencedores que se apresentarem sob a forma de (i) Consórcios em que haja a participação de Fundos de Investimentos em Participações (FIP) e/ou de entidade de previdência complementar, (ii) Consórcios em que haja a participação de Pessoas Jurídicas de Direito Privado Estrangeiras e (iii) Pessoas Jurídicas de Direito Privado Estrangeiras.<sup>23</sup>

## 5 SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Como vimos anteriormente, atualmente os investimentos relacionados à expansão do setor elétrico para a geração e transmissão ocorrem por meio de leilões onde o novo modelo do setor, na busca de atrair o capital privado, tem inserido nos editais de licitação a necessidade de constituição de Sociedades de Propósito Específico – SPE.

De acordo com Carvalho<sup>24</sup>, a Administração Pública estaria nesse ponto em um processo de evolução, quando antes, por meio do Decreto nº 73.140/1973 em seu art. 22, já se facultava a pessoas físicas e jurídicas reunirem-se em consórcios para participarem de licitações, bem como a previsão de consórcios na participação de licitações públicas contida no art. 33 da Lei nº 8.666/93. No entanto, pelo fato do contrato administrativo ser assinado pelo líder do consórcio, em caso de descumprimento do contrato a responsabilização recairia apenas em cima do líder dos consorciados, uma vez que a solidariedade entre os mesmos não está presumida, pois as obrigações de cada ente estão consignadas apenas no contrato consorcial. Havia assim um grande risco para a administração pública,

<sup>22</sup> CARVALHO, Gabriel Luiz de. **Sociedade de propósito específico. Natureza e aplicação**. 2008. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14094>> Acesso em: 07/10/2014.

<sup>23</sup> Edital do Leilão A-5 nº 6/2014-ANEEL

<sup>24</sup> CARVALHO, Gabriel Luiz de. **Sociedade de propósito específico. Natureza e aplicação**. 2008. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14094>> Acesso em: 07/10/2014.

proporcionado principalmente pela insegurança decorrente da falta de personalidade jurídica do ente consorcial.

Daí a relevância do art. 20 da Lei nº 8.987/95 quando estipulou ao licitante vencedor constituir uma sociedade antes da assinatura do contrato em busca de dar mais segurança à administração pública. Blanchet<sup>25</sup> ainda enfatiza que, por tratar-se de interesse público, a discricionariedade literal da lei na disposição editalícia sobre a necessidade de constituição de uma nova sociedade quando o licitante vencedor for um consórcio fica superada pelo objetivo da norma em disponibilizar melhor segurança à administração. Amaral<sup>26</sup> reforça a importância do instrumento ao interpretar a norma com maior amplitude ao afirmar que mesmo na hipótese de o vencedor não constituir consórcio, tendo participado isoladamente, haveria o dever de constituir uma nova pessoa jurídica de propósito específico por meio de cisão ou pela criação de uma subsidiária integral. Assim, a nova sociedade passa a ser constituída após a adjudicação da licitação para proteger o princípio da vinculação, e antes da assinatura do contrato, devendo ainda ser constituída por meio das consorciadas em sua integralidade, de maneira a conservar as mesmas habilidades que proporcionaram a adjudicação do certame, não podendo algum integrante do consórcio ficar limitado à condição de simples acionista da sociedade recém-criada.

Diante da implementação de todas as boas práticas de governança, alinhadas ao modelo de SPE, que facilita a securitização de bens, havendo ainda uma segregação contábil, patrimonial e jurídico da empresa, facilitando um maior controle sobre o fluxo de caixa do projeto, impedindo inclusive a contaminação da atividade da sociedade por eventuais atividades desenvolvidas pelos demais componentes, a SPE torna-se uma candidata ideal para a obtenção de recursos via operações conhecidas como *Project finance*. Quanto ao assunto, Siffert Filho *et al*<sup>27</sup> ressaltaram o impulso que esta forma de financiamento, na qual os finan-

<sup>25</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 113-114.

<sup>26</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 38.

<sup>27</sup> SIFFERT FILHO, Nelson Fontes *et al*. **Papel do BNDES na expansão do Setor Elétrico Nacional e o mecanismo de project finance**. 2009. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/Set2901.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/Set2901.pdf)>. Acesso em: 08 out 2014

*ciadores assumem que o fluxo de caixa a ser gerado e os ativos do projeto são as fontes primárias de pagamento e garantia de financiamento, teve na década de 1990, onde se deu o início das reformas institucionais dos setores de infraestrutura. Dentre estes setores está o de energia elétrica, pois reunia um conjunto de condições favoráveis como: (i) facilidade de identificação dos ativos de geração e transmissão, possibilitando a segregação legal e econômica por meio de SPE; (ii) projetos com fluxo de caixa previsível ou com receitas predefinidas, no caso da transmissão, ou com contratos de compra e venda de energia para o caso da geração; (iii) ambiente regulatório estável e consolidado após a instituição no novo marco regulatório; e (iv) relativa estabilidade econômica e institucional do país. Dessa maneira, os projetos estruturados por meio de mecanismos de Project finance promovem a redução da restrição do capital, bem como as garantias dos agentes privados, geralmente necessárias para empreendimentos vultosos no setor de energia.*

## **6 RISCOS OPERACIONAIS**

De maneira a operacionalizar a expansão do Setor Elétrico por meio dos leilões de energia promovidos pela ANEEL, cujos empreendimentos são definidos no momento do planejamento da expansão da geração e transmissão, necessário ao atendimento da demanda prevista, existe a preocupação inicial, como bem destacada no Acórdão nº 768/2011 – TCU – PLENÁRIO, sobre a importância de estudos de inventário e viabilidade de maneira a identificar as melhores opções técnico-econômicas e socioambientais para a implantação de empreendimentos de geração e transmissão.

Nesse instante, começam a despontar as primeiras situações de risco para os interessados na execução dos empreendimentos do setor elétrico. Eventuais dificuldades enfrentadas no cumprimento das condicionantes ambientais impostas pelos órgãos ambientais proporcionam atrasos nos cronogramas das obras e nos consequentes fluxos de receita, aumentando os custos operacionais e totais do empreendimento, diminuindo assim a respectiva Taxa Interna de Retorno (TIR), o que evidencia um alto impacto para o projeto caso o risco venha a se concretizar. Outra consequência que aumenta o impacto relacionado à concretização do risco de atraso de empreendimentos devido ao atraso de concessão de licenças ambientais está relacionada ao descasamento dos cronogramas dos empreendimentos de geração com os empreendimentos de

transmissão responsáveis pela entrega da energia produzida.

Quando falamos de probabilidade, os riscos ambientais aumentam com o aumento das restrições ambientais a novos empreendimentos, assim como com o crescimento da atuação de Organizações Não Governamentais (ONGs), do Ministério Público, entidades religiosas e agentes políticos.

Superadas, ou não, as questões relacionadas aos estudos de viabilidade, o Ministério de Minas e Energia (MME) decide sobre o lançamento do leilão, publicando portaria com as diretrizes básicas do certame, como data, tipo de leilão, se para contratação de energia nova ou se para contratação de energia de reserva, previsão de início de suprimento etc., contando com a ajuda da ANEEL na formatação e publicação dos editais. Em que pese existir o risco de equívocos na modelagem dos leilões, existe uma atuação concomitante do TCU, normatizada pela IN TCU 27/1998, onde são examinadas questões relacionadas aos preços máximos definidos, garantias, consistência e exatidão dos valores relativos a orçamentos de materiais, serviços e obras, estudos de impacto ambiental e licenciamento prévio etc.

Ao focarmos nos recursos públicos a serem aplicados pelas empresas estatais, existe inicialmente a necessidade de definição sobre a participação no leilão, bem como a maneira que se dará essa participação, se de forma corporativa ou mediante a formação de consórcio com a criação de uma futura Sociedade de Propósito Específico (SPE). Passa-se então para a etapa de definição dos parceiros que comporão a futura SPE. Para tanto, realiza-se uma chamada pública que depende de uma aprovação da holding para os casos dos empreendimentos de geração e também dos conselhos de administração das empresas condutoras dos processos nos casos de empreendimentos de transmissão. Aqui o Acórdão nº 1.614/2011 – TCU – Plenário destacou o risco de falha de avaliação dos eventuais candidatos, com destaque para possíveis falhas nas avaliações econômico-financeiras que podem comprometer o cumprimento dos compromissos assumidos em decorrência da assinatura do contrato de concessão.

Outro risco destacado advém de eventual desistência da participação por algum parceiro após a assinatura do contrato, o que pode trazer como consequência uma paralisação indesejável do projeto ou dar azo a eventuais manipulações contábeis que podem utilizar-se da roupagem societária para viabilizar a

fuga dos preceitos constitucionais e legais que regem a Administração Pública, encobrir irregularidades e fugir da ação de controle dos órgãos governamentais.

Uma vez definidos os parceiros no empreendimento a ser leiloadado, elabora-se uma minuta de termo de compromisso, estabelecendo as condições de relacionamento entre as empresas até a constituição da futura SPE. A opção pela participação de maneira corporativa no empreendimento a ser leiloadado leva a negociações com possíveis fornecedores de bens e serviços, resultando assim na assinatura de pré-contratos. Essa possibilidade de contratação, conforme destaca o Acórdão nº 1.614/2011 – TCU – Plenário, foi permitida às empresas estatais que participam, na qualidade de licitantes, de concorrência para a concessão ou permissão de serviço público, tais como exploração de serviços de instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos d'água, conforme art. 32 da Lei nº 9.074/1995, permitindo assim a possibilidade das estatais se utilizarem de preços de bens e serviços de terceiros por meio de pré-contratos para compor suas propostas. Nesta etapa, destaca-se o risco de uma má formulação da proposta não proporcionar uma adequada modelagem de preços tendo por referência o mercado de concessão, existindo a possibilidade de que as propostas pré-selecionadas estejam em desacordo com os valores de mercado por conta de pesquisa de preços ou negociações insuficientes, de maneira a não apresentar a Taxa Interna de Retorno (TIR) esperada.

Outro ponto não menos relevante envolve a possibilidade desse instrumento de pré-contrato acarretar muito mais que um simples compromisso de garantia de preços para fornecimentos de serviços, materiais e equipamentos. Dependendo da complexidade do empreendimento, onde a tecnologia empregada restringe-se a certos fornecedores, pode-se gerar uma enorme limitação à concorrência no momento da existência de eventuais cláusulas de exclusividade contidas em pré-contratos assinados, impedindo que outros concorrentes possam cotar ou até mesmo adquirir os serviços, materiais ou equipamentos envolvidos.

De uma maneira mais ilustrativa, essa etapa de definição sobre a viabilidade do empreendimento, escolha dos parceiros e formatação da proposta para a participação nos leilões, pode ser resumidamente representada na Fig. a seguir, tomando por base os Acórdãos do TCU mencionados anteriormente:

## Etapas constituição SPE



Fonte: Elaboração própria

Com a consagração da proposta apresentada, inicia-se a fase de implantação do empreendimento, podendo ainda a SPE buscar financiamentos para a execução do projeto leiloado dentro do prazo concedido pela ANEEL junto a agentes financiadores como BNDES, Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), Banco da Amazônia S/A (BASA), Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste (FCO) etc.

Considerando que a disponibilidade de financiamentos junto a organismos financeiros estatais, que geralmente oferecem as melhores taxas de mercado, nem sempre estão disponíveis e que os critérios de habilitação não dão segurança necessária acerca da capacidade de endividamento dos componentes da SPE, haja vista os requisitos exigidos pelas instituições financeiras para a concessão de crédito não são os mesmos exigidos nas habilitações dos leilões, existe o risco de não obtenção dos recursos necessários para a concretização do empreendimento.

Vale relembrar que o cálculo do montante dos valores a serem financiados advém de orçamentos realizados com base nos projetos desenvolvidos para os empreendimentos, sendo a eles imputada grande parcela de responsabilidade sobre os insucessos e problemas relacionados com a execução, que conforme repisado pelo Acórdão nº 768/2011 – TCU – Plenário, um projeto mal elaborado não consegue cumprir o cronograma inicialmente planejado, aumentando os custos do empreendimento, postergando as receitas consequentes da entrada em



operação e influenciando negativamente a Taxa Interna de Retorno a ser obtida pelo projeto. Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Relator do Processo TC 008.426/2002-1 (Acórdão 2352/2006 – Plenário), concluiu:

O ponto central destes autos se refere a matéria com que o Tribunal de Contas da União tem se deparado repetidas vezes e que, infelizmente, não tem merecido a devida atenção dos responsáveis pelas obras públicas: me refiro à realização de um projeto básico de qualidade e preciso o suficiente para o adequado desenvolvimento técnico e financeiro do empreendimento. **Projeto básico deficiente é fórmula infalível para a colheita de toda a sorte de problemas na condução da obra.** (Grifo nosso)

Em complemento a todos os riscos apresentados até o momento, a composição acionária da Sociedade de Propósito Específico induz a um entendimento de que existe o afastamento da competência das fiscalizações por parte dos órgãos de controle tais como o do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Controladoria-Geral da União (CGU), além da não submissão aos controles impostos pela lei de licitações e contratos e pela ausência de necessidade de contratação de empregados por meio de concursos públicos. Não existe ainda a preocupação com a prestação de contas a esses órgãos de controle e, muito menos à sociedade, dos grandes volumes de recursos públicos integralizados nessas SPE. Assim, o risco imposto pelo baixo controle dos recursos aportados nas SPE relaciona-se fortemente com o atingimento dos objetivos estratégicos definidos pelas Empresas Estatais que compõem as SPE. Como bem afirmou Zymler e Almeida<sup>28</sup>: “um controle eficaz contribui significativamente para reduzir o risco público, assegurar a sustentabilidade financeira e garantir a qualidade do serviço e o cumprimento das obrigações contratuais.”

## 6 CONCLUSÃO

Percebeu-se, ao longo das discussões, a importância das Sociedades de Propósito Específico na estratégia de planejamento da expansão do setor elétrico brasileiro que, diante de uma busca do novo paradigma gerencial da adminis-

<sup>28</sup> ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA *et al.* **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 319.

tração pública, vem a coadunar-se com novas formas de captação de recursos privados, essenciais para o desenvolvimento de setores de infraestrutura caracterizados por uma elevada quantidade de recursos e por um grande período de maturação para que os retornos financeiros possam começar a serem colhidos. Dessa maneira, constatou-se que nas parcerias realizadas entre as entidades da administração indireta e os demais agentes privados do setor elétrico, estão sendo aportados, por meio do orçamento de investimento dessas empresas estatais, valores de materialidade bastante significativos e que, como todas as empresas inseridas num mercado competitivo, existem riscos aos quais essas estruturas estão submetidas, necessitando assim de processos e procedimentos de gerenciamento de riscos que proporcionem o adequado tratamento quanto à possível mitigação, transferência ou mesmo sua total eliminação.

Fica evidente que tais sociedades estão sujeitas às situações de risco envolvendo falhas de estudos de inventários e de viabilidade, à demora de avaliação e aprovação dos estudos e relatórios ambientais necessários ao desenvolvimento dos empreendimentos, assim como às dificuldades enfrentadas no cumprimento de eventuais condicionantes impostas pelos órgãos ambientais. Estão sujeitas, ainda, aos atrasos no cronograma de execução que impactam diretamente na conclusão do projeto e no posterior fluxo de receita, aumentando assim os custos operacionais e diminuindo a Taxa Interna de Retorno (TIR) inicialmente planejada. O impacto negativo pode ser potencializado por eventuais falhas nos procedimentos de escolha de parceiros que não apresentem condições econômico-financeiras suficientes para garantir eventuais financiamentos de recursos junto às instituições financeiras atuantes no mercado, ou que, após a assinatura dos contratos, acabam desistindo da participação da sociedade, proporcionando contratemplos indesejáveis. Outro risco que pode interferir negativamente no cronograma do projeto refere-se à assinatura de pré-contratos, uma vez que, se mal realizados, podem gerar propostas que levem a projetos de má qualidade e às dificuldades de execução.

Observa-se assim que os investimentos do setor elétrico, realizados por meio de SPE, ao necessitarem de um elevado tempo de maturação, possuem riscos inerentes de alto impacto e probabilidade, além de envolverem recursos, muitas vezes públicos, de elevada materialidade, necessitam de controles internos consistentes e devidamente estruturados. Para tanto, a consistência dos con-

troles internos implementados deve envolver o ambiente de controle da organização, a avaliação dos riscos (definição dos objetivos, identificação dos eventos, avaliação e resposta aos riscos), as atividades de controle propriamente ditas e os respectivos processos de monitoramento, assim como os procedimentos de informação e comunicação.

As boas práticas de controle remetem, assim, à necessidade de uma uniformização dos instrumentos utilizados entre os acionistas dos empreendimentos tratando de questões relacionadas, como por exemplo: à forma de gestão da sociedade; ao modelo de governança implementado, inclusive com definições claras sobre as responsabilidades dos conselheiros; às sanções para eventuais descumprimentos contratuais; às formas de acesso às informações; ou às responsabilidades de cada partícipe.

Associada a uma necessária consistência dos controles internos, viu-se que as Sociedades de Propósito Específico nos remetem também ao conflito de agência, no momento em que o gerenciamento da empresa foge ao controle do parceiro público, geralmente o maior investidor do projeto, fazendo com que os mecanismos de Governança Corporativa devam estar presentes em complemento aos controles implementados. Destaque para a transparência, que possibilita a disponibilidade de informações relacionadas às estruturas e processos, úteis para a tomada de decisão, à prestação de contas e ao comportamento dos principais dirigentes. Informações essas que se disponibilizadas de maneira precisa, acessível, oportuna e completa, incluindo as ações gerenciais, tendem a reduzir a assimetria de informações entre controladores e acionistas e a aumentar o nível de confiança dos investidores.

Por fim, nos deparamos com uma estrutura de investimentos cujos mecanismos de controle e governança apresentam-se distantes de um monitoramento efetivo por parte dos órgãos de controle de maneira a garantir uma razoável segurança quanto aos padrões mínimos relacionados à prestação de contas pela utilização de recursos públicos exigidos na Constituição Federal de 1988. Mesmo considerando que nas Sociedades de Propósito Específico predominam as normas de direito privado com uma participação do Estado de maneira minoritária, não resta dúvida que prejuízos assumidos pela SPE refletem diretamente no capital público ali empregado, o que contrariaria a lógica do afastamento da responsabilidade na prestação de contas desses recursos e do afastamento dos órgãos de controle estatais na sua competência em avaliar os aspectos relaciona-

dos aos gastos efetuados quanto aos princípios da administração pública.

Há ainda que se aventar a possibilidade de tais mecanismos de governança e controle estarem presentes nos editais de licitação como requisitos de habilitação das propostas de venda de energia. Passar a exigir das empresas ou consórcios licitantes a implementação de mecanismos de governança com foco na autonomia e independência dos conselhos de administração, no fortalecimento da ética e integridade, tanto internamente como externamente, assim como o desenvolvimento de programa de *compliance*, estaria, inclusive, alinhado com o novo paradigma imposto pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) que exige do setor privado uma postura mais ética quando se trata de prestação de serviço ao setor público.

Como consequência, a maior penetração dos órgãos de controle governamentais nos empreendimentos geridos por meio de Sociedades de Propósito Específicos, facilitaria não apenas a identificação de fraudes e desperdícios dos recursos públicos, mas também eventuais fragilidades que poderiam ser mitigadas, fortalecendo ainda mais a missão institucional do controle interno que é o aprimoramento dos gestores na utilização dos recursos da sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na administração pública:** Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. (Cadernos ENAP; n. 10). Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAbrciocad%2010.pdf>> . Acesso em: 30 set. 2014.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Concessão de serviço público.** São Paulo: Malheiros, 1996.

BERNARDINO, F. F. M. **A governança corporativa como um determinante da eficiência das organizações pertencentes ao setor elétrico brasileiro.** 2014. Tese (Mestrado em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2014.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa.** 4. Ed. São Paulo: IBCG: 2009.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Governança Corporativa.** Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. Ministério da Administração e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,** de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.com.br>>

org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Crítérios gerais de controle interno na administração pública: um estudo dos modelos e das normas disciplinadoras em diversos países**. Brasília, 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, Acórdão nº 768, de 30 de março de 2011. D.O.U. de 04/04/2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 09 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, Acórdão nº 1.614, de 15 de junho de 2011. D.O.U. de 21/06/2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

CARVALHO, Gabriel Luiz. **Sociedade de propósito específico. Natureza e aplicação**. 2008. Disponível em <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14094> Acesso em: 07/10/2014.

CASTRO, Domingos de Poubel. **Auditoria e controle interno na administração pública: a evolução do controle interno no Brasil: do Código de contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003: guia para atuação das auditorias e organização dos controles internos nos Estados, municípios e ONGs**. São Paulo: Atlas, 2008.

CERQUEIRA, Michele Nunes Freires. **Normas Regulatórias Brasileiras para Incentivar o Investimento Privado no Setor de Geração de Energia Elétrica na Última Década: do Modelo à Realidade**. 2013. Tese (Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios). Universidade de Brasília, 2013.

ESPOSITO, Alexandre Siciliano. **Contexto e panorama dos investimentos no setor elétrico brasileiro**. 2013. Disponível em:<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\_pt/Galeias/Arquivos/conhecimento/liv\_perspectivas/07\_Perspectivas\_do\_Investimento\_2010\_13\_SETOR\_ELETRICO.pdf> Acesso em: 02 out. 2014.

FONTES FILHO, J. R. **Governança Organizacional aplicada ao setor público**. VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá. 2003.

INTOSAI. **Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector**. Tradução: Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. Disponível em: <http://www.tce.ba.gov.br/images/intosai\_diretrizes\_p\_controle\_interno.pdf>. Acesso em: 09 set. 2014,16:00.

MELLO, Gilmar Ribeiro. **Governança corporativa no setor público federal brasileiro**. 2006. Tese (Mestrado em Ciências Contábeis). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Estado da Arte do Controle da Administração Pública no Brasil e na União Europeia**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao\_jur/arquivos/textos/090427\_estadoArte\_profFloriano.pdf>. Acesso em 09/09/2014.

PEIXOTO, F. M. **Governança corporativa, desempenho, valor e risco: estudo das mudanças em momentos de crise**. 2012. 216 f. Tese (Doutorado em Administração) – Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Faculdade de Ciências Econômicas,

Universidade Federal de Minas Gerais (CEPEAD-FACEUFMG), Belo Horizonte, 2012.

SIFFERT FILHO, Nelson Fontes *et al.* **Papel do BNDES na expansão do Setor Elétrico Nacional e o mecanismo de projectfinance**. 2009. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/Set2901.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/Set2901.pdf)>. Acesso em: 08 out 2014.

SROUR, Sandra. **A reforma do Estado e a crise no setor de energia elétrica: uma visão crítica do caso brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro, 2005.

ZYMLER, Benjamin *et al.* **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

# ANÁLISE DA VIABILIDADE JURÍDICA DE SUPERAÇÃO DAS LIMITAÇÕES DE ACESSO A DADOS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PÚBLICAS FEDERAIS PELA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO: O CASO DO BNDES

João Gabriel Miranda Alves Pereira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Novo Direito Administrativo e a Teoria dos Princípios. 3. O Controle no âmbito do Novo Direito Administrativo. 4. As Estatais no âmbito Econômico e as demais Prestadoras de Serviços que exercem Fomento. 4.1. Banco. 4.2. Nacional, enquanto empresa pública estatal. 4.3. De desenvolvimento. 5. O Sigilo Bancário em face das Operações de Fomento do BNDES. 6. Contribuições ao Aprimoramento do Sistema. 6.1. Propostas de soluções administrativas para a lide envolvendo a CGU e o BNDES. 6.1.1. Conciliação, a partir do procedimento instaurado na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF da Consultoria-Geral da União. 6.1.2. Celebração de convênio pela CGU com o Banco Central do Brasil, para acesso a dados protegidos por sigilo bancário. 6.1.3. Inserção de cláusula contratual padrão nos ajustes firmados pelo BNDES, no qual o contratado expressamente autorize à CGU a acessar informações em tese protegidas por sigilo bancário (ou outros previstos na legislação). 7. Conclusão. 8. Referências.

## RESUMO

Sigilo e transparência são potencialmente conflitantes entre si, e esses dois atributos fazem parte atualmente das discussões que envolvem o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e a Controladoria-Geral da União- CGU. As novas tendências do direito administrativo trazem luz sobre essa questão controversa. A legitimidade do Estado Democrático depende da transparência dos atos públicos e da atuação dos órgãos de controle. O BNDES, por ser uma empresa pública, deve prestar contas da aplicação de seus recursos, ainda mais por suas fontes de financiamentos serem majoritariamente públicas. Ocorre que o BNDES, por se tratar de uma instituição financeira, também está submetido à regulação bancária, e um dos aspectos da regulação bancária é o dever do sigilo. O presente estudo se propõe a debater como é possível conciliar o

---

<sup>1</sup> Bacharel e mestre em economia pela UFMG. Conclui recentemente a Pós-Graduação em Novas Tendências do Direito Público e Avaliação de Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

dever do sigilo bancário com a necessidade de acesso à informação pela CGU para o exercício de suas prerrogativas, no âmbito do BNDES. Nesse trabalho foi realizado estudo sobre a doutrina e a jurisprudência correlacionadas a alegação de sigilo bancário pelo BNDES. Foram também apresentadas propostas para resolução da lide. Em âmbito administrativo, identificou-se a previsão legal da Controladoria-Geral da União em firmar convênio com o Banco Central do Brasil para troca de informações protegidas por sigilo bancário. Ainda, é possível que o BNDES oponha cláusula em seus contratos de financiamento, no qual o beneficiário anua ao acesso de dados protegidos por sigilo aos órgãos de controle. Tais opções se conformam com a legislação em vigor, resguardam o BNDES de eventuais questionamentos judiciais e permitem o pleno exercício das atribuições da Controladoria-Geral da União e dos demais órgãos de controle administrativos.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Sigilo bancário. Controladoria-Geral da União. Banco de fomento.

#### ABSTRACT

As a public company, the BNDES should adopt the principle of broad transparency. As a financial institution, it is subject to regulation by Brazil's Central Bank (BACEN). One aspect of banking regulation is the duty of confidentiality. Confidentiality and transparency are potentially conflict with each other. The new trends of administrative law bring light on this controversial issue. The legitimacy of the democratic state depends on the transparency of public acts and an effective internal control system. This study aims to discuss how to reconcile the duty of banking secrecy with the need of information by the Office of the Comptroller General. In this work we studied doctrine and case law on banking secrecy in the BNDES. As result, suggestions are made for resolution of the dispute. First, the possibility of the Office of the Comptroller General agreement signing with the Central Bank of Brazil to exchange information protected by bank secrecy. Secondly, it is possible that the BNDES oppose clause in their loan agreements, in which the beneficiary yearly data access protected by law. These options conform to current legislation, enshrine the BNDES of any litigation and allow the full performance of the Comptroller General.

**Key words:** Administrative law. Banking secrecy. Office of the Comptroller General. Development Banking.



## 1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo contemporâneo passa por mudanças que refletem a valorização da efetividade da atuação estatal sobre aspectos meramente formais. A validade dos atos da Administração Pública deixa de depender apenas do cumprimento de requisitos de legalidade para se submeter também ao amplo juízo de legitimidade.

Os sistemas de controle da Administração, que incluem os órgãos e entidades especializados, voltam-se ao aperfeiçoamento da gestão e identificação de desvios. Esse aprimoramento das atividades públicas reforça a importância das instituições e revigora a democracia.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, embora empresa pública e responsável por atividade de fomento, restringe o acesso de informações à Controladoria-Geral da União – CGU, pautado na literalidade da Lei Complementar nº 105/2001 quanto ao sigilo bancário. Por outro lado, há comprometimento da missão constitucional da CGU, enquanto órgão central do sistema de controle interno.

No presente estudo são apresentadas propostas de soluções administrativas capazes tanto de mitigar o risco de contestações judiciais contra o BNDES quanto de permitir à CGU o acesso às informações necessárias às suas atividades de controle.

## 2 O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O direito administrativo começou a se delinear como ramo específico do Direito no início do século XIX. O ambiente político-institucional vigente à época, com destaque na França, favorecia a elaboração de normas limitadoras do poder estatal e garantidoras dos direitos individuais.

O Brasil seguiu a tradição francesa, com estudos específicos em direito administrativo já elaborados em meados do século XIX.

A Constituição de 1988 trouxe inovações ao direito administrativo brasileiro. Essas inovações possuem as mais diversas inspirações, como o neoliberalismo, a globalização, além da influência de princípios da ciência econômica e da ciência da administração do direito administrativo<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Em destaque, há o entendimento mais recente da doutrina de que os princípios também são normas, assim como as regras. Nas últimas décadas do século XX, valores substantivos da conduta humana – em superação aos valores formais – passaram a ocupar seu lugar natural como função instrumental. Esse movimento está vinculado ao declínio do positivismo jurídico, que ganhara características exorbitantes, subvertendo a essência à forma<sup>3</sup>.

Carvalho Filho<sup>4</sup> aponta distinção entre princípios e normas, ressaltando que o efeito de cada um é distinto no Direito. Nessa perspectiva, situação na qual existam normas em conflito implica na prevalência de uma dessas normas e a anulação das demais normas contraditórias. Por outro lado, os princípios não são capazes de anular uns aos outros, podendo ocorrer, em determinado caso, a prevalência de um princípio sobre os demais.

Entretanto, a diferenciação entre princípios e regras não é tão dicotômica. Para o autor, os princípios não se situam em nível tão alto de abstração a ponto de apenas indicarem valores a serem seguidos; como as normas, os princípios também são capazes de ditar, indiretamente, comportamentos.

Ademais, segundo Ávila<sup>5</sup>, as condutas preceituadas em regras também estão sujeitas a juízo de ponderação. Por esse motivo, não há que se falar, em termos absolutos, na distinção automática dos efeitos entre regras e princípios. Segundo o autor, mais pertinente é que a aplicação de regras e princípios ocorra a partir da avaliação dos casos específicos, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Essa necessária avaliação de critérios de razoabilidade e proporcionalidade também alcança o princípio da legalidade, que não se vincula progressivamente ao valor de justiça, ou seja, ao Direito.

Destarte essa ampliação do conceito de legalidade – definida como juridicidade, a pretensão à legitimidade (com o reconhecimento da sociedade como fundamento e origem do poder político) traz consigo uma série de outros valores que precisam também ser atendidos para a validade do ato administrativo,

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, D. F. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>5</sup> ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

tais como a interdição ao arbítrio, a eficiência, a economicidade, a efetividade, a moralidade administrativa.

Nesse contexto, a realização das pretensões democráticas depende de novos instrumentos de participação popular. A participação efetiva da sociedade na política está condicionada ao acesso a informação pelos cidadãos para a defesa de seus interesses.

Assim, um governo democrático deve constantemente suprir seu povo com dados precisos, de modo célere e em quantidade suficiente para conhecimento de como são realizados os negócios públicos e do motivo por que foram realizados. É esse fluxo de informação que possibilitará a construção de um elo entre Administração e administrados.

A disponibilização ampla de informações tem potencial de unir governo e sociedade em um objetivo comum, a partir do momento que as informações recebidas pela coletividade voltam à Administração como demandas, que são retroalimentadas como novas informações, em um círculo democrático virtuoso. Essa ida e vinda de informações é a base do que se chama atualmente de “democracia participativa”.

Segundo Rodrigues<sup>6</sup>, o acesso à informação permite aos cidadãos a participação plena no processo decisório coletivo. Concomitantemente, fornece meios para que os cidadãos exerçam o controle democrático sobre a atividade pública, propiciando a identificação de irregularidades e desvios.

Cabe ressaltar, entretanto, que existem hipóteses legais de sigilo, como aquelas que visam proteger a intimidade, a honra e a imagem de pessoas. Nesse sentido, em uma sociedade democrática, fazem-se sim necessárias restrições à publicidade, pautadas por direitos atinentes à coletividade, como segurança nacional, ou direitos personalíssimos, como honra, intimidade ou vida privada. A restrição, segundo González<sup>7</sup>, deve guardar proporcionalidade entre os valores protegidos e preteridos, com o mínimo de efeito possível no exercício do direito.

<sup>6</sup> RODRIGUES, J. G. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ, M. A. F. **El principio constitucional de publicidad**. In: Jornadas Las reformas constitucionales, 36., Santiago, 2006. Resumos. Disponível em: <[www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el\\_principio\\_constitucional\\_de\\_publicidad.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

### 3 O CONTROLE NO ÂMBITO DO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO

A atual forma de controle sobre a Administração Pública decorre diretamente das concepções mais recentes do Direito Administrativo.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou o Estado Social como modelo, em função da extensão de demandas sociais.

Com a implantação dos ideais liberais, inclusive por meio de privatizações, há pressão para que o Governo atue também sobre os serviços agora concedidos. Esse movimento leva, por consequência, à edição em volume significativo de normas substantivas, com objetivo de fornecer meios à Administração de cumprir o seu papel regulador.

Entretanto, a normatização possui um limite ótimo para eficiência e eficácia de seu alcance. Como exemplo, o próprio lapso temporal pode se encarregar de tornar obsoleta determinada norma. Assim, a tentativa de se regular o máximo possível pode ser inócua.

É nesse sentido que Zymler<sup>8</sup> expõe o surgimento da “procedimentalização do Direito”, com foco no Direito Administrativo. O paradigma do Direito Administrativo brasileiro deixa de ser o ato para ser o processo administrativo. Concomitantemente, as normas elaboradas passam a ter caráter adjetivo, com aspectos procedimentais. Por possuírem conceitos jurídicos mais fluidos e/ou imprecisos, são capazes de se moldarem a um espectro mais amplo de situações no caso concreto.

Tem-se como característica primordial do Estado moderno a ideia de que o Estado existe para servir os seus administrados, de forma a propiciar condições básicas para uma vida digna e humana<sup>9</sup>. Há, assim, em primeiro plano, a concepção finalística do Estado, cujas demandas sociais têm como ponto focal a efetividade dos serviços prestados.

A *procedimentalização* permite, nesse cenário, uma maior interação entre a Administração e a sociedade, e potencializa um ambiente capaz de buscar a pacificação de conflitos. Por outro lado, em um contexto de maior cobrança ao Estado, torna-se também mais relevante o controle da sociedade sobre a Administração.

<sup>8</sup> ZYMLER, B. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

<sup>9</sup> PEREIRA, C. F. O. (Org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro**: O Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Araújo, ao tratar da natureza *supraindividual* do bem jurídico atacado por atos de corrupção, destaca que a coletividade que é efetivamente lesada, especialmente nos casos de desvios de recursos públicos. Destaca também que as medidas voltadas ao combate à corrupção possuem “um forte componente de proteção da legitimidade das instituições políticas, naquilo que diz respeito à ordem moral do Estado e aos ideais de justiça de uma comunidade.”<sup>10</sup>

Segundo Medauar, o tema “controle” está relacionado à transparência do poder do Estado, em especial da Administração, e também possui grande influência na não ocorrência de atos de corrupção. Sendo assim, afirma que “certo é que, mais efetivos se mostrassem os mecanismos de controle sobre a Administração, menor seria o índice de corrupção.”<sup>11</sup>

O controle da Administração Pública, segundo Carvalho Filho, é “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.”<sup>12</sup>

Para Di Pietro<sup>13</sup>:

[...] pode se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”.

Ao tratar do instituto “controle”, Fernandes<sup>14</sup> reforça o atributo imperativo das Leis. Por outro lado, explicita que embora essa devesse ser a regra, nem todas as leis são consideradas mandatórias pela sociedade, no Brasil. Enquanto parte da legislação é aplicada, uma outra parte é relevada, não tendo qualquer efeito

<sup>10</sup> ARAUJO, F. D. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção?. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 211, jul./dez. 2011.

<sup>11</sup> MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139-150, 360-365, 426.

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>13</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22-40, 808-837.

<sup>14</sup> FERNANDES, J.U.J. **Responsabilidade Fiscal: Questões práticas na função do ordenador de despesas, na terceirização de mão-de-obra; na função do controle administrativo**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

para o convívio social. Dentre os fatores elencados capazes de determinar se a norma terá plena eficácia ou não estão a participação da sociedade e a atuação dos órgãos de controle.

Dessa forma, Fernandes<sup>15</sup> ressalta a importância do controle para a eficácia das normas e conclui que “apenas uma possibilidade de mudança na Administração Pública pode ser vislumbrada, frente à imposição de limites à ação dos agentes públicos; somente uma função poderá transformar em ser o dever-ser da norma: o controle”.

A Controladoria-Geral da União – CGU exerce a atribuição de órgão central do Sistema de Controle Interno e integra, estruturalmente, a Presidência da República do Brasil. A CGU foi criada no ano de 2003, com a promulgação da Lei nº 10.683/2013.

À CGU compete assistir direta e imediatamente o Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública federal.

Suas atribuições têm respaldo na Constituição Federal de 1988. Quanto à fiscalização do gasto público, a Constituição Brasileira prevê que será exercida pelo Congresso Nacional no âmbito externo, e pelo controle interno de cada Poder.

A Constituição Federal<sup>16</sup> estipula a finalidade do controle interno, que inclui avaliar o cumprimento de metas e resultados das ações dos gestores públicos.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e ga-

<sup>15</sup> FERNANDES, J.U.J. **Responsabilidade Fiscal**: Questões práticas na função do ordenador de despesas, na terceirização de mão-de-obra; na função do controle administrativo. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 85.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988).

rantias, bem como dos direitos e haveres da União;  
IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

As linhas de trabalho da CGU, no que tange a realização de auditorias e fiscalizações, estão correlacionadas a essas atribuições constitucionais. Por exemplo, por meio da Avaliação da Execução de Programas de Governo, são avaliadas a execução e os resultados das políticas públicas implementadas pelo governo federal. Por outro lado, por meio das Auditorias Anuais de Contas, é avaliada a regularidade da gestão do gasto público, por órgãos e entidades do governo federal, em cada exercício.

No Brasil, tendo em consideração os conceitos de controle apresentados, existem outros órgãos que também desempenham, com previsão constitucional, o papel de controle público administrativo. Em nível federal, podemos citar também o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público Federal.

As competências do Tribunal de Contas da União - TCU, em auxílio ao Poder Legislativo, dividem-se em parajudiciais e em fiscalizadoras.

A competência parajudicial é exercida pelo Tribunal quando há julgamento das contas dos administradores de recursos públicos, incluindo-se os atos de admissão de pessoal e aposentadorias. A competência fiscalizadora, por sua vez, representa as atividades de auditoria, inspeção e apuração de atos ou processos administrativos, que visam certificar a regular aplicação de recursos públicos.

Segundo Zymler<sup>17</sup>, o TCU, assim como a CGU, desenvolve técnicas e metodologias para ampliação de sua atuação em relação à avaliação de programas de governo. Dessa forma:

As técnicas de avaliação de programas de governo buscam fornecer informações sistêmicas sobre as ações do Governo, tecendo uma matriz entre os meios disponibilizados, os fins propostos e os resultados obtidos. Seu principal objetivo é contribuir para a melhoria do desempenho da ação pública, mediante a implementação de recomendações que visem à otimização operacional e alocativa de recursos.

O Ministério Público Federal, por sua vez, possui a atribuição constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sendo assim, possui competência para, por exemplo, apurar os atos de improbidade administrativa, podendo requisitar a instauração

<sup>17</sup> ZYMLER, B. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

de inquérito policial ou procedimento administrativo correspondente.

Para D' Angelo, E. e D' Angelo, S.<sup>18</sup>, a atuação do Ministério Público deve, inclusive, ultrapassar as condutas positivadas. Sendo assim entendem que:

[...] o Ministério Público pode buscar um objetivo maior, superior à simples aplicação da norma positivada. Como, por exemplo, exigindo e fiscalizando as condutas e os atos de qualquer agente público, mesmo porque os princípios não precisam estar, necessariamente, positivados, daí discordamos, *data máxima venia*, do eminente Hans Kelsen ao asseverar que a conduta humana não está condicionada a uma subjetividade, pois, segundo ele, a conduta humana é objetiva, uma vez que sua conformidade está previamente estabelecida por uma norma, a qual confirma ou desconfirma.

Também merece destaque o Banco Central do Brasil, autarquia de natureza especial que possui, dentre as suas competências, a de regulamentar e de fiscalizar o setor bancário.

Tal função importa a esse trabalho por ser o BNDES uma instituição bancária. Ao Banco Central do Brasil cabe, em sede de fiscalização, monitorar a segurança e solidez de determinada instituição. Assim, deve o Banco Central observar a “qualidade dos ativos, adequação de capital, liquidez, ganhos e administração, incluindo sistemas internos de controle e sistemas de segurança”.

Para o desempenho dessa atividade, o Banco Central do Brasil se utiliza de, por exemplo, técnicas de fiscalização como exames *in loco* e acompanhamento interno, além de avaliações de auditores independentes<sup>19</sup>.

#### **4 AS ESTATAIS NO ÂMBITO ECONÔMICO E AS DEMAIS (PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E QUE EXERCEM O FOMENTO)**

A definição de serviço público no Brasil é fortemente influenciada, assim como o próprio Direito Administrativo, pela noção francesa de serviço público.

Sobre a conceituação sobre serviço público, é pertinente também observar que a Constituição brasileira de 1988 possui número significativo de artigos que tratam dos serviços prestados pelo Estado aos seus cidadãos, com regras

<sup>18</sup> D' ANGELO, E.; D' ANGELO, S. **O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público**. Campinas: LZN, 2003. p. 53.

<sup>19</sup> LASTRA, R. M. **Banco Central e Regulação Bancária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



próprias, sem, contudo, utilizar o termo de forma precisa<sup>20</sup>.

Aragão<sup>21</sup>, em sua proposição de serviço público, adota a seguinte conceitualização, que identifica como característica comum a titularidade estatal do serviço, mesmo que sua prestação não seja exclusiva:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

A delimitação do que deve ser considerado serviço público implica também em excluir dessa terminologia parte das atividades estatais. Relevante notar que, para Aragão<sup>22</sup>, não são considerados como serviços públicos as funções públicas, incluindo-se aí as de polícia administrativa. Também não são consideradas serviços públicos, para o autor, as atividades fomentadas pelo Estado, na medida em que “[...] a atividade fomentada permanece sendo uma atividade privada, apenas apoiada pelo Estado” (aqui considerando que é diferente a atividade fomentada da atividade de fomento propriamente dita).

Grau<sup>23</sup>, ao tratar do conceito das formas de atuação do Estado na economia, distingue os conceitos de serviço público do conceito de atividade econômica. O serviço público é considerado um tipo de atividade econômica, pois voltado à satisfação de necessidades, por meio da utilização de bens e serviços escassos, preferencialmente de competência do setor público. Já o conceito de atividade econômica possui dois sentidos distintos, sendo um gênero e o outro, espécie.

Enquanto atividade econômica em sentido estrito, está relacionada ao exercício da atividade econômica em caráter privado, a atividade econômica em sentido amplo agrupa a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos, combinando os aspectos privados e públicos da atividade econômica.

A aplicação desses conceitos ao texto constitucional implica a delimitação de como o termo atividade econômica deve ser interpretado. Assim, no art. 173, que preceitua que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a ex-

<sup>20</sup> ARAGÃO, A.S. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>21</sup> ARAGÃO, A.S. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 151.

<sup>22</sup> ARAGÃO, A.S. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 168.

<sup>23</sup> GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ploração 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”, se está se referindo à atividade econômica em sentido estrito, mesmo que prestado por um ente estatal.

Por sua vez, no artigo 174, que estabelece que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, o termo atividade econômica é considerado em seu sentido amplo.

A implicação dessa distinção, para Grau<sup>24</sup>, é que dessa diferenciação é possível distinguir os regimes jurídicos de cada uma das atuações estatais. Nesse aspecto, o autor é claro ao prescrever seu entendimento de que é a atividade desempenhada que determina seu regime, não o contrário.

É inteiramente equivocada a tentativa de conceitua-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.<sup>25</sup>

Para identificar o regime jurídico correto aplicável a cada serviço público, Grau<sup>26</sup> propõe que sejam buscadas características no texto constitucional que possam subsidiar essa classificação. De toda forma, essa classificação não é automática. Para a identificação do que é considerado serviço público deve ser levado em consideração algumas características, segundo o autor.

Uma delas, a de que a mera previsão de que determinado serviço deva ser prestado pelo Estado não pressupõe que se trate de serviço público. No caso, por exemplo, de petróleo e gás, mesmo sendo monopólio da União, não se trata de serviço público. Por isso, uma atividade ser de relevante interesse coletivo

<sup>24</sup> GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 117.

<sup>25</sup> GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 117.

<sup>26</sup> GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 117.

ou pertinente à segurança nacional não a caracteriza com prestação de serviço público, mas sim como atividade econômica em sentido estrito.

Nesse aspecto, cabe a diferenciação que interesse coletivo é distinto de interesse social. Como contraponto, então, os serviços públicos estão ligados ao interesse social, e não ao interesse coletivo. Assim Grau<sup>27</sup> define serviço público: “Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.”

Grau<sup>28</sup> destaca também que a Constituição é dinâmica, e que a delimitação do que deve ser considerado serviço público, à luz do texto constitucional, estará necessariamente relacionado a determinado momento histórico.

Outra característica relacionada à prestação de serviço público que deve ser considerada está vinculada à sua atribuição de necessária continuidade. Considerando que o serviço público é indispensável à manutenção da coesão social, não há hipótese, a menos que regulamentada, de interrupção em sua prestação. Sendo assim, todo serviço público deve ser prestado interruptamente.

Especificamente quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, essas atuam como delegadas do Estado. São constituídas para a prestação do serviço público. Essas empresas podem atuar inclusive com prejuízo, pois visam o interesse público e não o lucro.

Aragão<sup>29</sup>, em tópico apartado, também trata das atividades econômicas exploradas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada e em monopólio, à semelhança da exposição de Grau<sup>30</sup>. Segundo Aragão<sup>31</sup>, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que há diferenças claras entre esses dois institutos na Constituição de 1988.

Assim, também para Aragão<sup>32</sup>, embora exista semelhança entre os serviços

<sup>27</sup> GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

<sup>28</sup> GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

<sup>29</sup> ARAGÃO, A.S. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>30</sup> GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>31</sup> ARAGÃO, A.S. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>32</sup> ARAGÃO, A.S. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 171.

públicos que devam ser prestados exclusivamente pelo Estado e aquelas atividades econômicas monopolizadas; e entre os serviços públicos sociais, que podem ser prestados também por particulares, e as atividades econômicas exploradas pelo Estado, “a diferença entre ambos os casos é que os serviços públicos têm por objetivo o atendimento direto de necessidades ou utilidades públicas, não o interesse fiscal ou estratégico do Estado, como ocorre com as atividades econômicas *stricto sensu*.” Dessa forma, em um caso, a atuação do Estado visa a rentabilidade econômica, enquanto que no outro o serviço público é o aspecto central.

Essa distinção é importante, pois os diferentes enquadramentos são correlacionados à forma de execução de determinado serviço e às diferentes prerrogativas e deveres dos agentes responsáveis por sua prestação. A questão aqui é que quanto mais próxima do regime de direito privado a atividade desempenhada, maior a influência de regras de mercado e menor a submissão às regras do direito público.

Como exemplo, a regulamentação da Lei de Acesso à Informação, segundo o Decreto Presidencial nº 7.724, de 16/05/2012, apesar de ter estipulado que devem os órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, prevê também significativa distinção no caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência.

Para essas empresas em regime de concorrência, a divulgação de informações estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

Quanto ao caso do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, trata-se de uma empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio.

Segundo seu Estatuto, o BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País. O BNDES deve exercitar suas atividades visando a estimular a iniciativa privada, sem prejuízo de apoio a empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público.

O BNDES está sujeito à supervisão do Ministro de Estado do Desenvol-

vimento, Indústria e Comércio Exterior. Fundado em 1952, o BNDES apoia a agricultura, indústria, infraestrutura e comércio e serviços, oferecendo condições especiais para micro, pequenas e médias empresas. O Banco também vem implementando linhas de investimentos sociais, direcionados para educação e saúde, agricultura familiar, saneamento básico e transporte urbano.

O apoio do BNDES se dá por meio de financiamentos a projetos de investimentos, aquisição de equipamentos e exportação de bens e serviços. Além disso, o Banco atua no fortalecimento da estrutura de capital das empresas privadas e destina financiamentos não reembolsáveis a projetos que contribuam para o desenvolvimento social, cultural e tecnológico.

O BNDES apresenta desembolsos crescentes ao longo dos últimos anos, atingindo os montantes de cerca R\$ 140 bilhões em 2011, R\$ 155 bilhões em 2012 e R\$ 190 bilhões em 2013. Cabe acrescentar que o aumento de desembolsos vem sendo feito, em parte, lastreado pelo aporte de recursos do Tesouro Nacional.

Quanto à caracterização do BNDES, podemos fazer a seguinte segmentação enquanto Banco Nacional de Desenvolvimento:

#### **4.1 Banco**

O BNDES é uma instituição financeira e, por isso, submete-se à fiscalização do Banco Central do Brasil (BACEN) e às normas e resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) - informação que, inclusive, consta de seu sítio eletrônico.

Segundo o sítio eletrônico do BACEN, o BNDES integra o Sistema Financeiro Nacional como um dos seus operadores, na categoria de “demais instituições financeiras” (existem também as instituições financeiras captadoras de depósitos à vista, os bancos de câmbio, as sociedades de capitalização etc.).

Na categoria de “demais instituições financeiras”, o BNDES ocupa lugar próprio, distinto dos bancos de desenvolvimento (esses de titularidade de governos estaduais) e dos bancos de investimento (instituições financeiras privadas).

#### **4.2 Nacional, enquanto empresa pública estatal**

O BNDES, por ser uma empresa pública, possui deveres previstos no ordenamento jurídico pátrio. O BNDES segue, assim, orientações específicas do Departamento de Coordenação das Empresas Estatais Federais - DEST do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG. Responsável pela apli-

cação de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, o Banco mantém-se sob a orientação e avaliação do Conselho Deliberativo do FAT - CODEFAT.

Suas contas são julgadas pelo Tribunal de Contas da União e seus processos auditados pela Controladoria Geral da União.

O BNDES possui as seguintes fontes de recursos para concessão de financiamentos: FAT (Fundo de Assistência ao Trabalhador), Fundo PIS/PASEP, Tesouro Nacional, Funda da Marinha Mercante – FMM, operações compromissadas, debêntures da BNDESPAR, além de fontes internacionais, como o Banco Mundial.

Dentre essas fontes, atualmente os recursos do Tesouro Nacional constituem mais da metade da sua estrutura de capital, em um total aproximado de R\$ 280 bilhões, em decorrência de aportes ocorridos entre os anos de 2010 e 2014.

### 4.3 De Desenvolvimento

A atividade precípua do BNDES é apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País. Nesse sentido, é possível enquadrá-lo como executor de uma atividade de fomento.

Em termos conceituais, a atividade de fomento pode ser definida como “a atividade administrativa que busca influenciar o comportamento dos particulares mediante a oferta de benefícios e estímulos e não através de imposições, de modo a induzi-los a desempenharem atividades tidas como necessárias ao atendimento do interesse público.”<sup>33</sup>

Nesse sentido, o BNDES, ao financiar determinadas instituições (privadas ou públicas) em condições específicas, procura, além do próprio desenvolvimento econômico em seu aspecto global, o estímulo a setores econômicos da sociedade. Tal atuação caracteriza, portanto, o fomento.

Além disso, se há benefícios concedidos pelo Estado, também caberão exigências aos beneficiários dos incentivos. Isso, pois a Administração visa ao interesse público e apenas formula determinada política pública se essa está diretamente relacionada à sua finalidade social. O agente incentivado adere voluntariamente ao programa proposto e, quando o faz, deve estar disposto a cumprir

<sup>33</sup> MELLO, R. M. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAEL-MUNHOZ-DE-MELLO.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

as condições regulamentadas.

Em termos formais, o BNDES acorda seus financiamentos por meio de contratos, que contém cláusulas com obrigações de ambas as partes, inclusive penalidades em caso de inadimplência financeiras e não financeira do beneficiário.

## **5 O SIGILO BANCÁRIO EM FACE DAS OPERAÇÕES DE FOMENTO DO BNDES**

A Constituição Brasileira de 1988 prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, por sua vez, estipula como regra que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

Mesmo a LC nº 105/2001 pressupondo, como regra geral, o sigilo das instituições financeiras em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, há, contudo, uma série de exceções relacionadas à atuação de autoridades fiscalizadoras, como do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; da Advocacia-Geral da União nas informações e nos documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte, das Comissões Parlamentares de Inquérito e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entre outras.

A LC nº 105/2001 prevê hipótese punitiva tanto no caso de fornecimento indevido de informação quanto de sua negativa quando a autoridade estiver obrigada a fazê-lo.

Por outro lado, a Lei Ordinária Federal nº 10.180/2001, de 06/02/2001, que trata da organização e disciplina dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, explicita, em seu art. 26 que “nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado aos servidores dos Sistemas de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, no exercício das atribuições inerentes às atividades de registros contábeis, de auditoria, fiscalização e avaliação de gestão.”

No caso, a Lei nº 10.180/2001 também possui previsão de penalidades em

caso de seu descumprimento. Assim, prevê a Lei nº 10.180/2001 que o agente público que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo à atuação dos Sistemas de Contabilidade Federal e de Controle Interno, no desempenho de suas funções institucionais, ficará sujeito à pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

A Lei nº 10.180/2001 prevê ainda que, quando a documentação ou informação disponibilizada envolver assuntos de caráter sigiloso, deverá ser dispensado tratamento especial de acordo com o estabelecido em regulamento próprio, e que o servidor deverá guardar sigilo sobre dados e informações pertinentes aos assuntos a que tiver acesso em decorrência do exercício de suas funções, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à autoridade competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

O BNDES, a partir do ano de 2006, deixou de fornecer informações à Controladoria-Geral da União - CGU sobre financiamentos a entes privados e também há limitações ao fornecimento de informações ao Tribunal de Contas da União.

A controvérsia entre a CGU e o BNDES encontra-se, administrativamente, atualmente em discussão na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF da Consultoria-Geral da União.

Por esse motivo, foi solicitada cópia do processo administrativo instaurado relativo ao respectivo procedimento conciliatório. A Advocacia-Geral da União – AGU<sup>34</sup> informou não ser possível disponibilizá-lo, conforme abaixo:

O procedimento conciliatório envolvendo a CGU e o BNDES ainda não teve a sua apreciação encerrada, porque a questão foi encaminhada para análise da Consultoria-Geral da União, de modo que as informações e documentos solicitados só poderão ser disponibilizados após a deliberação final do caso. Ou seja, trata-se de um documento preparatório, que, conforme definição prevista no inc. XII do art. 3º do Decreto nº 7.724/2012, considera-se um documento formal utilizado como fundamento da tomada de decisão ou de ato administrativo, a exemplo de pareceres e notas técnicas. Neste sentido, conforme disposição da Lei nº 12.527/2011, no §3 do art. 7º, o direito ao acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.

<sup>34</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Decisão administrativa Processo n. 00700000397201456, de 17 de outubro de 2014, 2014



Sobre essa questão, questionou-se o entendimento jurídico do BNDES<sup>35</sup>, que informou:

Em atenção ao seu pedido de informação nº 99903000507201461, informa-se que o Sistema BNDES cumpre o seu dever de publicidade e transparência observando os limites delineados pelo próprio ordenamento jurídico. Dessa forma, o dever de transparência deve ser conciliado com a necessidade de se respeitar o sigilo bancário e as regras de silêncio e confidencialidade do mercado de capitais, em atendimento ao artigo 5º, inciso X e artigo 173, §1º, inciso II, ambos da Constituição da República.

O BNDES, na qualidade de instituição financeira pública, está sujeito à Lei Complementar n.º 105/2001, que disciplina a proteção ao sigilo bancário e dispõe, taxativamente, sobre as hipóteses excepcionais em que tal proteção deverá ser afastada, tal como requisições do Poder Judiciário, Poder Legislativo e Banco Central, este último no exercício de sua função de fiscalização.

Ressalte-se que, tanto BNDES como seus agentes respondem na esfera civil, administrativa e criminal pela entrega de informações sigilosas fora das hipóteses legalmente autorizadas.

Em razão de a Controladoria Geral da União – CGU e de o Tribunal de Contas da União não serem previstos na Lei Complementar n.º 105/2001 como autoridades legitimadas a ter acesso, sem prévia autorização judicial, a informações protegidas por sigilo bancário, encontra-se o Sistema BNDES impedido, por força de Lei, a fornecer informações dessa natureza.

Por outro lado, questionou-se à CGU sobre o seu entendimento jurídico para solicitar ao BNDES informações que o Banco entende protegidas por sigilo. A Controladoria encaminhou cópia do Parecer Jurídico nº 028/2010/ASJUR/CGU-PR, de 01/02/2010, aprovado pelo Chefe da Assessoria Jurídica da CGU em 10/08/2010.

Da exposição inicial de motivos, é concluído no Parecer Jurídico nº 028/2010/ASJUR/CGU-PR, pela Assessoria Jurídica da CGU, que o sigilo bancário não tem previsão constitucional. Ainda que o tivesse, conclui-se que nenhum valor ou princípio é absoluto e que, no caso, deveria ser compatibilizado com as competências institucional da CGU, também previstas constitucionalmente.

<sup>35</sup> BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Decisão administrativa Processo n. 99903000507201461, de 14 de outubro de 2014, 2014

No mencionado Parecer é defendida tese de que as disposições previstas na Lei Complementar nº 105 de 2001 não implicam na restrição de acesso à informação pela CGU, devendo prevalecer o compartilhamento dessas informações.

No Parecer é destacado que ao “recusar o acesso às informações e documento, sobre as operações que realiza, o BNDES acaba por impedir a fiscalização sobre a gestão de recursos públicos e da própria instituição financeira oficial, contrariando o princípio republicano.”<sup>36</sup>

No Parecer também é destacado que “a equipe de auditores do controle interno, como o próprio nome o diz, é inerente à estrutura organizacional da instituição auditada. Por isso, até recentemente, havia uma Ciset (Secretaria de Controle Interno) para cada um dos Ministérios, evidenciando seu caráter interno ao órgão.”<sup>37</sup>

Mais recentemente, no final do ano de 2012, o Ministério Público Federal no Distrito Federal (MPF/DF) ajuizou ação civil pública contra o BNDES, com objetivo de que o Banco seja condenado a disponibilizar informações às operações que envolvam recursos públicos relativos aos últimos 10 anos, e das posteriormente realizadas.

Segundo o MPF/DF, foi requerido que o BNDES desse transparência sobre “os destinatários, a modalidade de apoio financeiro concedido e sua justificativa (empréstimo direto, empréstimo intermediado por terceiro, subscrição de valores mobiliários, entre outras), os montantes financeiros empregados, os prazos do investimento e o grau de risco do investimento”. Ainda segundo o MPF/DF<sup>38</sup>, o BNDES deveria “tornar públicos, ainda, os critérios ou justificativas de

<sup>36</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. Controvérsia entre a Controladoria-Geral da União e o MDIC-BNDES. Sigilo bancário. Competência fiscalizatória da CGU. Negativa de existência de sigilo bancário oponível ao órgão de controle interno. Parecer, n. 028/2010/ASJUR/CGU-PR, de 01 de fevereiro de 2010. Trabalho não publicado.

<sup>37</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. Controvérsia entre a Controladoria-Geral da União e o MDIC-BNDES. Sigilo bancário. Competência fiscalizatória da CGU. Negativa de existência de sigilo bancário oponível ao órgão de controle interno. Parecer, n. 028/2010/ASJUR/CGU-PR, de 01 de fevereiro de 2010. Trabalho não publicado.

<sup>38</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO DISTRITO FEDERAL. Procuradoria da República no DF. Disponível em <<http://www.prfdf.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 27 out. 2014.

indeferimento de eventuais pedidos de apoio financeiro e a compatibilidade do apoio concedido com as linhas de investimento do banco.”

A Juíza Federal responsável pela lide, em sua decisão, entendeu que o BNDES atua em regime diferenciado das demais instituições financeiras, por não visar ao lucro ao desempenhar suas atividades, e, por isso, em que pese possuir natureza jurídica de direito privado, está sujeito ao regime jurídico administrativo.

Dessa forma, julgou procedente o pedido do MPF/DF para que fossem disponibilizadas as informações solicitadas<sup>39</sup>. A partir dessa decisão, foram apresentados embargos de declaração, ainda não julgados.

Outra ação que envolve discussão semelhante diz respeito ao pedido formulado pela empresa Folha da Manhã S.A., proprietária do jornal Folha de São Paulo, para que o BNDES conceda acesso aos relatórios de análise relativos a concessão de empréstimo e financiamentos de valor igual ou superior a cem milhões de reais.

O acesso foi autorizado pela 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja decisão foi posteriormente confirmada por decisão colegiada sucessivamente proferida em sede de embargos de declaração. O entendimento foi no sentido da sujeição do BNDES às normas do direito público.

O BNDES contesta atualmente a presente decisão, por considerar que foi afastada, no caso concreto, a incidência, sem a observância da cláusula da reserva de Plenário, da legislação infraconstitucional referente ao sigilo das operações de instituições financeiras (art. 1º, caput e § 1º, IV, da Lei Complementar 105/2001).

Fora concedida, em parte, liminar, para que a disponibilização das informações requeridas pelo grupo Folha somente seja efetuada após a preservação, pelo BNDES, de todos os dados bancários e fiscais sigilosos constantes dos referidos relatórios de análise, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001.

Essa questão encontra-se pendente de decisão final, tendo a Procuradoria-Geral da República opinado pela procedência da reclamação.

A ação original junto ao TRF 2º Região também aguarda decisão final, ten-

<sup>39</sup> O MPF/DF havia requerido a condenação expressa do BNDES para que o Banco também disponibilizasse informações requeridas à CGU e ao TCU. A Juíza responsável negou o pedido, por entender que as próprias instituições que deveriam ajuizar esse pedido, e não o MPF/DF por elas.

do o BNDES interposto recurso especial e recurso extraordinário, ainda não julgados.

## **6 CONTRIBUIÇÕES AO APRIMORAMENTO DO SISTEMA**

### **6.1 Propostas de soluções administrativas para a lide envolvendo a CGU e o BNDES**

Considerando a controvérsia existente entre a CGU e o BNDES referente ao fornecimento de informações necessárias para que o órgão de controle interno possa executar sua atribuição institucional com eficácia, serão abordadas nesse capítulo três proposições que visam pacificar essa divergência, considerando eventuais implicações em cada caso.

Preliminarmente, cabe consideração sobre o risco de soluções administrativas serem questionadas e posteriormente apreciadas pelo Poder Judiciário. Esse risco será sempre presente e, existirá, em maior ou menor grau, independentemente da solução administrativa adotada. Por oportuno, ressalta-se que as proposições aqui efetuadas não são mutuamente excludentes, podendo ser adotadas concomitantemente.

#### *6.1.1 Conciliação, a partir do procedimento instaurado na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF da Consultoria-Geral da União*

A conciliação em litígios tende a ser forma mais ágil de resolução de conflitos do que a disputa judicial. Nesse caso, vislumbram-se duas possibilidades de entendimento, que permitirão acesso da CGU às informações necessárias à sua atividade.

Uma primeira possibilidade de solução dependeria do BNDES mudar o seu entendimento e passar a considerar que suas operações de fomento, por meio de financiamentos, não estão sujeitas às mesmas regras de uma operação bancária regida por interesses privados exclusivos.

Nessa hipótese, considerando que existe uma Lei que restringe o acesso a informações resguardadas por sigilo bancário às autoridades exaustivamente explicitadas (e que não inclui a CGU) - LC nº 105/2001, e existe também outra Lei, que autoriza à CGU a ter acesso às informações necessárias à sua atividade de fiscalização - Lei nº 10.1080/2001, o BNDES, em consideração às suas características particulares, poderia seguir o entendimento de que o segundo caso deve

prevalecer sobre o primeiro, e não o contrário. De qualquer forma, haverá sempre prevalência de um caso sobre o outro. E mais, a proposição aqui defendida possui respaldo na jurisprudência mais recente.

Uma segunda possibilidade decorre da consideração pelo BNDES de que a CGU, como definida no ordenamento jurídico, constitui controle interno à Administração Pública Federal e, portanto, não haveria quebra de sigilo no acesso de informações protegidas por sigilo pela Controladoria.

Cabe destacar que o BNDES, em contratação de prestadores de serviços, já adotou tratamento diferenciado em contrato de terceirização ao utilizar-se de termo de confidencialidade que expressamente permite a pessoas e entidades, externas (destaca-se) ao Banco, a terem acesso a informações protegidas por sigilo bancário, inclusive de terceiros, ou que constituam segredo de indústria ou de negócio<sup>40</sup>.

Tal situação representa exemplo de precedente de aplicação em prol da resolução proposta, ainda mais porque a Lei nº 10.180/2001 obriga ao sigilo o servidor sobre dados e informações a que tiverem acesso em decorrência do exercício de suas funções.

#### *6.1.2 Celebração de convênio pela CGU com o Banco Central do Brasil, para acesso a dados protegidos por sigilo bancário*

A Lei Complementar nº 105/2001 prevê, em seu artigo segundo, que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários tenham acesso a informações protegidas por sigilo bancário para exercício de sua atividade fiscalizatória.

Ocorre que esse mesmo artigo segundo, no parágrafo quarto, prevê a possibilidade de que seja firmado convênio com outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências, conforme abaixo:

§ 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios:

I - com outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências;

---

<sup>40</sup> BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **BNDES – O banco nacional de desenvolvimento**. Disponível em < <http://www.bndes.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

[...]

§ 5º O dever de sigilo de que trata esta Lei Complementar estende-se aos órgãos fiscalizadores mencionados no § 4 e a seus agentes.<sup>41</sup>

Nesse caso, sendo a CGU instituição fiscalizadora de empresas públicas, incluindo aquelas que se enquadrem como instituições financeiras, não se se identifica óbice para a assinatura de ajuste nesse sentido.

Por oportuno, não se cogita a possibilidade de que a fiscalização realizada pela CGU tenha o mesmo escopo da fiscalização do Banco Central do Brasil. Inclusive, por racionalidade administrativa, as competências são e devem ser distintas.

Por outro lado, entende-se como razoável que a CGU e o Banco Central atuem conjuntamente; por exemplo, a primeira, avaliando o atingimento de determinada política pública em um conjunto de financiamentos ao setor privado enquanto que o segundo, sobre esse mesmo conjunto de operações, avalie a gestão de risco de crédito do BNDES.

Nesse diapasão, a assinatura de convênio permitiria então a legalização, em âmbito administrativo, do fornecimento das informações necessárias à Controladoria, o que segundo o BNDES hoje é ilegal.

*6.1.3 Inserção de cláusula contratual padrão nos ajustes firmados pelo BNDES, no qual o contratado expressamente autorize à CGU a acessar informações em tese protegidas por sigilo bancário (ou outros previstos na legislação)*

A Lei Complementar estipula que no inciso V do parágrafo terceiro do artigo primeiro, que “não constitui violação do dever de sigilo” “a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados”<sup>42</sup>

Sendo assim, a própria legislação estipula a possibilidade de o interessado autorizar terceiros a acessarem seus dados, mesmo que protegidos por sigilo bancário. Dessa forma, não se vislumbra óbice jurídico ao BNDES colocar em seus contratos cláusula no qual àquela pessoa física ou jurídica que obtenha financiamento expressamente autorize a divulgação de dados.

Como já exposto nessa monografia, a atividade de fomento por financia-

<sup>41</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 105 (2011).

<sup>42</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 105 (2011).

mentos subsidiados é considerada uma atividade de adesão voluntária por parte do agente privado.

Se, por um lado, há o entendimento de que o contrato do BNDES é regido pelo direito administrativo, sendo, portanto, implícita a necessidade de controle, inclusive pela CGU, entende-se com mais razão a disponibilização de informações se houver a autorização contratual de acesso aos dados pela Controladoria.

Sobre essa possibilidade, cabem algumas considerações. A primeira é de que não se propõe aqui, até por escopo, a previsão de cláusula que implique na disponibilização integral e ampla dos dados a toda a sociedade. Embora, em tese, igualmente possível, há, por certo, consequências na divulgação de dados que se refiram, por exemplo, a estratégias de negócios de empresas privadas. Mesmo havendo a concessão de financiamentos subsidiados, é esperado que esse nível amplo de publicidade, a toda a sociedade, implique em fator a ser considerado pelas empresas privadas ao aceitar o financiamento. Nesse aspecto, a disponibilização de informações a toda sociedade deve ser analisada em avaliação específica, que não se insere no objetivo do presente estudo.

Por outro lado, a divulgação apenas aos órgãos de controle não deve possuir a mesma consequência. Tais órgãos tem o dever, pelos seus próprios normativos, como já mencionado, de manter sigilo, dependendo do caráter da informação obtida. Dessa forma, a inserção de cláusula contratual, como se propõe, poderá ter efeito nulo, ou praticamente insignificante, sobre a propensão dos agentes privados de acessar a política pública. As estratégias de negócios submetidas ao BNDES para avaliação, por exemplo, continuariam restritas ao próprio governo.

A inserção de cláusula contratual de acesso, como se propõe, pode acarretar em pelo menos duas outras consequências positivas. Uma, de redução do risco de contestação judicial, pois independentemente se já há ou não o direito legal de acesso aos órgãos de controle, a expressa aceitação em contrato pode mitigar eventuais futuros questionamentos; e outra, de ganho de clareza aos agentes privados, que com mais propriedade saberão que estão sujeitos ao acesso de suas informações por órgãos de controle.

## **7 CONCLUSÃO**

O desempenho de atividades econômicas por empresas estatais implica na confluência de elementos de direito privado associados à necessidade de atingi-

mento de objetivos públicos. O resultado jurídico do somatório de vetores que tencionam para a liberdade da iniciativa privada e – concomitante e antagonicamente – para a submissão ao regime jurídico administrativo dependerá de fatores que extrapolam o plano normativo.

O BNDES, objeto de estudo do presente trabalho, encontra-se exatamente sob essa tensão, que se traduz na discussão sobre a pertinência ou não da manutenção do sigilo bancário aos órgãos de controle administrativos.

Se por um lado o BNDES apresenta características de banco, o que, por hipótese, o sujeita às normas bancárias, por outro, o BNDES deve atuar apoiando a execução de políticas públicas, o que, por hipótese, também o submete ao cumprimento de normas do direito público.

Ocorre que existem duas normas, uma de direito bancário, e outra de direito administrativo, cuja aplicação colocou o BNDES e a Controladoria-Geral da União em polos distintos da mesma lide.

Enquanto o BNDES, fundamentado na Lei Complementar nº 105/2001, entende que não deve fornecer à CGU dados protegidos por sigilo bancário, a Controladoria entende ter direito ao acesso às informações necessárias para desempenho de sua missão institucional, conforme a Lei nº 10.180/2001. Esse conflito existe desde 2007 e encontra-se na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Consultoria-Geral da União pendente de solução.

Dos elementos apresentados nesse trabalho, entende-se que existem fortes motivos para que o BNDES reveja seu posicionamento. Como aspecto primordial, a atuação de órgãos de controle é reconhecida por fortalecer o Estado Democrático de Direito, ao resultar na ampliação da eficiência e na diminuição da corrupção na Administração Pública.

Ademais, existe entendimento jurídico de que a Controladoria-Geral da União constitui órgão de controle interno ao Poder Executivo Federal, e que há, na verdade, transferência de sigilo, e não sua quebra, caso a CGU acesse informações sob responsabilidade do BNDES.

Ainda, encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o BNDES opera sob regime distinto das demais instituições financeiras, por atuar em atividade de fomento, com recursos subsidiados, com características de serviço público. Por esse aspecto, as informações custodiadas pelo BNDES deveriam ser públicas, por sua atuação estatal interessar à coletividade.



Não obstante, foram apresentadas propostas para resolução da lide que independem do consenso sobre o contexto jurídico ao qual o BNDES deve se submeter.

Em âmbito administrativo, identificou-se a previsão legal da Controladoria-Geral da União firmar convênio com o Banco Central do Brasil para troca de informações protegidas por sigilo bancário, que deve objetivar a realização de fiscalizações conjuntas, respeitadas as respectivas competências.

Ainda, é possível que o BNDES oponha cláusula em seus contratos de financiamento, no qual o beneficiário anua o acesso de dados protegidos por sigilo aos órgãos de controle.

Tais opções se conformam com a legislação em vigor, resguardam o BNDES de eventuais questionamentos judiciais e permitem o pleno exercício das atribuições da Controladoria-Geral da União e dos demais órgãos de controle administrativos.

## 8 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A.S. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 73-181.

ARAUJO, F. D. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 205-253, jul./dez. 2011.

ARENA Corinthians abre mão de sigilo, e MPF pede dados à Caixa sobre repasse. **Terra on-line**. São Paulo, 07 out. 2013. Disponível em: <<http://esportes.terra.com.br/corinthians/arena-corinthians-abre-mao-de-sigilo-e-mpf-pede-dados-a-caixa-sobre-repasse,bc4964ba10591410VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9-70.

BELLOQUE, J. G. **Sigilo Bancário: Análise Crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 11-39.

BINENBOJM, G. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Decisão administrativa Processo n. 00700000397201456, de 17 de outubro de 2014. Resposta a pedido de Acesso à Informação. Trabalho não publicado.

\_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/paginas/default.aspx>>. Acesso em: 08 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico. **BNDES – O banco nacional de desenvolvimento**. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico. Decisão administrativa Processo n. 99903000507201461, de 14 de outubro de 2014. Resposta a pedido de Acesso à Informação. Trabalho não publicado.

\_\_\_\_\_. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico. **Demonstrações financeiras Individuais e Consolidadas 30 de junho de 2014 e 2013**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/0614pt.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/0614pt.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Portal de Acompanhamento de Gastos para a Copa do Mundo de Futebol de 2014**. Disponível em <<http://www.copatransparente.gov.br/homecopa>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. **CGU – Controladoria-Geral da União**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acesso em: 09 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. Controvérsia entre a Controladoria-Geral da União e o MDIC-BNDES. Sigilo bancário. Competência fiscalizatória da CGU. Negativa de existência de sigilo bancário oponível ao órgão de controle interno. Parecer, n. 028/2010/ASJUR/CGU-PR, de 01 de fevereiro de 2010. Trabalho não publicado.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. Portaria n. 570, de 11 de maio de 2007. Aprova o Regimento Interno da Controladoria-Geral da União. Disponível em <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_570\\_2007.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_570_2007.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral Da União. Solicitação da decisão de Diretoria nº 691/2012 do BNDES, com o Relatório de Análise de operação de financiamento à Arena Itaquera. Sigilo bancário, comercial e empresarial. Inaplicabilidade das hipóteses legais de sigilo do art. 1º da Lei Complementar 105/2001, art. 155, § 1º da Lei 6.404/1976 e demais sigilos de proteção à pessoa jurídica para fim de restringir acesso a objeto relativo ao uso de recurso público no âmbito de política pública de desenvolvimento econômico. Ao implicar transferência real de recursos do Tesouro Nacional a particulares, o objeto do contrato ingressa no âmbito do Direito Administrativo, devendo a sua execução obedecer aos princípios da administração implícitos e explícitos na Constituição Federal. Documento amparado pelo direito de acesso, cf. inciso VI e §3º do art. 7º da Lei 12.527/2012. Aplicação do princípio da publicidade. Recurso conhecido e provido. Parecer, n. 2951, de 14 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mdic/bndes/pa29512013.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.418, de 11 de outubro de 2002. Aprova novo Estatuto Social da empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4418.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.180, de 06 de fevereiro de 2001. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10180.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10180.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.683.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria Federal de Controle Interno. Instrução Normativa n. 01, de 06 de abril de 2001. Define diretrizes, princípios, conceitos e aprova normas técnicas para a atuação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-01-06042001.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança** n. 22.801, Plenário. Impetrante: Banco Central Do Brasil. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 17 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2274304&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança** n. 22.934, Plenário. Impetrante: Banco do Brasil S/A; P.C.X.A.F. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3143514&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança** n. 23.452, Plenário. Impetrante: L.C.B.J. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=91&dataPublicacaoDj=12/05/2000&incidente=1763585&codCapitulo=5&numMateria=14&codMateria=2>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação** n. 17.091/RJ. Decisão Monocrática. Reclamante: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=202682722&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação** n. 17.091/RJ. Manifestação da PGR. Reclamante: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=202682722&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF - Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Solicitação Do Congresso Nacional n. 001.825/2013-5. Autor: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 13 de março de 2013. Disponível em < <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHghLight?key=ACORDAO-LEGADO-113082&texto=50524f432533413138323532303133352a&sort=D'TRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Ação Civil Pública n. 0060410-24.2012.4.01.3400. 20ª Vara Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Relator: Juíza Adverci Rates Mendes de Abreu. Brasília, 18 de agosto de 2013. Disponível em < [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=2e9a1ecb673b1509311b31b2c656f119&trf1\\_captcha=b7p4&enviar=Pesquisar&proc=00604102420124013400&secao=DF](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=2e9a1ecb673b1509311b31b2c656f119&trf1_captcha=b7p4&enviar=Pesquisar&proc=00604102420124013400&secao=DF)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CAP S/A. **CAP S/A**. Disponível em < <http://www.arenacap.com.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18-30/951-963.

D'ANGELO, E.; D'ANGELO, S. **O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público**. Campinas: LZN, 2003. p. 50-59.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22-40, 808-837.

FERNANDES, A; VERÍSSIMO, R. BNDES resiste a auditoria da CGU. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 26 out. 2009. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,bndes-resiste-a-auditoria-da-cgu,456259>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

FERNANDES, J.U.J. **Responsabilidade Fiscal**: Questões práticas na função do ordenador de despesas, na terceirização de mão-de-obra; na função do controle administrativo. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 85-105.

GOES, F; SANTOS, C. Pacote de concessões vai exigir mais aportes do Tesouro ao BNDES. **Valor on-line**. São Paulo, 11 set. 2012. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15442&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=15442&Itemid=75)>. Acesso em: 09 jul. 2014.

GONZÁLEZ, M. A. F. El principio constitucional de publicidad. In: Jornadas Las reformas constitucionales, 36., Santiago, 2006. **Resumos**. Disponível em: < [www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el\\_principio\\_constitucional\\_de\\_publicidad.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

GRAU, E. R. A **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 90-153.

LASTRA, R. M. **Banco Central e Regulação Bancária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 90-125.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139-150, 360-365, 426-442.

MELLO, R. M. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAEL-MUNHOZ-DE-MELLO.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO DISTRITO FEDERAL. Procuradoria da República no DF. Disponível em <<http://www.prdf.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 27 out. 2014.

MOREIRA NETO, D. F. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OTTA, L. A. Parcela do Tesouro nos empréstimos no BNDES cresce 566% em oito anos. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 31 jul. 2010. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,parcela-do-tesouro-nos-emprestimos-do-bndes-cresce-566-em-oito-anos,29759e>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

PEREIRA, C. F. O. (Org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro Setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 303-323.

RODRIGUES, J. G. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014.

STOBER, R. **Direito Econômico Administrativo Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 507-510.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

ZYMLER, B. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 33-63, 257-312.

# ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA ATUANDO EM PARCERIA COM O ESTADO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Paulo Eduardo Lira Moraes<sup>1</sup>

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo geral mostrar que a tecnologia dos Observatórios Sociais possui uma função que inclui, além de fiscalizar as contas públicas, trazer a educação, conscientização, mudança de cultura aos cidadãos. A parceria entre essas Entidades e o Estado é essencial para a mobilização da sociedade. Para alcançar o objetivo, foi realizada uma extensa pesquisa bibliográfica sobre a estrutura e a atuação de observatórios sociais ligados à Rede Observatório de Controle Social que voltam suas atividades para a promoção de cidadania e educação fiscal. Inicialmente, o trabalho versa sobre uma fundamentação teórica que contempla a evolução histórica dos direitos fundamentais até o direito de exercer a cidadania e o controle social; e o Estado e Administração Pública: evolução histórica desde o Patrimonialismo, passando pelo Estado Burocrata, até o Estado Gerencial, momento em que surgem as Organizações da Sociedade Civil – OSC - Terceiro Setor. As Parcerias Voluntárias num Espaço Público Comum permitem uma série de ganhos institucionais que indicam o engajamento de setores da sociedade em torno do propósito de contribuir para a melhoria da qualidade da gestão pública. Conclui-se que, de um lado, o Estado ganha capilaridade, fica mais “poroso” em sua atuação, com a execução de projetos por organizações da Sociedade Civil que são estratégicos para a implementação de políticas, programas ou ações governamentais. Por outro, as organizações participam da esfera pública de forma não estatal e ganham escala para amplificar o alcance de sua atuação de finalidade pública. Trata-se, pois, de complementaridade entre entes.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Observatórios. Cidadania. Estado. Sociedade. Parcerias.

---

<sup>1</sup> Engenheiro Mecânico. Especialista em Novas Tendências do Direito Público e Avaliação de Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Atualmente é Técnico de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União/CGU.

**ABSTRACT**

This work has the objective to show that the technology of Social Observatories has a function which includes in addition to monitoring the public accounts, bring education, awareness, culture change to citizens. The partnership between these entities and the state is essential for the mobilization of society. To achieve the goal was performed an extensive literature on the structure and the role of social observatories linked to the Centre of Social Control Network returning its activities for the promotion of citizenship and tax education. Initially, the work deals with a theoretical foundation that includes: the historical development of fundamental rights to the right to exercise citizenship and social control. The State and Public Administration: historical evolution from the Patrimonialism, through Bureaucrat State, to the Managerial State, as they appear the Civil Society Organizations - CSO - Third Sector. The Voluntary Partnership in a common public space allow a number of institutional gains that indicate the involvement of sectors of society around the goal of contributing to improving the quality of public administration. It is concluded that, on the one hand, the state gains capillarity, is more “porous” in his performance with the execution of projects by civil society organizations that are strategic for the implementation of policies, programs or government actions. Second, the organizations participating in the public sphere of non-state form and gain scale to amplify the scope of its public purpose activities. It is therefore complementarity between entities.

**Key words:** Administrative Law. Observatories. Citizenship. State. Society. Partnerships.



## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho inicialmente versa sobre a fundamentação teórica que contempla a evolução histórica dos direitos fundamentais até o direito de exercer a cidadania e o controle social; e o Estado e Administração Pública: evolução histórica desde o Patrimonialismo, passando pelo Estado Burocrata, até o Estado Gerencial, momento em que surgem as Organizações da Sociedade Civil – OSC - Terceiro Setor. As Parcerias Voluntárias num Espaço Público Comum permitem uma série de ganhos institucionais. Conclui-se que, de um lado, o Estado ganha capilaridade, fica mais “poroso” em sua atuação com a execução de projetos por organizações da Sociedade Civil que são estratégicos para a implementação de políticas, programas ou ações governamentais. Por outro, as organizações participam da esfera pública de forma não estatal e ganham escala para amplificar o alcance de sua atuação de finalidade pública.

Paulo Bonavides<sup>1</sup> também defende a existência dos direitos de quarta geração, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo.

Para Habermas<sup>2</sup>, o objetivo, na democracia, é institucionalizar-se, progressivamente, os processos de formação racional da vontade: os cidadãos devem criar as próprias leis que os vinculam, através de um processo democrático institucionalizado em que discursos e negociações são estruturados de tal modo que as questões políticas passam a ter um tratamento racional.

O Terceiro Setor cumpre um papel estratégico na renovação da relação do Estado com a Sociedade Civil. Por ser uma arena institucional das organizações da sociedade sem fins lucrativos, voltada para finalidades públicas e sociais, ele possibilita a promoção de espaços de convivência capazes de potencializar a cultura da solidariedade e cooperação entre governo, mercado e sociedade local. Para que isso ocorra, contudo, é preciso que se sustente um espaço de diálogo, em que se estimule a constituição de parcerias entre todos os setores da sociedade, através do protagonismo do cidadão ativo.

A capacidade de instauração de um sistema democrático em nosso país,

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros Editores, 2000.

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

entretanto, será medida pela renovação dos atores e das práticas sociais. A existência de uma sociedade civil ativa é uma condição para consolidação da democracia e, principalmente, para a garantia do Estado de Direito. Por isso, para que haja um espaço público democrático é preciso a livre participação e associação da sociedade civil.

O significado da criação de um observatório social é considerado mais que um fato institucional, ou a simples fundação de uma entidade, ele é a materialização da maturidade da participação da sociedade na vida pública.

O observatório social procura trazer uma nova visão de mundo, sendo que apenas num espaço democrático e com liberdades estipuladas na Constituição Federal de 1988 isso pôde se tornar realidade, coisas que há poucos anos, devido aos processos ditatoriais e autoritários, o Brasil estava privado.

Tendo em vista que os observatórios possuem as premissas de instituições sem fins lucrativos, apartidarismo político e voluntariedade, eles recebem o apoio de várias entidades de peso. Isso resulta em um fortalecimento de sua imagem perante a sociedade, o que agrega valor e credibilidade às suas ações.

Os projetos de educação fiscal, realizadas em reuniões na própria entidade, escolas e congressos, visam aprofundar o conhecimento da população sobre as maneiras de mobilização e fiscalização que podem ser implementados pela organização dos cidadãos, como por exemplo, a fundação de um observatório em determinado Município.

Os Observatórios então carecem de publicidade dos atos realizados por seus membros à sociedade, pois seus trabalhos de fiscalização e monitoramento não tem o devido lugar nas mídias e na sociedade, o que seria de grande valia para o engajamento de novos membros e de mais instituições interessadas em manter o bem-estar de todos e o emprego do dinheiro público com qualidade.

Atualmente, a fragilidade do marco regulatório para mediar as relações entre Estado-OSCs tem contribuído para a instabilidade desta relação, dificuldade na gestão do financiamento e prestação de contas, crise de legitimidade das OSCs. Isso tudo a despeito de um cenário em que as transferências de recursos nas três esferas de governo têm crescido<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> SEGATTO, C. I. (2013). **O espaço das Organizações da Sociedade Civil de Defesa de Direitos na Relação Governo-Sociedade no Brasil**. In Mendonça, P. E. M, Alves, M. A., & Nogueira, F. do A. (orgs.). *Arquitetura Institucional de Apoio às Organizações da Sociedade Civil*

Este trabalho busca apresentar os principais referenciais para o estudo da relação entre as OSCs e o Estado, e apoiar o caso brasileiro mencionando o papel do marco regulatório. Há uma série de implicações para a gestão e sustentabilidade das OSCs, brevemente apontadas aqui, que merecem maior aprofundamento, considerando o contexto brasileiro e o cenário institucional-legal.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais nada mais são do que a incorporação dos direitos do homem no ordenamento jurídico de um Estado. Mas não basta que estes direitos sejam positivados, é essencialmente necessário que tenham efetividade.

Muito embora exista uma ampla doutrina acerca dos direitos fundamentais, é essencial que eles de fato sejam concretizados, mesmo que essa tarefa não seja fácil.

Há um dissídio acerca da origem dos direitos fundamentais, estabelecido entre a Declaração de Direitos do Povo da Virginia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem, proclamada em 2 de outubro de 1789, pelos representantes do povo francês. Esta é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais. Tanto a Declaração Francesa quanto a Americana tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalistas, reconhecendo, ao ser humano, direitos naturais inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis<sup>4</sup>.

A proclamação dessas duas Declarações foi uma forma encontrada pela burguesia de abolir os privilégios conferidos ao clero e a nobreza, portanto, a criação dos novos direitos não teve objetivo principal de defender a parcela mais frágil da sociedade de então, e sim tornar o governo mais responsável perante os direitos da classe burguesa.

Com a Revolução Industrial, ocorreu, no século XIX, o empobrecimento

---

no Brasil. São Paulo: FGV, p. 144-165; PANNUNZIO, Eduardo (2014). **Dá para confiar na Sociedade Civil?** Brasil Post, 22 de abril de 2014. Recuperado em 28 de abril de 2014: <[http://www.brasilpost.com.br/eduardopannunzio/da-para-confiar-na-sociedade-civil\\_b\\_5153273.html](http://www.brasilpost.com.br/eduardopannunzio/da-para-confiar-na-sociedade-civil_b_5153273.html)>

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 44-45.

e a submissão a jornadas e condições desfavoráveis de trabalho da população que migrou do campo para as cidades, com o intuito de ocupar os postos de trabalho nas indústrias, a qual, a partir de sua organização, formou uma nova classe social, o proletariado. Tal fato acabou acarretando revolta e organização da classe trabalhadora, com o propósito de reivindicar direitos e, a partir de então, houve a afirmação de novos direitos humanos como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Os direitos oriundos das Revoluções Americana de 1776 e a Francesa de 1879 abrangem o direito à vida, à liberdade e à propriedade, e são os primeiros direitos a serem positivados ou serem reconhecidos nas primeiras constituições, portanto, chamados de direitos de primeira dimensão.

A intervenção do Estado na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social, no século XX, tiveram como consequência o surgimento dos direitos de segunda dimensão, que correspondem à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, entre outros.

Esses direitos foram proclamados nas Constituições marxistas, na Constituição de Weimar, bem como dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Já no século XX, considerando a existência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, bem como a tecnologia de ponta adotada pelos países desenvolvidos, ameaçando, aguçando o pessimismo, talvez o realismo e até a existência da própria humanidade. Assim, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, consequentemente ocasionou o surgimento de uma nova dimensão de direitos, ou seja, a terceira dimensão de direitos fundamentais<sup>5</sup>.

As transformações sociais, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de subjetividade e a diversidade na maneira de ser em sociedade contribuíram para que outros direitos fossem inseridos na terceira dimensão. Tais direitos são os direitos da criança, direitos dos idosos, os direitos dos deficientes físicos e mentais, os direitos das minorias, direitos à intimidade, à honra, à imagem<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

<sup>6</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos”

Como consequência da globalização e da criação do Estado Neoliberal, existe uma tendência de se reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos, a qual contemplaria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

De acordo com o escólio de Paulo Bonavides<sup>7</sup>, a quarta dimensão dos direitos fundamentais é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Compreendem os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Assim, podemos dizer que os direitos da segunda, terceira e quarta geração, além de dispersos em todo texto legal jurídico, não se interpretam, mas sim, concretizam-se. E é no seio dessa materialização, dessa solidificação, que se encontra o futuro da globalização política, o início de sua legitimidade e a força que funde os seus valores de libertação. Enfim, conforme enfatiza Paulo Bonavides, “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”.

### **3 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

#### **3.1 Sistema Patrimonialista**

O modelo de administração patrimonialista que, impregnado com a ideia do poder absoluto do rei, o qual apaga a existência do súdito, marca uma época de submissão e de uma sobrevivência básica. Denomina-se patrimonialismo quando a distinção entre o que é público e o que é privado não é feita de forma precisa em um sistema de gestão ou governo. Nesse sistema, o Estado passa a ser patrimônio de um governante. Característica comum em governos absolutistas,

---

direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antônio Carlos (Coord.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

marcante no império brasileiro. O monarca gastava as rendas pessoais e as rendas obtidas pelo governo de forma indistinta, ora para assuntos que interessassem apenas a seu uso pessoal (compra de roupas, por exemplo), ora para assuntos de governo (como a construção de uma estrada). Como o termo (patrimonialista) sugere, o Estado acaba se tornando um patrimônio de seu governante.

Originalmente, Max Weber o definiu para demonstrar o domínio privado de governantes, onde o tesouro do Estado se confundia com o do monarca ou de seu corpo funcional, separação essa em que se apoia a forma burocrática moderna.

### **3.2 Sistema Burocrático**

O sistema burocrático surge para combater a corrupção e o nepotismo gerados pelo modelo anterior. Inicia-se uma nova visão, uma esperança que surge com a racionalização, momento em que o liberalismo supera o absolutismo.

Inicia-se a fase do Estado de Direito, conquistado após muitas lutas históricas e políticas. O soberano se torna submisso aos Estatutos do Parlamento. O modelo burocrático é sistematizado substituindo o patrimonialismo do período absolutista.

A administração pública burocrática se torna apegada ao controle da forma de proceder, sem se preocupar em questionar se toda a atividade desempenhada gera resultados pelo menos aceitáveis.

É uma organização ligada por normas e regulamentos previamente estabelecidos por escrito. É baseada em legislação própria que define com antecedência como a organização deve funcionar, sendo suas principais características:

- são escritas;
- procuram cobrir todas as áreas da organização;
- é uma estrutura social racionalmente organizada;
- conferem às pessoas investidas da autoridade um poder de coação sobre os subordinados e também os meios coercitivos capazes de impor a disciplina;
- possibilitam a padronização dentro da empresa.

Para Max Weber a burocracia, então, podia ser definida da seguinte forma: aparato técnico-administrativo, formado por profissionais especializados, selecionados segundo critérios racionais e que se encarregavam de diversas tarefas importantes dentro do sistema. E, ainda, aponta que a burocracia, da maneira

como foi definida acima, existiu em todas as formas de Estado, desde o antigo até o moderno. Contudo, foi no contexto do Estado moderno e da ordem legal que a burocracia atingiu seu mais alto grau de racionalidade.

### 3.3 Sistema Gerencial

A administração gerencial, que corresponde ao modelo atual, surge como uma solução para os problemas gerados pelos desgastes do anterior.

Nos anos 80, após a crise do endividamento internacional, torna-se visível a questão do ajuste estrutural. Já nos anos 90, a ênfase é transferida para a reforma do Estado, em especial a administrativa.

Ora, se a proposta de um Estado mínimo não é realista, e se o fator básico subjacente à crise ou à desaceleração econômica e ao aumento dos níveis de desemprego é a crise do Estado, a conclusão só pode ser uma: o caminho para resolver a crise não é provocar o definhamento do Estado, enfraquecê-lo ainda mais do que já está enfraquecido, mas reconstruí-lo, reformá-lo. A administração pública gerencial parte do pressuposto de que já chegamos em um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado, que o burocratismo está condenado, e que é possível desenvolver estratégias administrativas baseadas na ampla delegação de autoridade e na cobrança *a posteriori* de resultados.

A questão central passa a ser a reconstrução do Estado, para defini-lo em um mundo globalizado. Para o Presidente em exercício à época, Fernando Henrique Cardoso, essa mudança de perspectiva torna-se uma das primordiais diretrizes de seu governo, ou seja, a reforma da Administração Pública.

É criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), sob direção do Ministro Bresser Pereira, que inclui a reforma administrativa entre as reformas constitucionais já definidas como prioritárias pelo governo FHC.

Nesse projeto é incluída a flexibilização do estatuto da estabilidade dos servidores públicos, assim, sendo objetivada a aproximação dos mercados de trabalho público e privado.

Em agosto de 1995, a reforma administrativa é encaminhada ao Congresso Nacional e, aprovada, transforma a administração pública brasileira de burocrática em gerencial. Não há consenso doutrinário sobre o início do Estado gerencial e regulador, sendo considerado por alguns o seu início a partir do

Decreto 200/67, enquanto a maioria entende como sendo a partir dos anos 90.

Em suma, pode-se dizer que o Brasil está caminhando para um modelo gerencial de administração pública, apesar de ainda estar assentado culturalmente e até mesmo institucionalmente em um modelo burocrático, percebendo-se inclusive, com certa frequência, traços do patrimonialismo.

#### **4 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – OSC - TERCEIRO SETOR**

Originárias no Brasil das ações sociais de natureza assistencialista, administradas normalmente por leigos em gestão, as organizações da sociedade civil nascidas nos anos 1970 e 1980 sempre tiveram sua existência condicionada às pequenas doações de recursos financeiros de governos, de empresas e de indivíduos, muitos dos quais transformados também em voluntários de serviços. É um modelo que ainda hoje serve bem para inúmeras organizações em todo o país. A partir dos anos 80, fundações e organismos internacionais passaram a constituir uma alternativa de fonte de financiamento, principalmente para organizações ambientais e movimentos tidos como politizados, como os relacionados a mulheres e negros.

Em meados dos anos 1990, ocorreu no Brasil um impressionante movimento de expansão do terceiro setor, identificado por meio de recente pesquisa do IBGE. Com o aumento do número de organizações privadas para fins públicos, ampliou-se significativamente a demanda pelas doações de pessoas e empresas, pelas verbas públicas e pelo financiamento de agências internacionais, fazendo com que tais entidades, despreparadas para o novo quadro, começassem a competir pelos mesmos recursos. “Além disso, também na década de 1990, estados, municípios e o Governo Federal, financiadores de sempre das atividades das organizações sociais, tiveram de enxugar gastos. Os recursos públicos diminuíram e a concorrência aumentou”, lembra a consultora Cristina Murchco<sup>8</sup>, especializada em organizações da sociedade civil. Este complexo cenário explica, em larga medida, o interesse cada vez maior pela adoção de ferramentas de gestão (como planejamento, avaliação, projeto, comunicação e marketing e

<sup>8</sup> SKWARA, Bete Alina. **Tendências – Descobrimo o segundo setor e meio**. Recuperado em 20 de junho de 2005: <http://www.ideiasustentavel.com.br/2005/06/tendencias-descobrimo-o-segundo-setor-e-meio/>



captação de recursos), a busca de novas alternativas para a sustentabilidade e a ascensão de conceitos antes restritos ao universo dos negócios, como resultados, eficiência, eficácia e efetividade

Buscando a promoção do “bem comum”, termos como parcerias, alianças, cooperação, interação, troca de competências, e muitos outros, são muito utilizados. É defendida a ideia de que organizações de origens diferentes compartilhando competências específicas em prol de objetivos comuns são decisivas para o desenho da sociedade dos próximos anos. Num momento em que são redefinidos os papéis e é renegociado o pacto social para o século XXI<sup>9</sup>, que define quem faz o quê dentro de uma sociedade, discutir o papel das empresas no social e sua forma de atuar nesse campo parece relevante.

Isso decorre, em grande parte, de avanços em termos de democracia e cidadania baseados na criação de uma esfera pública, na qual interesses privados transformam-se em interesses públicos<sup>10</sup>. De uma situação em que identificavam-se claramente interesses e organizações públicas e privadas, chega-se a um espaço onde pessoas e organizações, agentes sociais e do desenvolvimento, públicos e privados, relacionam-se e condicionam-se de tal forma que é difícil identificar seus limites<sup>11</sup>.

As organizações do Terceiro Setor – no mundo e nos países da América Latina, como o Brasil – têm alcançado uma forte expansão por intermédio de seu papel crucial na melhoria das condições de vida da sociedade e na capacidade de gerar benefícios sociais e econômicos.

O estudo, a discussão e a reflexão sobre o Terceiro Setor é assunto atual e pertinente no contexto acadêmico, à medida que se busca uma compreensão específica e atualizada sobre a atuação de diferentes profissionais nessas organizações, considerando a busca da qualidade social para os serviços prestados.

Do ponto de vista legal, as iniciativas começaram em 1997, com o Conselho da Comunidade Solidária, realizando uma rodada de interlocução política. O tema, na ocasião, era “Marco Legal do Terceiro Setor”, dando origem à lei 9.790/99, que qualificou as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

<sup>9</sup> WILHEIM, Jorge. Um mundo de incertezas. **Parcerias e responsabilidade social**. São Paulo: CENPEC-Instituto Ethos, 1999.

<sup>10</sup> DANIEL, C. A construção da esfera pública pelo choque de conflitos. **Parcerias e responsabilidade social**. São Paulo: CENPEC / Instituto Ethos, 1999.

<sup>11</sup> FERNANDES, Rubem César. Privado Porém Público: **o Terceiro Setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

– OSCIP, possibilitando firmar parcerias entre Estado e sociedade civil.

Segundo os autores<sup>12</sup>, as práticas de empresas que investem no social, para serem fecundas, devem articular-se e complementar-se com práticas de outras organizações, especialmente as do terceiro setor, que possuem maior conhecimento técnico para atuação no social, o que qualifica e legitima a atuação das empresas. Além disso, uma vez bem sucedidas essas iniciativas, devem assumir o compromisso de disseminar essa conduta.

O mais provável é que, no futuro, não venham a existir mais fronteiras tão delineadas entre segundo e terceiro setores. A tendência é haver uma espécie de simbiose entre lógicas e valores privados e público-privados tanto na gestão quanto nos resultados finais. Estar no segundo setor privado não significará somente perseguir lucro a qualquer custo. Será possível e desejável obter lucro com responsabilidade social. Estar no terceiro setor não significará apenas não ser lucrativo. Será possível sim ser lucrativo para quem investir na comunidade.

Com o intuito de regulamentar as entidades de Terceiro Setor, a Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado aprovou, em 31/05/2012, o Projeto de Lei nº 649/2011<sup>13</sup>, que pode vir a ser o novo marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e essas entidades. O projeto tem como principal objetivo estabelecer o regime jurídico entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público.

O Projeto, de autoria do senador Aloysio Nunes Pereira, representante do PSDB de São Paulo, foi aprovado em 28/08/2012 pela Comissão do Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA)<sup>14</sup> e deverá seguir para a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Tendo em vista que o Projeto de Lei nº 649/2011 contou com a colaboração de especialistas do Terceiro Setor, dirigentes da Associação Brasileira de

<sup>12</sup> BOMBAL, Inés González e KROTSCH, Pedro. Hacia un nuevo contrato social para el siglo XXI. **IV encuentro ibero americano del tercer sector**. Reflexiones finales. Buenos Aires: 1998.

<sup>13</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 649/2011**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/98372.pdf>>. Acesso em: jun. 2012.

<sup>14</sup> PEREIRA, Aloysio Nunes. **Regulação para ONGs**. Disponível em: <<http://www.aloysionunes.com/imprensa/regulacao-para-ongs/>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

ONGs, técnicos do Tribunal de Contas da União (TCU), do Ministério Público Federal (MPF) e da Controladoria Geral da União (CGU), foram levadas em consideração as experiências advindas das investigações promovidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI das ONGs) para sua elaboração<sup>15</sup>. Assim, o referido projeto promete firmar e, ao menos, iniciar nova forma padrão para os procedimentos em que a Administração Pública realiza em conjunto com o Terceiro Setor.

É fato que tais fenômenos fizeram emergir uma nova forma de administrar, tendo como bases o diálogo, a negociação, o acordo, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

Apesar dos avanços, as leis que disciplinam, fomentam e controlam a atuação das entidades do terceiro setor, “seu marco legal”, são ainda incipientes no Brasil, pela própria novidade da matéria. Há um trajeto a ser cumprido para o seu aperfeiçoamento, que passa pela reforma da legislação atual. Um dos problemas é a superposição: a Lei das OSCIP convive com as “leis de incentivos fiscais”, com os “atestados de utilidade pública” e com os “certificados de fins filantrópicos”. Todos visam a assegurar isenção ou imunidades no pagamento de tributos ao poder público, gerando conflitos de interpretação.

Foi publicada no DOU de 1º de agosto de 2014 a Lei nº 13.019 que “estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público”.

## 5 PARCERIAS VOLUNTÁRIAS NUM ESPAÇO PÚBLICO COMUM

Nas últimas décadas, o mundo das organizações acompanhou e protagonizou importantes transformações envolvendo aqueles que podem ser considerados os três dogmas institucionais da modernidade<sup>16</sup> - Estado, mercado e

<sup>15</sup> PEREIRA, Aloysio Nunes. **Regulação para ONGs**. Disponível em: <<http://www.aloysionunes.com/imprensa/regulacao-para-ongs/>>. Acesso em: 10 ago. 2012

<sup>16</sup> PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: 32 (5), 173-99, set./out. 1998.

sociedade civil.

A globalização, hoje, tem como característica relevante um mercado no qual a cada dia é visível a facilidade de comunicação, transmissão e processamento de informações, além da mobilidade internacional de capital. No plano econômico, a globalização caracteriza-se pela desnacionalização financeira.

A crescente transnacionalização da economia não só reorienta como reduz a capacidade decisória do governo nacional em praticamente todos os setores da economia. No campo dos transportes, habitação, saúde, educação, e meio ambiente, cresceram muito as “sugestões” (para não falar imposições) de organizações multilaterais, dentre as quais se destacam o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Para esclarecer este problema, no que se refere à soberania, hegemonia, cidadania e democracia, é preciso compreender não só a emergência de estruturas mundiais de poder, mas também a emergência de uma incipiente, mas evidente sociedade civil global. Sim, já são evidentes alguns indícios de uma sociedade civil de âmbito global. O desenvolvimento das relações, processos e estruturas de dominação e apropriação, com alcance mundial, indica a formação de uma configuração geo-histórica, isto é, simultaneamente social, econômica, política e cultural. São relações, processos e estruturas envolvendo diretamente as condições e as possibilidades de construção ou reconstrução da soberania, hegemonia, cidadania, e democracia, em escala nacional e mundial.

Hoje o poder coletivo das pessoas é imprescindível para planejar o futuro, e a necessidade de exercê-lo é mais imperiosa. O principal desafio desta geração é mobilizar tal poder para tornar a vida mais democrática, mais segura e mais sustentável. O mundo necessita de uma nova visão que estimule todas as pessoas a atingir níveis mais altos de cooperação nas áreas em que compartilhem os mesmos interesses.

Uma das mudanças importantes dos últimos anos foi o surgimento de instituições, organizações voluntárias, associações de mulheres, sindicatos, cooperativas, associações comunitárias, organizações de cunho religioso etc. Tais grupos canalizam os interesses e energias de muitas comunidades, fora do âmbito governamental, desde empresários e profissionais liberais até indivíduos que lutam pelo bem-estar das crianças ou por um planeta mais saudável.

O envolvimento da sociedade civil na elaboração de políticas sociais tem

aparecido como um dos motes dominantes da Agenda para uma Nova Política. Existem de fato diversas situações nas quais o cidadão comum pode ser incluído nas políticas sociais, como por exemplo: elaboração de diretrizes, alocação de recursos, assessoria a órgãos públicos, prestação de serviços de base, acompanhamento da implementação e da prestação de contas aos órgãos públicos. As pessoas podem ser convocadas, sozinhas ou em grupos, para atuar como peritos, clientes e usuários dos serviços, integrando o tecido social. Às vezes, a participação da sociedade civil não passa de uma fachada, e os formuladores das políticas seguem seus caminhos usuais, sem empecilhos. Observa-se, no entanto, que em alguns setores das políticas públicas, ou em determinadas regiões da América Latina, têm sido envidados esforços para fazer com que a participação se torne significativa, como instrumento para dar poder ao cidadão e aprimorar os serviços públicos. Na medida em que os cidadãos puderem exercer uma influência tangível sobre a elaboração das políticas e dispuserem de recursos e de estabilidade institucional para resistir à cooptação e manter sua autonomia, esse engajamento resulta no que, para os propósitos deste artigo, denominaremos parceria entre o Estado e a sociedade civil.

Independente das questões de transparência, fiscalização e legitimidade que cercam as Organizações Não-Governamentais, sua atuação é imprescindível, no que se refere ao atendimento de questões de interesse geral e consegue influenciar decisões, tanto em âmbito nacional, quanto internacional. Mas não substituem a atuação do Estado, pois não possuem legitimidade institucional suficiente para tal. As Organizações Não-Governamentais e os Estados apenas interagem na promoção de políticas públicas.

A sociedade civil atua de forma independente e, em muitos casos recebe amparo público e privado, além de apoio dos meios de comunicação e o apoio da sociedade como um todo. O reconhecimento e visibilidade que as ONGs conquistaram no decorrer do seu aparecimento, aliado ao apoio que as Organizações Não-Governamentais recebem da população, concede legitimidade para suas ações seja dentro ou fora do aparato estatal. Essa legitimidade não deve ser comparada a uma disputa de poder com o Estado, tão pouco determinar os rumos de um regime democrático.

O GIFE é uma entidade privada, sem fins lucrativos, fundada em 1995, com sede na cidade de São Paulo. Reúne atualmente cerca de 45 organizações

que investem recursos de forma estruturada e sistemática na área social no Brasil. Entre os membros da entidade, há formas diferenciadas de atuação, diferentes níveis orçamentários e diversas estruturas organizacionais. Há uma tendência para atividades que fogem de uma perspectiva assistencialista, assumindo um caráter mais profissional e sistematizado do papel empresarial no social<sup>17</sup>.

É uma entidade pioneira na discussão dos temas relacionados ao investimento social das empresas e ao terceiro setor no Brasil. O GIFE funciona como mobilizador e articulador entre seus integrantes e deles com outras organizações, de diferentes setores e países. Serve também como interlocutor do setor empresarial com outros setores. Por essas características, representa bem uma organização intermediadora de relações interorganizacionais em rede<sup>18</sup>.

A *accountability* democrática, entendida como responsabilização contínua dos governantes por seus atos e omissões perante os governados<sup>19</sup>, constitui um dos alicerces da democracia e da qualidade da administração pública. Avanços em termos de responsabilização relacionam-se diretamente com o amadurecimento da cultura política de cada país, a qual influencia e é influenciada pela construção de mecanismos institucionais de controle e de sanção<sup>20</sup>.

Em meio à diversidade de formas de controle que ganham espaço no país, focalizamos nosso olhar neste trabalho para experiências de controle social que indicam o engajamento de setores da sociedade em torno do propósito de contribuir para a melhoria da qualidade da gestão pública e da qualidade de vida em suas cidades, aliando elementos de natureza técnica e política em sua ação. Em diversos municípios brasileiros, surgem iniciativas voltadas ao combate à corrupção, à promoção da cidadania fiscal, à avaliação da qualidade de programas governamentais e à construção de indicadores de desenvolvimento e de qualidade de vida.

<sup>17</sup> SCHOMMER, Paula Chies; ROCHA, Ana Georgina Peixoto; FISCHER, Tânia. Cidadania empresarial no Brasil: três organizações baianas entre o mercado e o terceiro setor. **Anais do 23º encontro da ANPAD**. Foz do Iguaçu, 1999. p. 8.

<sup>18</sup> SCHOMMER, Paula Chies; ROCHA, Ana Georgina Peixoto; FISCHER, Tânia. Cidadania empresarial no Brasil: três organizações baianas entre o mercado e o terceiro setor. **Anais do 23º encontro da ANPAD**. Foz do Iguaçu, 1999. p. 8.

<sup>19</sup> ABRUCIO, F.L.; LOUREIRO, M.R. Finanças públicas, democracia e accountability. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P.R. (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

<sup>20</sup> CENEVIVA, R.; FARAH, M.F.S. **Democracia, avaliação e accountability**: a avaliação de políticas públicas como instrumento de controle democrático. Anais do EnAPG 2006. **Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD**. São Paulo, ANPAD, 2006.

O Observatório Social (OS) é um espaço democrático e apartidário, que reúne o maior número possível de entidades representativas da sociedade civil com vistas a contribuir para a melhoria da gestão pública, atuando em favor da transparência e da qualidade na aplicação dos recursos públicos, por meio de metodologia apropriada para monitoramento das licitações em nível municipal e de ações de educação fiscal.

Assim, o Observatório Social deve se constituir como uma pessoa jurídica de direito privado, de fins não econômicos, regido pelo seu estatuto, e pelas disposições legais aplicáveis, podendo se configurar como uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com prazo de duração indeterminado.

Segundo os princípios da administração pública, um dos papéis da sociedade é controlar o que é feito pelos governantes eleitos. Dado que o controle efetivo e eficaz é aquele que atua no fluxo do processo, o Observatório Social atua no fluxo do processo, em tempo real, dando elementos para que o gestor público aja de acordo com suas diretrizes. É função do Observatório, provocar os controles internos e externos a cumprirem seu papel.

A esfera de atuação do OS é municipal: não é seu papel, portanto, monitorar licitações estaduais ou federais.

A coprodução do bem público controle será tanto exitosa quanto for a participação dos cidadãos nas discussões políticas, na fiscalização dos atos políticos, no monitoramento das ações dos políticos, na definição de novas regras e estruturas institucionais. Este é o desafio: promover a inserção social e aproximar as propostas e a execução das mesmas. Algo que se observa no Brasil em experiências alentadoras que representam tais conquistas: a liberdade política, os incentivos à pesquisa, a autonomia das redes sociais e os processos educativos, ao mesmo tempo, críticos e criativos. A coprodução do controle social requer e enseja a criação de novos mecanismos de ação política. Requer subverter ou, pelo menos, alterar e complementar as práticas de controle atualmente existentes e institucionalizadas. Desafio este que requer a ativação ascendente de participação social, conhecimentos, habilidades, coragem e comprometimento político com a prática do bem público.

Uma das características marcantes da atuação dos observatórios sociais é sua articulação com parceiros locais e no âmbito da rede de controle social da qual são parte integrante. As parcerias e a articulação em rede podem ser con-

sideradas essenciais para o desempenho de organizações como os observatórios sociais, que pode ser visto na Pesquisa Observatórios Sociais voltados à Cidadania e à educação fiscal no Brasil: estrutura e atuação<sup>21</sup>. Destacam-se as relações estabelecidas com outras organizações da sociedade civil e órgãos governamentais que também se dedicam a ações de controle na administração pública.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 também contribuiu para esse movimento, alterando a perspectiva da atividade administrativa e reconhecendo como essencial a participação e o envolvimento dos cidadãos na formulação, execução e acompanhamento das políticas públicas.

A posição dos observatórios pode reforçar a dicotomia entre política e administração que caracteriza um estágio primário de promoção de *accountability*, mais próxima do combate à corrupção do que do bom desempenho governamental e atendimento a expectativas dos cidadãos<sup>22</sup>. Mais próximo do ideal de organizações burocráticas baseadas na racionalidade instrumental e apartadas da política. Ainda distantes das prescrições da administração pública de caráter gerencial, identificadas com a corrente do *new public management*, que prioriza desempenho, ou do reconhecimento da indissociabilidade entre técnica e política quando se trata de administração pública, marca da vertente do *new publicservice*<sup>23</sup>.

Nesse sentido, pode-se argumentar que o conhecimento produzido por observatórios sociais – indicadores, dados, informações e análises, de modo fundamentado, sistemático e continuado, potencialmente subsidia a mobilização política, que passa a ser mais bem informada, o que contribui para melhorias nos procedimentos e nos resultados, facilitando a responsabilização dos agentes públicos e o avanço na qualidade da gestão pública<sup>24</sup>. Em complemento, a atuação política plural, articulada e vigilante,

<sup>21</sup> SCHOMMER, Paula Chies; *et al.* **Pesquisa - Observatórios Sociais voltados à cidadania e à educação fiscal no Brasil: estrutura e atuação**. Relatório técnico. Florianópolis; Itajaí: UDESC/ESAG e OSI, 2011.

<sup>22</sup> BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 4, p. 5-45, 1998. Trimestral.

<sup>23</sup> BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 4, p. 5-45, 1998. Trimestral.

<sup>24</sup> ABRUCIO, EL.; LOUREIRO, M.R. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P.R. (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.



com boa capacidade de pressão e de mobilização, permite que se conquiste legitimidade e recursos para sustentar a ação dos observatórios e os efeitos desejados em termos de educação, cidadania e qualidade da gestão pública.

A capacidade de influência de cada observatório e da Rede OSB como promotores de *accountability* está em fase inicial e tende a prosseguir em permanente construção, dependendo da articulação entre mecanismos típicos de controle social com mecanismos de controle institucional, de sua habilidade e legitimidade para mobilizar diferentes segmentos sociais e interesses em cada local e da maneira como lidarem com os dilemas que se apresentam.

Além de inserir hipóteses na Lei de Improbidade Administrativa, a nova lei que institui normas gerais para regular as parcerias voluntárias firmadas pela administração pública com organizações da sociedade civil prevê a aplicação de sanções de natureza administrativa à organização da sociedade civil que agir em desacordo com o plano de trabalho ou com as normas legais vigentes. São elas: advertência, suspensão temporária para celebrar novos instrumentos ou participar de chamamentos públicos e declaração de idoneidade. Eventuais envolvidos em mau uso do recurso poderão ficar responsáveis pela restituição aos cofres públicos dos valores que não forem corretamente empregados na parceria quando sua ação ou omissão tenha dado causa a alguma irregularidade.

Embora enfrentem limites e dilemas, os observatórios sociais podem ser vistos como parte de um movimento de renovação e diversificação de formas de controle social, no âmbito do processo de amadurecimento da democracia brasileira e da incorporação da noção de *accountability* no arcabouço institucional e na cultura política nacional.

Como sugestão para trabalhos futuros, formular estratégias, utilizando o mecanismo do novo Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias – Lei 13.019/2014, envolvendo, ou não transferências de recursos financeiros, para se estabeleça uma união de esforços da atuação da CGU e a atuação da Rede de Observatórios do Brasil – OSB, para consecução dos interesses públicos nos municípios, que é o foco da Rede OSB. Os Observatórios Sociais conseguem uma maior proximidade da Sociedade, através dos conselhos de políticas públicas, conferências, audiências públicas e reuniões de interesse. Este fortalecimento das iniciativas de organização popular contribui sobremaneira para a emancipação de uma esfera pública ampliada, atuando em permanente interação com o Estado.

A parceria permite uma série de ganhos institucionais. De um lado, o Estado ganha capilaridade, fica mais “poroso” em sua atuação com a execução de projetos por organizações da sociedade civil que são estratégicos para a implementação de políticas, programas ou ações governamentais. Por outro, as organizações participam da esfera pública de forma não estatal e ganham escala para amplificar o alcance de sua atuação de finalidade pública. Trata-se, pois, de complementaridade entre entes.

## 7 REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F.L.; LOUREIRO, M.R. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: BIDERMAN, C.; ARVATE, P.R. (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 4, p. 05-45, 1998. Trimestral.

BOMBAL, Inés González e KROTSCH, Pedro. Hacia un nuevo contrato social para el siglo XXI. **IV encuentro ibero americano del tercer sector**. Reflexiones finales. Buenos Aires: 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 649/2011**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/98372.pdf>>. Acesso em: jun. 2012.

CENEVIVA, R. **Accountability**: novos fatos e novos argumentos – uma revisão da literatura recente. Anais do EnAPG 2006. **Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD**. São Paulo, ANPAD, 2006.

CENEVIVA, R.; FARAH, M.F.S. **Democracia, avaliação e accountability**: a avaliação de políticas públicas como instrumento de controle democrático. Anais do EnAPG 2006. **Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD**. São Paulo, ANPAD, 2006.

DANIEL, C. A construção da esfera pública pelo choque de conflitos. **Parcerias e responsabilidade social**. São Paulo: CENPEC / Instituto Ethos, 1999.

DENHARDT, Janet V. & DENHARDT, Robert B. **The New Public Service**: serving, not steering. Expanded edition. Nova York: M. E. Sharp, Inc. 2007.

FARAH, Elias. **Cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 376 p.

FERNANDES, Rubem César. Privado Porém Público: o **Terceiro Setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

\_\_\_\_\_. O que é o terceiro setor? In: IOSCHPE, Evelyn Berg (org.). **3º Setor. Desenvolvimento social sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIFE - Grupo de Institutos, Fundações e Empresas. Cadastro dos membros. fev./1999. (home-page do GIFE).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. nv.

HEIDEMANN, F.G. **Ética de responsabilidade**: sensibilidade e correspondência a promessas e expectativas contratadas. In: HEIDEMANN, F.G.; SALM, J.F. (orgs.). Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: UnB, 2009. p. 301-9.

PANNUNZIO, Eduardo (2014). **Dá para confiar na Sociedade Civil?** Brasil Post, 22 de abril de 2014. Recuperado em 28 de abril de 2014: [http://www.brasilpost.com.br/eduardopannunzio/da-para-confiar-na-sociedade-civil\\_b\\_5153273.html](http://www.brasilpost.com.br/eduardopannunzio/da-para-confiar-na-sociedade-civil_b_5153273.html).

PEREIRA, Aloysio Nunes. **Regulação para ONGs**. Disponível em: <<http://www.aloysio-nunes.com/imprensa/regulacao-para-ongs/>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto de grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: 32 (5), 173-99, set.\out. 1998.

ROCHA, A.C. Accountability na administração pública: modelos teóricos e abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**. Brasília, v. 14, n. 2, p. 82-97, mai./ago. 2011. Disponível em [http://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/314/pdf\\_162](http://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/314/pdf_162).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHOMMER, Paula Chies; ROCHA, Ana Georgina Peixoto; FISCHER, Tânia. Cidadania empresarial no Brasil: três organizações baianas entre o mercado e o terceiro setor. **Anais do 23º encontro da ANPAD**. Foz do Iguaçu, 1999.

SCHOMMER, Paula Chies; MORAES, Rubens Lima; NUNES, Jonas Tadeu; CLAUDINO, Jonatam. **Pesquisa - Observatórios Sociais voltados à cidadania e à educação fiscal no Brasil: estrutura e atuação**. Relatório técnico. Florianópolis; Itajaí: UDESC/ESAG e OSI, 2011. 35 pg.

SKWARA, Bete Alina. **Tendências – Descobrimo o segundo setor e meio**. Recuperado em 20 de junho de 2005: <http://www.ideiasustentavel.com.br/2005/06/tendencias-descobrimo-o-segundo-setor-e-meio/>.

SEGATTO, C. I. (2013). **O espaço das Organizações da Sociedade Civil de Defesa de Direitos na Relação Governo-Sociedade no Brasil**. In Mendonça, P. E. M, Alves, M. A., & Nogueira, F. do A. (orgs.). Arquitetura Institucional de Apoio às Organizações da Sociedade Civil no Brasil. São Paulo: FGV, p. 144-165.

WILHEIM, Jorge. Um mundo de incertezas. **Parcerias e responsabilidade social**. São Paulo: CENPEC-Instituto Ethos, 1999



# O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO SOB A VISÃO CONSTITUCIONALIZANTE E DA TEORIA DAS NORMAS

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Notas propedêuticas. 3. Constitucionalismo do Direito. 3.1. Neoconstitucionalismo. 3.1.1. Aspecto histórico. 3.1.2. Aspecto filosófico. 3.1.3. Aspecto teórico. 3.2. Teoria da norma. 4. O novo Direito Administrativo. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## RESUMO

A necessidade de compreender a influência do constitucionalismo moderno sobre os demais ramos do direito consubstanciou o fundamento desta pesquisa. Os aspectos do neoconstitucionalismo irradiam suas premissas à formação do Direito Administrativo Contemporâneo, cujos efeitos incidem na atuação do gestor público e na forma de realização do controle da Administração Pública. Em razão disso, a atuação não se limita apenas à legalidade estrita, mas é preciso compreender que a Administração deve respeito às normas. Assim, a constitucionalização do Direito Administrativo implica na evolução da concepção de que a leitura da atuação administrativa deve ser feita não apenas no aspecto de regras postas, mas na interpretação dos princípios.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Contemporâneo. Direito Constitucional Administrativo. Neoconstitucionalismo. Teoria Da Norma.

## ABSTRACT

The need to understand the influence of modern constitutionalism over the other branches of law embodied the foundation of this research. Aspects of neoconstitutionalism radiate its premises the formation of the Contemporary Administrative Law whose effects affect the performance of the public manager and embodiment of the control of public administration. As a result the action is not confined to strict legality, but one must understand that the Administration should respect the rule. Thus constitutionalism of Administrative Law implies evolution of the conception that the reading of administra-

---

<sup>1</sup> Advogado, especialista em Direito Processual Civil, aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* em Novas Tendências do Direito Público, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

tive action should be done not only in the aspect of put rule but in the interpretation of principles.

**Key words:** Contemporary Administrative Law. Constitutional Administrative Law. Ne-  
oconstitutionalism. Theory Of Rule.

## 1 INTRODUÇÃO

Esse artigo tem por objetivo apresentar uma perspectiva acerca da influência do constitucionalismo contemporâneo sobre o Direito Administrativo e apresentar uma leitura sob o viés da teoria da norma que é corolário desse constitucionalismo.

A nova concepção constitucional influencia o estudo do Direito Administrativo, fomentando, por sua vez, uma nova dimensão desse ramo do direito que vem sendo chamado de Direito Administrativo Contemporâneo.

Dessa forma, será apresentado no primeiro capítulo uma visão geral (notas propedêuticas) da influência do constitucionalismo moderno e de como isso tem influenciando a transformação da interpretação do Direito Administrativo, cujos fundamentos são baseados na teoria da norma.

Ademais, o segundo capítulo desenvolve-se sobre a análise do constitucionalismo do direito. A concepção do neoconstitucionalismo será desenvolvida nos aspectos histórico, filosófico e teórico. Uma das premissas a serem abordadas nesse capítulo é o reconhecimento da força normativa da constituição atrelada a uma breve exposição sobre a teoria da norma.

Em consequência, será abordado, no capítulo terceiro, a concepção de uma nova visão do Direito Administrativo, chamado de Novo Direito Administrativo, mas que não se trata de um novo ramo ou um rompimento com o Direito Administrativo atual. Porém, a reflexão que se proporá é de como a sistemática evolutiva dos institutos compreendidos nos capítulos anteriores influencia a compreensão do Direito Administrativo Contemporâneo ou Direito Constitucional Administrativo.

O que se espera, pois, da apresentação deste artigo não é esgotar o tema, mas instigar o pensamento e o desenvolvimento da visão do Direito Administrativo Contemporâneo sob a luz do neoconstitucionalismo.

## 2 NOTAS PROPEDEÚTICAS

As modificações insculpidas pelo constitucionalismo moderno refletem diretamente na constitucionalização dos ramos do direito. Porém, com o desenvolvimento de um novo constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo, a Constituição passa a ser o centro da dogmática do Estado de Direito.

O constitucionalismo contemporâneo é chamado pela doutrina de neoconstitucionalismo<sup>2</sup>. Essa escola doutrinária tem como escopo garantir a concretização dos direitos fundamentais<sup>3</sup>, dar força normativa<sup>4</sup> à Constituição, construir a interpretação jurídica<sup>5</sup> com base na hermenêutica<sup>6</sup>, em especial sob o enfoque da interpretação conforme à Constituição.

Por esse modo, a construção da interpretação está ligada à observância dos princípios e das regras do ordenamento jurídico. Nessa seara, Robert Alexy<sup>7</sup> desenvolveu a diferenciação de princípios e regras, cujos ensinamentos são de extrema importância para o desenvolvimento de soluções à aplicação do direito aos casos concretos, especialmente no ramo do Direito Administrativo, cuja prática resulta na observância concreta e fechada do princípio da legalidade, restringindo, pois, uma concepção ultrapassada de que a Administração Pública *só pode fazer aquilo o que a lei permite*.

Essa vertente doutrinária incide diretamente nas ações do Poder Público, uma vez que a sua atuação deve observar os princípios constitucionais, especialmente aqueles inerentes à Administração Pública<sup>8</sup>, insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal da República do Brasil.

<sup>2</sup> CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>4</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** in Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. **A interpretação constitucional** in Temas fundamentais do direito constitucional. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

<sup>8</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Daí o conceito de Direito Administrativo como um “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais”.<sup>9</sup>

Decorrente do desenvolvimento doutrinário da escola do neoconstitucionalismo, compreende-se a irradiação dos efeitos dessa vertente sobre os demais ramos do Direito. Por conseguinte, a compreensão de cada ramo passa a ser lida com o enfoque constitucional, porquanto a compreensão da hermenêutica e da norma – princípios e regras – se sustenta na harmonia normativa. Sendo mais pontual, o neoconstitucionalismo incide diretamente sob o Direito Administrativo e, daí, portanto as teses de um “novo” Direito Administrativo<sup>10</sup> ou Direito Administrativo Contemporâneo ou, como prefiro chamar, Direito Constitucional Administrativo.

### 3 CONSTITUCIONALISMO DO DIREITO

#### 3.1 Neoconstitucionalismo

A expressão *neo* representa algo novo, é uma acepção de mudança<sup>11</sup>. A expressão neoconstitucionalismo é utilizada por parte da doutrina para designar o estado do Constitucionalismo contemporâneo<sup>12</sup>. Apesar de o prefixo *neo* transmitir a ideia de algo novo, não quer dizer que o constitucionalismo atual é substancialmente diverso daquele que o antecedeu<sup>13</sup>; o que se quer dizer é que há particularidades que se desenvolvem nessa teoria.

Não há como precisar um conceito exato e direto de neoconstitucionalismo, posto que haja diversos conceitos. Porém, sua compreensão é representada com base nas características e nas mudanças provocadas por esse movimento de teorização e aplicação constitucional.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 68.

<sup>10</sup> Não se trata aqui de um novo ramo do Direito ou de rompimento com a didática consagrada do ramo do Direito Administrativo, mas é uma implicação neste ramo das novas vertentes - postulados, teorias – mais atualizadas com os aspectos jurisprudenciais, sociais e doutrinários.

<sup>11</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007).

<sup>12</sup> SANCHÍS, Luiz Pietro. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 4.

<sup>13</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. p. 83.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência.



Todos os conceitos referentes ao neoconstitucionalismo ressaltam as características desse movimento e suas consequências. Portanto, neoconstitucionalismo é um estágio atual da ciência jurídica; é uma transformação da concepção de direito constitucional. Para Samir José Caetano Martins, neoconstitucionalismo é: “(...) o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico e com pretensão à efetividade (...)”<sup>15</sup>

Ademais o neoconstitucionalismo pode ser analisado sobre três aspectos: histórico, filosófico e teórico<sup>16</sup>. Entretanto, Paulo Comanducci analisa o neoconstitucionalismo na perspectiva ideológica, metodológica e teórica.<sup>17</sup> Os aspectos histórico e filosófico denotam a trajetória de desenvolvimento dessa teoria. Todavia, é sob o aspecto teórico que as características do neoconstitucionalismo se desenvolvem, dinamizam-se.

### 3.1.1 Aspecto histórico

O neoconstitucionalismo é uma teoria que se desenvolveu no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos abusos cometidos pelo regime nazifascista contra os cidadãos. Esses abusos feriram, assim, o mínimo da dignidade humana ainda existente e, diante disso, verificou-se a necessidade de criar direitos<sup>18</sup> e garantias para proteger o cidadão contra as ações do Estado.

Por conseguinte, o desenvolvimento dessa teoria repensou a natureza da Constituição e sua influência sobre as instituições.<sup>19</sup> O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem após a Segunda Guerra Mundial.<sup>20</sup>

Essa teoria é verificada em Constituições que não se limitam a estabelecer

Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 17. Salvador.

<sup>15</sup> MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros. *Revista CEJ*, v. 11, n. 36, p. 61-73, 2007.

<sup>16</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007

<sup>17</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 82.

<sup>18</sup> Esses primeiros direitos foram chamados de direitos de defesa ou direitos negativos, uma vez que constituíam abstenção do Estado; trata-se, pois, dos direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão.

<sup>19</sup> CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 9.

<sup>20</sup> CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

competências ou a separação dos poderes, mas que contêm essencialmente normas materiais que determinam o desempenho do Estado por meio da determinação de metas e objetivos.<sup>21</sup>

Tais aspectos foram assimilados primeiramente na Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) sendo desenvolvidos na doutrina e em especial na jurisprudência originária do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Também teve o marco inicial na Itália e posteriormente em Portugal e Espanha.<sup>22</sup>

No Brasil o marco histórico se deu com a promulgação da Constituição de 1988 a qual tratou de agregar normas fundamentais.<sup>23</sup> Além disso, o processo de redemocratização, a discussão prévia dos aspectos e do conteúdo, bem como a convocação para elaboração da Carta Magna de 1988 constituíram fenôtipos do neoconstitucionalismo.

Essa forma moderna de pensar o Direito superou os métodos arcaicos a fim de que a aplicação do direito não ficasse engessada à concepção de institutos inadequados para resolução das adversidades da sociedade. Tem como objetivo fundamental preservar a condição humana (dignidade da pessoa humana) nas atuais relações sociais, políticas e econômicas.<sup>24</sup> Isso é resultado do Estado Democrático de Direito o qual constitui o alicerce do neoconstitucionalismo.

Um dos principais eixos do neoconstitucionalismo é a teoria dos direitos fundamentais e o princípio da força normativa da constituição. O Constitucionalismo contemporâneo revela, também, uma nova concepção da hermenêutica jurídica: o juiz ao interpretar a lei participa da construção do direito, superando a concepção de que o juiz era a “boca da lei”, sendo aquele que atuava no sentido concreto da lei.<sup>25</sup> Em outras palavras, o magistrado ao resolver a lide profere uma decisão em conformidade com a legislação, aplicando-a de forma criativa me-

<sup>21</sup> CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.

<sup>22</sup> CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003. p. 9.

<sup>23</sup> Preferiu-se utilizar o termo normas fundamentais para designar todas as expressões inerentes a direitos que buscam proteger a dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais; direitos humanos; direitos e garantias fundamentais; direitos e liberdades constitucionais; direitos e garantias individuais). É necessário ressaltar que para Robert Alexy, normas englobam princípios e regras.

<sup>24</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

<sup>25</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 158.

diante a interpretação, adaptando a norma jurídica para justificar sua decisão.<sup>26</sup>

Ou seja, o neoconstitucionalismo irradia seus pressupostos a todos os ramos do Direito; não se pode compreender os demais ramos, em especial o Direito Administrativo, sem antes, buscar os fundamentos na Constituição.<sup>27</sup> Semelhantemente, no Direito Administrativo, no âmbito da atividade da Administração Pública, a efetividade da Constituição encontra na atuação do gestor público um mecanismo de afirmação das normas, por que é ele o responsável pela interpretação das normas.

Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica aplicável a todos e em todas as relações jurídicas. Logo, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais se tornou um marco para o neoconstitucionalismo.

### 3.1.2 Aspecto filosófico

O aspecto filosófico, assim chamado por Luís Roberto Barroso<sup>28</sup> e perfilhado por Eduardo Cambi<sup>29</sup>, é dividido por Comanducci<sup>30</sup> em dois eixos: ideológico e metodológico.

O neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os resultados do processo constitucional, mas encoraja a defesa e a expansão do processo de constitucionalização do Direito.<sup>31</sup> Zagrebelsky compreende que, em sistemas democráticos e contemporâneos constitucionalizados, há uma conexão necessária entre Direito e moral, assim, o neoconstitucionalismo ideológico tem-se mostrado propenso a entender que hoje pode sobreviver uma obrigação moral

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 100. Ressalta o autor que a criação dessa norma jurídica não é a parte dispositiva da decisão, mas apenas a fundamentação da parte dispositiva. No mesmo sentido, Hans Kelsen, **Teoria Geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 217.

<sup>27</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

<sup>28</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, Escola Nacional da Magistratura, a. I, n. 2, 2006.

<sup>29</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

<sup>30</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 80

<sup>31</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 82

de obedecer à Constituição e às leis que lhes são conforme.<sup>32</sup>

Já o neoconstitucionalismo metodológico se fundamenta precipuamente nas teses das fontes sociais do Direito e não há, necessariamente, conexão entre Direito e moral. Comanducci justifica a denominação metodológica como contraposição ao positivismo metodológico e conceitual que descreve o Direito como ele é e, portanto, não como o Direito deveria ser.<sup>33</sup>

O positivismo tem como corolário as fontes sociais, além de verificar que não há uma conexão necessária entre Direito e moral. Todavia, o neoconstitucionalismo Metodológico sustenta que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam o elo entre Direito e moral.<sup>34</sup>

Já o neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os resultados do processo constitucional, mas valoriza a importância dos mecanismos institucionais de defesa dos direitos fundamentais<sup>35</sup>. Nesse sentido, as atividades do Legislativo e do Judiciário estão diretamente ligadas à concretização, aplicação e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, englobando, aqui, direitos implícitos e decorrentes dos direitos expressos.<sup>36</sup>

Então, verifica-se que o positivismo constituiu uma explicação da norma e não aceitava a ideia de produção do direito ou de uma atividade normativa. Essa atividade normativa rompe com a ideia de lei genérica e abstrata, consubstanciando o pensamento de que o jurista não revela os desígnios da lei, mas orienta o curso de aplicação da norma jurídica aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais.<sup>37</sup>

### 3.1.3 Aspecto teórico

O neoconstitucionalismo, como uma teoria do Direito, aspira a descrever a constitucionalização, ou seja, o processo que levou a modificação dos princi-

<sup>32</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 118

<sup>33</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 86

<sup>34</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 87

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

<sup>36</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. p. 85.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 47.

país sistemas jurídicos contemporâneos existentes.

Por conseguinte, o neoconstitucionalismo é caracterizado pela força normativa da Constituição, por uma lista de positivação dos direitos fundamentais, pela diferença entre regras e princípios, e o desenvolvimento da hermenêutica jurídica<sup>38</sup>, caracterizado pela técnica de *interpretação conforme* e da máxima eficácia.

Dizer que a Constituição possui força normativa é dizer que não se trata apenas de uma carta de intenções políticas, mas que é composto de caráter jurídico imperativo<sup>39</sup>. Em outras palavras, significa dizer que a Constituição impõe um dever que se propaga no mundo jurídico.

Isso se contrapõe ao que Ferdinand Lassale revelou ao dizer que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, uma vez que a Constituição é dotada de aspectos políticos. Todavia, Lassale cita que se a Constituição escrita não seguir “fielmente os fatores que imperam na realidade social” ela não teria valor e não seria durável. Para tanto, apesar de ter caráter político, a Constituição, para ele, não seria essencialmente política. Os anseios sociais na construção da Constituição constituíam a essência da própria Constituição. Logo, Lassale concluiu que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem este país, sendo isto o que significa a Constituição real e efetiva.<sup>40</sup>

Para Konrad Hesse “a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”.<sup>41</sup> E quando se busca dar eficácia à normatividade da Constituição, esta adquire força normativa na medida em que a pretensão de atribuir eficácia se realiza.<sup>42</sup>

Para que haja um desenvolvimento seguro da força normativa da Constituição é necessário que ela considere os elementos sociais, políticos e econômi-

<sup>38</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). p. 83.

<sup>39</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6.

<sup>40</sup> LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas: Servanda, 2010. p. 45.

<sup>41</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128-129.

<sup>42</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

cos ligados ao momento que a sociedade vive. Nas palavras de Konrad Hesse a incorporação do “estado espiritual de seu tempo” constitui requisito essencial da força normativa da Constituição. E “isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”.<sup>43</sup>

Para se alcançar um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição é necessário, também, que a vontade dela seja manifestada e isso se dá por meio da interpretação, a qual tem “significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”.<sup>44</sup>

Ao interpretar a Constituição, com fim de consolidá-la, o intérprete deverá utilizar critérios que favoreçam a integração social e a unidade política, para que não desestabilize a sua condição do sistema jurídico. Consubstanciando a força normativa da constituição, ao aplicar uma solução aos conflitos, é razoável considerar os aspectos históricos que dão sentido na interpretação das normas, adequando-as ao momento social que se vive. Em decorrência disso, é preciso, paralelamente, conceber máxima efetividade da norma constitucional, ou seja, é imperioso que se otimize a sua eficácia, mas sem alterar seu conteúdo, para que haja consagração da força normativa da constituição.

Outro princípio obrigatório na aplicação da interpretação constitucional é o da interpretação conforme à Constituição. Esse princípio é inerente ao controle de constitucionalidade e não há uma simples regra de interpretação. É com base nele que há escolha do significado que será dado as normas infraconstitucionais: se são constitucionais ou inconstitucionais. O que se visa com esse princípio é dirimir conflitos e buscar a solução mais adequada de acordo com o conjunto normativo da Constituição<sup>45</sup>.

Contudo, ao aplicar os princípios interpretativos e na tentativa de expor a força normativa da Constituição, correria o risco de se deparar com a colisão de princípios ou conflitos de normas constitucionais. Para que, ocorrendo esse

<sup>43</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134.

<sup>44</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135.

<sup>45</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev e aument. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105-107.

problema, haja uma solução, é necessário distinguir princípios e regras, por que isto é indispensável à compreensão da efetividade e da força normativa da Constituição<sup>46</sup>.

Robert Alexy afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – são mandamentos de otimização (compreendem as permissões e proibições); já as regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas, são cumpridas exatamente como são exigidas – são determinações<sup>47</sup>. Dworkin corrobora com esse entendimento explicando que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>48</sup>.

Assim, ao analisar as regras elas devem ser vistas num caso concreto para perceber qual será a reação no caso de conflito entre regras. Porém, a aplicação do princípio deverá passar por uma ponderação para que se possa verificar qual princípio será mitigado em relação ao outro.

### 3.2 Teoria da norma

Antes de adentrar no tema, vale ressaltar a carência pátria de um desenvolvimento deontológico, axiológico de uma teoria da norma. O que há, contudo, no ordenamento jurídico nacional, é a integração de teorias e experiências do Direito comparado, cujas experiências – apesar de alguns casos serem semelhantes ao caso brasileiro, em especial naquelas constituições dogmáticas e de natureza do *civil law* – não estão totalmente coligadas ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que o aspecto cultural é importante fonte no desenvolvimento

<sup>46</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 90.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

e aplicação de teses principiológicas.

O que vivemos, na verdade, é a tentativa de aplicação de institutos ou de culturalismo desenvolvido com base na realidade das experiências de outros Estados, sem que isso passasse por um amadurecimento nacional com regras<sup>49</sup> (pré)determinadas.

Também não é o ponto de retornar ao *strictu* positivismo<sup>50</sup> onde o juiz era chamado de a boca da lei. A teoria de Chiovenda (teoria Clássica) afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito; o juiz somente pode proferir a sentença com base em uma norma geral criada pelo legislador<sup>51</sup>.

Com a influência do neoconstitucionalismo, o juiz passou a exercer uma função criativa da interpretação. Todavia, isso não é uma permissão para que haja decisões teratológicas sem fundamentação. É bem verdade que o juiz não cria diretamente o direito como cria o legislador. O magistrado ao proferir uma decisão, decide em conformidade com a legislação de modo a criar, mediante a interpretação, uma norma jurídica para justificar sua decisão<sup>52</sup>. A jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos constitucionais sejam protegidos e efetivados, ainda que ignorados pelo legislador, no caso concreto, mediante a regra de aplicação do balanceamento<sup>53</sup>. O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre

<sup>49</sup> Regra aqui não é aplicada como aquela norma de direito imposta, escrita, de cumprimento obrigatório de cujo *mandamus* se insere no ordenamento jurídico, mas de uma concepção teórica sobre a aplicação de determinados institutos, ou seja, denominação para interpretação do direito de modo a ser harmônico.

<sup>50</sup> O positivismo jurídico encontrou seu auge no normativismo de Hans Kelsen. Em Teoria Pura do Direito, cuja primeira edição foi publicada em 1934, Kelsen defende a autonomia da ciência jurídica “como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” In KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

<sup>51</sup> CHIOVENDA, GIUSEPPE. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Acadêmica.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 100. Ressalta o autor que a criação dessa norma jurídica não é a parte dispositiva da decisão, mas apenas a fundamentação da parte dispositiva. No mesmo sentido, Hans Kelsen, **Teoria Geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 217.

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. **Biblioteca Virtual do**



a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica. Ademais, mesmo que se admitisse que o juiz pudesse criar uma norma geral, não se poderia equipará-la, em termos de eficácia vinculante, à norma editada pelo legislador que é obrigatória a todos<sup>54</sup>.

Pois bem. Essas considerações nos remetem à reflexão de que o intérprete não pode modificar a estrutura das “regras do jogo” a seu prazer ou à sua conveniência ou ainda, como alguns autores colocam, em razão da “discrecionabilidade”. É necessário parâmetros e limites a aplicação da interpretação das normas – sejam princípios ou regras. Não se pode admitir um sopesamento equivocado dos princípios aplicados diversamente a questões semelhantes, é preciso, pois, harmonização das normas de aplicação.

Uma estória a ser citada aqui é a contada por Lenio Streck sobre a “*kat-changa* e o *bullying* interpretativo no Brasil”<sup>55</sup>, onde ele retrata a aplicação das regras do jogo na medida em que o detentor das regras do jogo tem uma situação aparentemente desvantajosa a si. O inventor do jogo aplica as novas regras, ou melhor, dá novas regras ao jogo quando lhe for desfavorável tal situação de modo que sempre implicará a sua vitória. Conclusão disso: não basta saber jogar a *kat-changa*, é preciso que as regras e os princípios estejam postos à mesa, mitigando-se, pois, a ponderação demasiada sem parâmetros conhecidos que confirmem segurança jurídica àqueles que estão participando do “jogo”.

Por outro lado, para Gustavo Zagrebelsky, os princípios dão valor normativo aos fatos, indicando como a lei deve ser aplicada. Ele expõe que os princípios possuem um significado político e que são expressos como direito por meio de leis infraconstitucionais.<sup>56</sup>

---

#### Supremo, 2005.

<sup>54</sup> Outra peculiaridade entre a norma criada pelo juiz e a norma criada pelo legislador é que esta não precisa ser motivada, enquanto que o juiz, como agente do poder não legitimado pelo povo, não pode deixar de justificar sua decisão. Assim, a decisão do juiz depende não somente de seu convencimento, mas da demonstração das razões de seu convencimento (art. 93, IX, CF – o Supremo Tribunal Federal, entende que “não exige que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento – RE nº 463.139/RJ. AgR 2ª Turma, Relator Joaquim Barbosa e RE nº 181.039/SP – AgR, Relatora Ellen Gracie).

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

<sup>56</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 118.

Não obstante, o fortalecimento do papel criativo verificado na aplicação do direito desperta, na mesma medida, dúvidas quanto ao caráter democrático das decisões que ingressam nesse âmbito.

Corolário desse raciocínio é o que expõe Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet:

A experiência mais recente, no entanto, parece condenar ao esquecimento a concepção kelseniana do *legislador negativo*, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – e.g. as diversas espécies de sentenças normativas – por via das quais, a pretexto de *otimizar e/ou realizar a Constituição*, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira, esta em maior expressão.<sup>57</sup>

Apesar disso, o neoconstitucionalismo axiológico – chamado por Humberto Ávila de neoconstitucionalismo principialista<sup>58</sup> – conduz a uma aplicação dos métodos hermenêuticos cuja conclusão leva a uma máxima: “aplicar regra é, ainda um esquema metodológico de “subsunção”; concretizar princípios exige um novo modelo – o modelo de ponderação.”<sup>59</sup>

#### 4 O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO

A partir dessa compreensão, vê-se que os diversos ramos do direito sofreram influência, no sentido de as normas peculiares de cada ramo não serem interpretadas isoladamente, mas de cuja interpretação e aplicação decorra da Constituição. Consequentemente, o que se tem observado é a chamada constitucionalização do Direito.

Com efeito, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela nor-

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 123-124.

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>59</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. Os métodos do achamento político. In STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Medina, 2013.

matividade de seus princípios<sup>60</sup>.

No âmbito do direito administrativo, a constitucionalização representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. Para Gustavo Binjenbojm:

A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. Como registra corretamente Juarez Freitas, “*esta parece ser a melhor postura, em vez de absolutizações incompatíveis com o pluralismo nuclearmente caracterizador dos Estados verdadeiramente democráticos, nos quais os princípios absolutos são usurpadores da soberania da Constituição como sistema. Com efeito, a soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelsky, deve ser vista, antes de tudo, como soberania de princípios à procura da síntese no intérprete constitucional.*”<sup>61</sup>

De igual forma, como exposto acima, no tópico Teoria da Norma, o administrador público ou melhor, o gestor público, deve aplicar também as normas de forma integrada, harmônica, porquanto a influência da força normativa da Constituição irradia seus efeitos sobre todos os demais ramos. Nesse sentido, portanto, cabe uma crítica no sentido de que o Direito não deve ser entendido como ramos, interpretado em doses homeopáticas, a conta gotas, mas deve, sobretudo, ser compreendido como um todo, uníssono, cujas normas – princípios e regras, principalmente aqueles derivados da Constituição Federal – necessitam ser interpretadas com base nos métodos hermenêuticos.

O administrador, nessa visão do Direito Administrativo Contemporâneo – ou como prefiro chamar, Direito Constitucional Administrativo –, ou melhor, o gestor público tem o condão de interpretar o direito, principalmente naquilo que for necessário à concretização das políticas públicas, especialmente aquelas que assegurem o fomento dos direitos fundamentais.

Consolidando essas considerações, Onofre Alves ensina que

A atividade administrativa deixa, então, de ser puramente garantidora da legalidade formal, incrementando uma es-

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>61</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista brasileira de Direito Público**, 2006.

estrutura prestacional de serviços públicos. A Administração Pública passa a atuar com uma atividade interventora, chamando para si um leque ambicioso de necessidades coletivas, com declarado desígnio de igualdade, na busca de patamares mínimos de bem-estar econômico, social e cultural. As políticas sociais do Estado, de certa forma, deslocam a luta de classes para demandas sociais que se dirigem agora à esfera política e à burocracia estatal.<sup>62</sup>

Outra situação imposta, no âmbito da administração pública, é a de que, nessa visão contemporânea, há mitigação do princípio da supremacia do interesse público, por que não é harmônico conceder que um princípio seja supremo sobre os outros. Alexy, esclarece que os princípios se colidem, todavia, têm o mesmo grau de aplicação e de força normativa; o *sopesamento* ao caso concreto é que atenuará a aplicação de um princípio em face do outro. Ainda assim, diz ele que

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.<sup>63</sup>

Assim, tem-se que a atuação do administrador deve estar em verdadeira harmonia com as normas, devendo, portanto, ser compreendida com observância aos princípios e as regras impostas.

Um caso a destacar é aquele referente ao servidor público. A admi-

<sup>62</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. Fórum Administrativo [recurso eletrônico]: Direito Público, 2014.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 111.

nistração ao remover um servidor estável, efetivo, elenca em sua motivação os seguintes dizeres: “O gestor (*fulano*) resolve lotar o servidor (tal) no setor (qual) em razão do interesse da Administração”. Pergunta-se: onde está o interesse da Administração? Será que essa atuação do administrador observou os princípios constitucionais expressos na Constituição? E mais, observou-se os princípios implícitos em consonâncias com as regras do Direito? É por óbvio que tal situação, constante em *terrae brasilis*, é deveras estranha. E o que dizer do controle dos atos administrativos exercido pelos tribunais? Não raro ainda magistrados consignarem que o limite da atuação está limitado apenas à legalidade da atuação<sup>64</sup>.

Ora, não obstante a constitucionalização do direito aceitar tal tipo de decisão ou determinação da Administração Pública, a atuação do gestor está adstrita à axiologia normativa; o princípio da legalidade não está mais associado a aplicação estrita das regras, mas à aplicação coaduna-se afinada com o conjunto de princípios e regras, respeitando, portanto, a normas jurídicas.

Porém, encontra-se de imediato complexas questões a respeito normas jurídicas quanto à interpretação jurídica, à viabilidade e aos limites a serem observados. Resgatadas as pautas axiológicas, a dogmática jurídica moderna possibilitou um maior alcance da aplicação do direito. Reconhecidas as maiores viabilidades interpretativas, estabelece-se, por um lado, um Direito atuante, que participa ativamente da dinâmica social e com potencial transformador; por outro lado, enxerga-se o risco dos excessos, que merecem limites, sob pena de se avizinham de arbítrio.

Contudo, essa nova visão de atuação do gestor público, a fim de evitar o risco de excessos, não autoriza que ele atue discricionariamente assentado na motivação ilimitada da interpretação das normas como justificadora da elaboração de seus atos, sem que sejam respeitadas as balizas normativas; não pode, pois, avocar determinada situação para motivar equivocada solução com base em princípios sem a devida observação das regras. É necessário, contudo, que haja parâmetros para que a atuação do gestor seja fundamentada na maior garantia da aplicação das regras e em harmonia com os princípios do direito, res-

<sup>64</sup> RAMALHO, Eduardo Estevão Ferreira. O princípio da legalidade administrativa à luz da teoria de Dworkin do direito como integridade. *Fórum Administrativo [recurso eletrônico]*: Direito Público, 2014.

peitando, ainda, a ética e a moral. Trata-se, pois, de estabilização do sistema de atuação da Administração Pública.

Dessarte, não está o gestor público orientado a interpretar de forma criativa a exemplo da sistemática aplicada aos magistrados. Ele deve estabilizar as normas ao caso concreto. Logo, o desenvolvimento do Direito Administrativo obriga que sua atuação se estruture conforme à Constituição, observados os efeitos da constitucionalização e seus aspectos filosófico e teórico.

De igual sorte, a aplicação dos princípios na atuação da Administração Pública exterioriza um próprio ordenamento limitativo da liberdade de sua aplicação, pois se enxerga nessa aplicação um precedente<sup>65</sup> pelo qual se compõe “regra”<sup>66</sup> para aplicação do mesmo princípio em caso semelhante. E, portanto, sob esse aspecto é imperioso que os atos estejam bem fundamentados, ou seja, escoltados pelo motivo e motivação (inclusive com a razão de aplicação da norma) elementos fundamentais da atuação.

O controle sobre o mérito dos atos administrativos não se limita ao conhecimento convencional de que a cognição dos juízes e dos tribunais estavam adstritos à legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática.

Luís Roberto Barroso assente nesse sentido, consigna que o pensamento não é mais esse: o controle não se baliza mais apenas sob o enfoque dos princípios constitucionais gerais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência)<sup>67</sup>, mas também segundo os princípios específicos, como

<sup>65</sup> Aqui vale citar os ensinamentos de Luís Guilherme Marinoni em **Precedentes Obrigatórios**, onde ele trata a questão da utilização dos precedentes com base na *ratio decidendi* e *obiter dictum* e na fundamentação da decisão judicial. Consigna que a *ratio decidendi* visa a dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. Trata-se, portanto, das razões que as normas foram utilizadas para se decidir em determinado sentido num caso concreto. Ou seja, a *ratio decidendi* uniformiza a aplicação das normas. Já o *obiter dictum* está relacionado às questões desnecessárias ao alcance da decisão, mas constitui, pois, importante parte da decisão que enseja o desenvolvimento da compreensão do caso.

<sup>66</sup> Regra aqui deve ser entendida não como norma jurídica, mas como fonte balizadora da aplicação do precedente aos casos semelhantes.

<sup>67</sup> Princípios expostos no artigo 37 da Constituição Federal: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (...).

moralidade, sobretudo, a razoabilidade e a proporcionalidade. Vale ressaltar, pois, que essa perspectiva permite, inclusive, o controle da discricionariedade administrativa.<sup>68</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade dos princípios e sua força normativa impulsionaram a ampliação da interpretação jurídica e a crescente modificação do Direito no cenário brasileiro atual.

É esse o espaço propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo Contemporâneo ou do Direito Constitucional Administrativo que se permeia numa consolidação normativa, baseada em princípios, na interpretação conforme à Constituição, no desenvolvimento da hermenêutica administrativa e inclusive na concepção de precedentes administrativos.

Se a enunciação de normais gerais e abstratas na Constituição, verdadeiros fundamentos do ordenamento jurídico, já estimulava a discricionariedade administrativa, a repetição dos princípios na dogmática sugerida, impõe à Administração o dever de um controle baseado não apenas na estrita legalidade, mas compreende um controle fundamentado na análise do conceito de norma jurídica, invocando, sobretudo, os princípios.

O que se vê é que a incidência principiológica visa a suprimir lacunas da própria atuação legal, uma vez que é impossível que a estrita legalidade – baseada em regras impostas – preveja todas as situações a serem abarcadas pela Administração Pública. Continuamente, é inadmissível que a justificativa da inércia administrativa seja a de que a lei não permite determinada atuação. Essa situação acabaria por impossibilitar o desenvolvimento de políticas públicas e a própria concretização dos direitos fundamentais.

Portanto, o Direito Constitucional Administrativo tem em sua base axiológica a possibilidade de a Administração Pública alicerçar sua atuação na compreensão das normas, respeitando, pois, os princípios, harmonizando-os com as regras postas e, ainda, conformizar a execução da atividade administrativa à ética e à moral.

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** n° 17. Salvador.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BARCELLOS, Ana Paula de. BARCELLOS. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, n. 05, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, Escola Nacional da Magistratura**, a. I, n. 2, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo [recurso eletrônico]**: Direito Público, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista brasileira de direito público**, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007).

CANOTILHO, J.J. GOMES. Os métodos do achamento político. In STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva / Medina, 2013.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.



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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição *in* **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A interpretação constitucional *in* **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas: Servanda, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. **Biblioteca Virtual do Supremo**, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros. **Revista CEJ**, v. 11, n. 36, p. 61-73, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMALHO, Eduardo Estevão Ferreira. O princípio da legalidade administrativa à luz da teoria de Dworkin do direito como integridade. **Fórum Administrativo [recurso eletrônico]: Direito Público**, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito. Desvelando as obviedades do discurso jurídico**. Vol. 1. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.



# O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES E O CASO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA LAI

Nathalia Corrêa de Souza<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Abrangência da Lei de Acesso à Informação. 2.1. O acesso à informação em âmbito internacional. 2.2. Princípios e diretrizes da lei de acesso à informação. 3. Cultura de Segredo x Cultura de Acesso. 4. O que é Informação Pública. 4.1. Como e onde deve ser disponibilizada a informação. 4.1.1. Transparência ativa. 4.1.2. Transparência passiva. 4.2. Informação negada: o que pode ser considerado sigiloso? 5. Eficácia da Lei de Acesso à Informação. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

## RESUMO

O artigo se propõe a uma análise sobre o acesso à informação no âmbito da Administração Pública Brasileira, tendo como marco a promulgação, em 2011, da Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011. Para tanto, buscou-se contextualizar historicamente e internacionalmente a evolução do acesso à informação, com seus princípios e diretrizes. Foi também abordada a diferença entre cultura de segredo e cultura de acesso e o conceito de informação pública. À luz da Lei nº 12.527/2011, pontuou-se os conceitos de transparência ativa e passiva, bem como sua aplicação na Administração Pública Brasileira. Por fim, após análise dos dados constantes do Relatório LAI 2014, identificou-se que, no âmbito da Administração Pública Federal, o cumprimento aos dispositivos da lei foi efetivado a contento, com atendimento dos pedidos em 99,08% dos casos e a concessão total ou parcial da informação em 68,48% das solicitações.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Acesso à informação. Cultura de Segredo. Cultura de Acesso. Transparência. Efetividade.

## ABSTRACT

This article analyzes the Brazilian Access to Information or Freedom of Information Act, under Brazilian Public Administration, Law nº 12.527/2011. Historical and comparative analyses were conducted to assess the evolution of the Access to Information Act and its guidelines. This paper also addresses the difference between “culture of silence” and “cul-

---

<sup>1</sup> Advogada, aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* em Novas Tendências do Direito Público no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

ture of access,” and how it relates to access to public information. Through an analysis of the data from LAI 2014 report, results reveal that the Access to Information Act was satisfactorily complied, with 99.08 percent of the cases being addressed. In 68.48% of the requests, partial or total access to information was granted.

**Key words:** Administrative Law. Access to Information. Culture of silence. Culture of access. Transparency. Effectiveness.

## 1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública Brasileira, historicamente, foi dominada por uma cultura de manutenção de sigilo de informações. O cidadão comum, durante este processo, manteve-se alheio aos mecanismos de funcionamento da máquina pública, seja concernente ao que consistiam efetivamente as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, com todas as suas nuances e objetivos, seja concernente à própria destinação do orçamento de forma detalhada.

Contudo, com o passar do tempo e o amadurecimento da democracia brasileira, com uma sociedade cada vez mais atuante e interessada em conhecer os principais aspectos da Administração Pública, a cultura de sigilo de informações perdeu espaço para a publicidade de informações. Neste contexto, adveio a Lei de Acesso à Informação – LAI, Lei nº 12.527/2011.

Não significa afirmar, contudo, que o acesso à informação passou a ser discutido recentemente. Ao contrário, o primeiro país a ter legislação própria sobre o tema foi a Suécia, em 1766, de modo que, em uma conjuntura internacional, desde o séc. XVIII aborda-se a temática de acesso à informação.

Os princípios internacionais que regem o acesso à informação, por sua vez, encontram similaridade aos que regem a LAI, razão pela qual desde já frisa-se a profundidade de conteúdo da nova legislação, sua adequação ao cenário internacional e, principalmente, o seu caráter inovador, capaz de alterar a forma de fazer administração pública internamente no Brasil.

Assim, ao conceituar o que é informação pública e as suas formas de divulgação, conforme ver-se-á ao longo deste trabalho, seja por meio de solicitação do cidadão (transparência passiva), seja por meio de divulgação compulsória por parte da Administração (transparência ativa), a LAI altera a rotina de funcionamento do setor público brasileiro, que passa a ter maior cuidado com o trabalho produzido, ciente da sua publicidade.

A LAI, por sua vez, deve ser entendida como uma resposta do poder público aos anseios populares por mais transparência no âmbito da Administração Pública, por meio da qual a sociedade civil pode ativamente acompanhar, auxiliar e fiscalizar o andamento da gestão.

Desta forma, o cidadão tem ciência, inclusive, do que pode ser considerado sigiloso, uma vez que a Lei de Acesso à Informação traz, em rol exaustivo, o tipo de informação a que pode ser negado o acesso. O Poder Público, então, não pode se furtar a divulgar informações que a lei não classifique especificamente como sigilosa, garantindo pleno acesso a tudo que for de interesse público.

Ao fim, após análise do Relatório LAI 2014, disponível no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União, pode-se concluir que, no âmbito da Administração Pública Federal, a LAI vem sendo satisfatoriamente implementada, e que os resultados atingidos foram bastante positivos, com atendimento de 99,08% dos pedidos, o que será pormenorizado adiante.

## 2 A ABRANGÊNCIA DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A Constituição, como alicerce de um Estado Democrático de Direito, é a base ideológica de todas as suas normas, vinculando-as aos seus mandamentos e princípios. Como advertiu Kelsen<sup>2</sup>, a Constituição representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica.

Neste contexto, a Controladoria-Geral da União, por meio da Ouvidoria-Geral da União, trouxe em seu guia Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas a seguinte ponderação:

Ao compatibilizar princípios da democracia representativa e da democracia participativa, a Constituição alargou o projeto de democracia, reconhecendo a participação social como um elemento-chave para garantir o controle da ação estatal, a visibilidade e a expressão das demandas sociais, a defesa e o alargamento de direitos, bem como a democratização dos processos deliberativos e de gestão.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33.

<sup>3</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao\\_lai.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao_lai.pdf/view)>. Acesso em 16 abr. 2015. p. 4.

A Lei de Acesso à Informação, por sua vez, regulamenta dispositivos da Constituição Federal de 1988, que traz em seu arcabouço um amplo conjunto de direitos de cidadania, como resultado do processo enfrentado pela redemocratização do Brasil, notadamente os que versam sobre direito de acesso amplo às informações, quais sejam o inciso XXXIII do art. 5º e o inciso II, §3º do art. 37:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

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

§3º A lei disciplinará a forma de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observando o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Estão sujeitas à LAI a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, todas as esferas existentes de poderes, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem assim o Ministério Público, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes da federação, além de entidades privadas que recebam verba pública.

Trata-se de legislação inovadora, uma vez que torna obrigatória a todos os órgãos acima citados a prestação de contas de suas atividades, tendo como principal diretriz a disponibilização de informações, que pode ser considerada o fundamento da LAI.

Com seu advento, institui-se uma mudança de paradigma no cenário da Administração Pública Brasileira, tratando-se a publicidade e a transparência das informações como regra e o sigilo como exceção. Portanto, não é forçoso admitir que a LAI viesse conferir transparência ao Estado Brasileiro, garantindo

aos cidadãos o pleno exercício da vida política e a salvaguarda de direitos de forma absolutamente abrangente, não sendo excluída nenhuma esfera da Administração.

Nas palavras da Ouvidoria-Geral da União, em seu guia Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas:

A LAI fortalece procedimentos democráticos ao:

- Determinar o acesso imediato à informação a qualquer interessado;
- Prever a possibilidade de o solicitante entrar com um recurso para ter acesso a uma informação negada e prever sanção ao agente público que o fizer sem amparo legal;
- Reforçar a Lei Capiberibe (Lei Complementar nº 131/2009), que determina a implantação de Portais da Transparência.<sup>4</sup>

Antes de adentrarmos ao tema de forma mais contundente, com o estudo da LAI e sua aplicabilidade no Direito Pátrio, passemos a um posicionamento histórico do acesso à informação internacionalmente.

## 2.1 O acesso à informação em âmbito internacional

O primeiro país do mundo a ter uma legislação sobre acesso à informação foi a Suécia, em 1766. Na América Latina, o país pioneiro foi a Colômbia que, em 1988, promulgou um Código que permitiu acesso aos cidadãos a dados relativos ao governo.

Trata-se, portanto, de tema antigo entre as nações, mencionado pela primeira vez nos idos do século XVIII. Isso porque o acesso à informação é tido como direito humano fundamental por diversos organismos internacionais, tendo evoluído exponencialmente desde os anos 1990.

Naquela época, apenas treze países em todo o mundo possuíam legislação acerca desta matéria, muito embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), desde a sua promulgação, já tenha trazido em seu artigo 19 que:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios, sem limite de fronteiras.

<sup>4</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao\\_lai.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao_lai.pdf/view)>. Acesso em 16 abr. 2015. p.

O dado é curioso se considerarmos que a Organização das Nações Unidas, em 1945, teve cinquenta e um países membros fundadores, incluindo o Brasil e, no entanto, somente treze países, em 1990, portanto quarenta e cinco anos depois de sua fundação, conforme dito anteriormente, possuíam legislação sobre acesso à informação.

Contudo, com a evolução das sociedades, por meio de processos de democratização, e da tecnologia, com o advento da internet, criou-se um ambiente propício para a divulgação de informações mediante sistemas informatizados. A sociedade, ao mudar a sua forma de se relacionar com as informações a que tinham acesso neste ambiente globalizado, cada vez mais passou a exigir transparência dos governos, tornando-se insustentável a manutenção do *status quo* de sigilo.

É neste cenário que diversos outros países, como Brasil, Austrália, México e Chile, a partir de 1990, normatizaram o acesso à informação. Atualmente, cerca de noventa países possuem alguma legislação específica sobre a matéria.

No que concerne ao Brasil, além da recente Lei nº 12.527/2011, aplicável internamente, no âmbito internacional, foram assinados diversos atos, sendo os principais o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), que em seu artigo 19 aduz:

Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; esse direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda espécie, sem consideração de fronteira, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou qualquer outro meio à sua escolha.

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (2000), que traz em seu item 4:

O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.

E, por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), que em seus artigos 10 e 13 preconiza:

Cada Estado-parte deverá (...) tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (...) procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter (...) informações



sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua Administração Pública(...).

## **2.2 Princípios e diretrizes da lei de acesso à informação**

A legislação de acesso à informação varia de acordo com seu país de origem, uma vez que toda e qualquer legislação local é escrita com base em costumes da sociedade que irá normatizar, adequando-se às suas necessidades e especificidades.

Contudo, há princípios gerais que regem o acesso à informação, podendo ser identificados no arcabouço legislativo de qualquer país. São eles: Princípio da Máxima Divulgação; Princípio da Obrigação de Publicar; Princípio da Promoção de um Governo Aberto; Princípio da Limitação das Exceções; Princípio de Procedimentos que Facilitem o Acesso; e Princípio da Moderação dos Custos.

Cada um dos princípios acima elencados possui correlação com os princípios que regem a Lei nº 12.527/2011, conforme ver-se-á adiante. Resumidamente, tem-se que o Princípio da Máxima Divulgação, o principal deles, determina que o direito de acesso deve alcançar o maior tipo de informações, órgãos e indivíduos possíveis, não ficando adstrito a nichos da sociedade.

O Princípio da Obrigação de Publicar, por sua vez, preconiza aos órgãos públicos a necessidade de não se limitarem a atender pedidos de informações formulados por cidadãos, mas a se anteciparem no sentido de publicar de antemão informações de grande interesse público. Já o Princípio da Limitação das Exceções indica a obrigatoriedade de informações sigilosas serem claramente definidas com base no interesse público, somente justificável em razão de o acesso a essa informação causar danos irreversíveis à sociedade ou ao Estado.

Por fim, quanto aos princípios gerais, os Princípios de Procedimentos que Facilitem o Acesso e da Moderação dos Custos determinam ao Estado que seus procedimentos, bem como as respostas aos pedidos de informação, devem ser de fácil compreensão ao cidadão, devendo ser processados com agilidade e a despeito dos custos envolvidos. Não é vedada a cobrança de taxas, desde que não sejam abusivas e estejam previamente estabelecidas.

Quanto aos princípios que regem a Lei de Acesso à Informação Brasileira, temos: Princípio da Publicidade Máxima, o qual guarda idêntico conceito ao Princípio da Máxima Divulgação, acima exposto; Princípio da Transparência Ativa e Obrigação de Publicar, essencialmente semelhante ao princípio geral da

Obrigação de Publicar; e Princípio da Criação de Procedimentos que Facilitem o Acesso, o qual também é análogo ao princípio geral de Procedimentos que Facilitem o Acesso, supra delimitado.

Outros dois princípios, por sua vez, são aplicáveis à Lei nº 12.527/2011 e merecem uma maior explanação. São eles o Princípio da Abertura de Dados e o Princípio da Promoção de um Governo Aberto.

O primeiro determina ao Estado que este estimule a disponibilização de dados em formato aberto. Dado em formato aberto, segundo a *Open Knowledge Foundation*, é um dado que pode ser livremente utilizado, reutilizado e redistribuído por qualquer pessoa. O dado em formato aberto é a essência do acesso à informação, à medida que permite que qualquer pessoa compreenda a informação veiculada, sem apresentar empecilhos para a sua propagação.

O segundo traz ao centro da discussão a superação da cultura de sigilo e promoção de uma cultura de acesso. Neste contexto, cabe aos envolvidos na gestão pública a compreensão de que um governo aberto é mais do que uma obrigação, mas um direito fundamental dos cidadãos, por meio do qual é promovida a governança efetiva e o combate à corrupção.

### **3 CULTURA DE SEGREDO x CULTURA DE ACESSO**

Um sistema de acesso à informação implementa-se satisfatoriamente quando consegue superar o seu maior desafio: a cultura de segredo.

A cultura de segredo (ou cultura de sigilo) é compreendida pela conservação de estruturas/organização sociais por intermédio do binômio informação-poder. Assim, a divulgação de informação está umbilicalmente ligada à renúncia, mesmo que parcial, de poder, de modo que o sigilo é utilizado para manutenção de influência perante o cidadão.

Por meio do raciocínio da cultura de segredo, a ampla divulgação de informações representa riscos ao Estado, de modo que cada cidadão só teria direito a solicitar informações que lhe dissessem respeito. Por outro lado, tal solicitação de informações era amplamente desestimulada, por ser considerada fator de sobrecarga aos servidores e comprometimento de atividades importantes do Estado.

Assim, com um bloqueio constante ao acesso de informações, muito em-

bora prevalecesse um entendimento de proteção ao Estado, na verdade o que ocorria era o enfraquecimento da gestão pública, muitas vezes com a perda definitiva de informações.

Nesta conjuntura, o servidor público tinha um papel fundamental para a mudança de paradigma, uma vez que cabia a ele a lida diária com a informação, da sua produção ao seu arquivamento.

O advento da Lei de Acesso à Informação, por sua vez, no âmbito da Administração Pública Brasileira, representa a mudança de paradigma acima proposta, com a superação da cultura de segredo pela cultura de acesso. A partir de então, os documentos produzidos deixaram de ser secretos, sendo amplamente divulgados.

A cultura de acesso permite ao cidadão a satisfação de seu direito fundamental ao acesso à informação. O Estado, por meio de seus agentes públicos, considera a informação pública pertencente ao cidadão, de modo que esta é produzida em linguagem acessível e veiculada de forma ágil.

Conforme consta do guia Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas, editado pela Ouvidoria-Geral da União, por meio da cultura de acesso:

- A demanda do cidadão é vista como legítima;
- O cidadão pode solicitar a informação pública sem necessidade de justificativa;
- Criam-se canais eficientes de comunicação entre governo e sociedade;
- São estabelecidas regras claras e procedimentos para a gestão das informações;
- Os servidores são permanentemente capacitados para atuarem na implantação de política de acesso à informação.<sup>5</sup>

Desta forma, conclui-se que a cultura de acesso propicia o desenvolvimento da Administração Pública, uma vez que promove um maior cuidado na tomada de decisões por parte do agente público, já que será dada publicidade a todos os atos da administração.

As políticas públicas e o orçamento são geridos de forma mais eficiente,

<sup>5</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao\\_lai.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao_lai.pdf/view)>. Acesso em 16 abr. 2015. p. 13-14.

incluindo o cidadão no processo e aumentando a confiança da população no serviço público.

## 4 O QUE É INFORMAÇÃO PÚBLICA

A Lei de Acesso à Informação, em seu artigo 4º, delimita o que é informação:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

A informação pública, por sua vez, para fins do que se pretende com o estudo da LAI, é toda informação produzida no âmbito da Administração Pública, à qual deve ser dada a devida divulgação.

Conforme a publicação Entendendo a Lei Geral de Acesso à Informação, pode ser compreendida como informação pública:

- a) Informação produzida ou acumulada por órgãos e entidades públicas;
- b) Informação produzida ou mantida por pessoa física ou privada decorrente de um vínculo com órgãos e entidades públicas;
- c) Informação sobre atividades de órgãos e entidades, inclusive relativa à sua política, organização e serviços;
- d) Informações sobre políticas públicas, inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas.<sup>6</sup>

Por outro lado, de acordo com o Menu de Apoio – Entenda a LAI, do Portal de Acesso à Informação do Governo Federal<sup>7</sup>, não pode ser considerado como informação: desabafos, reclamações e elogios, os quais devem ser encaminhados à Ouvidoria do órgão, consultas sobre aplicação de legislações e denúncias.

### 4.1 Como e onde deve ser disponibilizada a informação

A LAI traz como dever dos órgãos e entidades públicas a divulgação de informações em local de fácil acesso, obrigatoriamente em sítio eletrônico hospedado na rede mundial de computadores, além de disponibilizar um canal de

<sup>6</sup> ARTIGO 19. Entendendo a Lei Geral de Acesso à Informação. Disponível em: <<http://artigo19.org/?s=entenda+a+lei&x=0&y=0>>. Acesso em 17 abr. 2015.

<sup>7</sup> BRASIL. Acesso à Informação. Lei de Acesso à Informação. Disponível em: <<http://www.acaoainformacao.gov.br/menu-de-apoio/entenda-a-lai>>. Acesso em 15 abr. 2015.

contato direto com o cidadão, por meio do qual este poderá requerer as informações que desejar.

Importante ressaltar que o acesso deve se dar de maneira objetiva e em linguagem de simples compreensão, de modo a atingir todas as camadas da população.

Segue o inteiro teor dos artigos 8º e 9º da Lei nº 12.527/2011, com os parágrafos e incisos correlatos ao tema aqui exposto.

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 2º Para cumprimento do disposto no **caput**, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil)

habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:

- a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
- b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
- c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e

II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

#### *4.1.1 Transparência ativa*

A transparência ativa é uma espécie do gênero acesso à informação. Trata-se de modalidade em que o Estado confere publicidade aos seus atos independentemente de solicitação.

Assim, o ato do agente público é ativo, pois parte de sua própria iniciativa avaliar e divulgar informações de interesse coletivo ou individual, ou seja, de interesse da sociedade. Os artigos 8º e 9º da Lei de Acesso à Informação acima colacionados tratam também de aspectos da modalidade ativa, direcionando a sua forma de implementação.

Importante mencionar que os órgãos públicos possuem como obrigação mínima dar publicidade, por meio do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), acerca de registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; registros de repasses ou transferências de recursos financeiros, bem como registro de despesas; informações referentes a procedimentos licitatórios, com editais e resultados, bem como contratos celebrados; dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras; e respostas a perguntas mais frequentes (FAC).

O rol constante do artigo 8º, portanto, não é exaustivo, cabendo ao órgão ou entidade pertencente à Administração Pública delimitar outras ações e infor-

mações diversas que devem ser veiculadas, fazendo um juízo de valor acerca de ser ou não de interesse coletivo.

O Manual da Lei de Acesso à Informação Para Estados e Municípios, traz a seguinte informação complementar acerca da Transparência Ativa:

No caso do Governo Federal, além de todos os dados relacionados no rol mínimo, o acesso a outras informações adicionais foi franqueado no Portal da Transparência:

- Relação de Ocupantes dos Imóveis Funcionais da União;
- Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS;
- Valores dos Recursos Repassados a Estados e Municípios;
- Remuneração e Subsídios (recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada);
- Resultados de auditorias, inspeções, prestações e tomadas de contas realizadas nos órgãos ou entidades, entre outras.<sup>8</sup>

Por fim, registre-se que todo órgão público deve possuir sítio eletrônico hospedado na *internet*, onde, além dos documentos e informações acima elencados, disponibilizará lista de documentos que deixaram de ser sigilosos, que são sigilosos e um relatório sobre pedidos de informações recebidos, deferidos e indeferidos, estando escusados de tal obrigatoriedade municípios com até dez mil habitantes.

Muito embora os municípios com até dez mil habitantes tenham sido liberados da obrigação de divulgar informações por meio da *internet*, frise-se que não estão desobrigados a dar cumprimento à LAI, devendo o gestor municipal divulgar as informações cabíveis por outros meios.

#### 4.1.2 *Transparência passiva*

A LAI não estabelece somente a obrigatoriedade de o órgão público promover ativamente a divulgação de informações de interesse coletivo, mas pro-

<sup>8</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf/view)>. Acesso em 20 abr. 2015.

move ao cidadão comum a possibilidade de questionar diretamente ao órgão matérias de seu interesse, desde que não sigilosas, a chamada transparência passiva.

O direito ao questionamento encontra-se no artigo 10 da LAI:

Art. 10 Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

Mantém-se, portanto, o espírito da Lei de Acesso à Informação também no que se refere a questionamentos advindos do cidadão, uma vez que não é necessário o cumprimento de um ritual demasiadamente burocrático, mas tão somente de um ritual simplificado, sem justificativas ou motivações.

O artigo 9º da LAI, já mencionado, determinou a criação de um canal de comunicação direta com o cidadão, por meio do qual pudesse ser implementada tanto a transparência ativa, quanto a transparência passiva.

Desta maneira, o SIC, tanto em seu espaço físico quanto em seu espaço virtual, no âmbito da Administração Pública Federal (e-SIC), é o local onde o órgão público, além de divulgar as informações de interesse coletivo, receberá e atenderá os questionamentos e solicitação de informações advindos da sociedade.

O Manual da Lei de Acesso à Informação Para Estados e Municípios elenca as funcionalidades do e-SIC:

O Sistema permite ao cidadão:

- Registrar pedidos de informação;
- Acompanhar pedidos de informação: trâmites e prazos;
- Realizar “Reclamações”;
- Entrar com recursos;
- Consultar respostas recebidas.<sup>9</sup>

Portanto, por meio deste canal virtual, o cidadão tem o seu direito fundamental à informação plenamente satisfeito, desde o questionamento até a efetiva resposta pelo poder público.

Uma vez recebido o pedido de informação, o poder público possui o pra-

<sup>9</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf/view)>. Acesso em 20 abr. 2015.



zo de vinte dias para apresentar a resposta ou, na hipótese de o cidadão ter formulado questionamento junto a órgão incompetente, orientá-lo sobre onde e como obter a informação desejada.

O prazo pode ser prorrogado por mais dez dias, mediante justificativa. Escorrido o prazo máximo, caso o agente público não possua a informação solicitada, ainda assim deve comunicar ao solicitante e prover demais orientações.

A recusa para apresentar informações deve ser sempre justificada e motivada, com razões de fato e de direito, e o cidadão deve ser devidamente cientificado acerca dos procedimentos de recurso.

#### **4.2 Informação negada: o que pode ser considerado sigiloso?**

Muito embora a LAI tenha se consolidado como um importante e inovador instrumento de participação da sociedade na vida pública, nem todas as informações podem ser fornecidas aos cidadãos.

Desta forma, caso um pedido de informação seja negado por parte do poder público, a resposta deve ser motivada com as razões da negativa e seu fundamento legal. O cidadão, por sua vez, possui um prazo de dez dias para interpor recurso, apresentando pedido de desclassificação de informação sigilosa. Assim nos diz o artigo 14 da Lei de Acesso à Informação:

Art. 14 É direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia.

Cabe ao Estado, portanto, dar publicidade a toda informação de interesse público, devendo proteger, por outro lado, informações pessoais e sigilosas.

Informações pessoais são aquelas relativas à intimidade, à honra, à imagem de uma pessoa. Por definição, não se tratam de informações públicas, de modo que o órgão ou entidade pública devem restringir seu acesso. Não possuem classificação sigilosa, portanto não recebem o tratamento diferenciado de tais informações. A sua proteção se dá em virtude de direito constitucional de proteção às garantias individuais.

Em assim sendo, as informações pessoais possuem proteção pelo prazo de cem anos a contar de sua produção, independentemente de ser considerada sigilosa ou não. Podem ter acesso às informações pessoais somente agentes públicos autorizados e terceiros a quem a informação se referir, excepcionalizando-se os casos previstos no artigo 31, § 3º da LAI:

Art. 31 O tratamento das informações pessoais deve ser fei-

to de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

II – poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. É direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia.

§3º O consentimento referido no inciso II do §1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I – à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II – à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III – ao cumprimento de ordem judicial;

IV – à defesa de direitos humanos; ou

V – à proteção do interesse público e geral preponderante.

Trata-se de rol taxativo, sendo vedada a inclusão de novas hipóteses além das acima elencadas, bem como a criação, por meio de novas legislações, de mecanismos de abertura dessas informações pessoais.

As informações sigilosas, por sua vez, são aquelas protegidas pelo Estado em razão da necessidade de preservação da segurança da sociedade. A classificação de uma informação como sigilosa, contudo, ocorre dentro de parâmetros estabelecidos pela LAI em seu artigo 23, quais sejam:

Art. 23 São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e de

senvolvimento científico ou tecnológico;  
VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou  
VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

A informação sigilosa, por sua vez, é assim considerada por um prazo determinado, sendo restringido o seu acesso somente em razão da imprescindibilidade para a segurança do Estado. Decorrido o prazo estabelecido, a informação passa a ser considerada pública e deve ser veiculada seguindo os trâmites já explicados em tópicos anteriores.

Ressalte-se que o rol acima elencado é exaustivo, sendo vedada a inclusão de novas informações que possam vir a ser objeto de sigilo. Por outro lado, documentos e informações sobre condutas que impliquem a violação de direitos humanos praticadas por agentes públicos ou a mando de agentes públicos não podem ser caracterizadas como sigilosas.

As informações sigilosas podem ser classificadas como reservadas, secretas e ultrassecretas.

As reservadas possuem prazo de cinco anos, podendo ser assim declaradas, no âmbito da Administração Pública Federal, pelo Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estados e Autoridades com as mesmas prerrogativas, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes e Titulares da Administração – DAS 101.5 ou equivalente e superior.

As secretas possuem prazo de quinze anos, podendo ser assim declaradas pelo Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estados e Autoridades com as mesmas prerrogativas, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes e Titulares da Administração Pública Indireta.

Já as ultrassecretas possuem prazo de vinte e cinco anos, podendo ser assim classificadas pelo Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estados e Autoridades com as mesmas prerrogativas, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes.

Percebe-se, portanto, que quanto maior o grau de sigilo, maior o grau de hierarquia das pessoas autorizadas a proceder à classificação.

Por fim, informamos a possibilidade de uma informação ser declarada sigilosa em parte, de modo que o cidadão terá acesso, seja por meio da transparência ativa, seja por meio da transparência passiva, da parte não sigilosa.

## **5 EFICÁCIA DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO**

Após esclarecimentos acerca dos pontos mais importantes da Lei de Acesso à Informação, passemos à análise de dados constantes do Relatório LAI 2014 – Governo Federal, com vistas a detectar se o efetivo cumprimento da lei foi realizado a contento no ano de 2014, bem como a qualidade das informações. Salientamos, desde já, que os dados são referentes à Transparência Passiva.

A referência utilizada para fins de elaboração do Relatório, como já exposto, foi o exercício do ano de 2014. O levantamento de pedidos foi efetuado considerando todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Temos, portanto, atingido o quantitativo de 90.167 (noventa mil cento e sessenta e sete) pedidos realizados, com uma média por mês de 7.513,92 (sete mil quinhentos e treze) pedidos. O mês com maior demanda foi o mês de agosto, com 9.171 (nove mil cento e setenta e um) pedidos emitidos, e o de menor demanda foi o mês de dezembro, com 5.869 (cinco mil oitocentos e sessenta e nove) pedidos.

O perfil de solicitante, por sua vez, é, em sua maioria, pessoa física (94,66%). Deste percentual, 37,92% dos solicitantes possuem ensino superior completo e apenas 0,74% declararam não possuir instrução formal. Percebe-se, portanto, um maior senso de dever cívico por parte da parcela da população com escolaridade em nível superior completa. Se considerarmos ainda os solicitantes que declararam possuir curso de pós-graduação ou mestrado/doutorado, o percentual aumenta para 61,93%, consolidando a ideia de que quanto mais instrução o cidadão possui, mais questionador da gestão pública ele se torna.

Dos solicitantes classificados como pessoa física, 24,99% são oriundos do estado de São Paulo (maior percentual) e 0,20% são oriundos dos estados de Roraima e Amapá (menor percentual).

Quanto às pessoas jurídicas, que representam um total de 5,34% do universo de solicitantes, 37,50% tratam-se de empresa/microempresa (maior percentual) e 0,07% de partidos políticos (menor percentual).

Passando à análise mais específica acerca da efetividade da Lei de Acesso à Informação, os dados constantes do Relatório são bastante positivos.

Dos pedidos efetuados, 89.337 (oitenta e nove mil trezentos e trinta e sete) foram respondidos, o que representa um percentual de 99,08%. Os 0,92% restantes, por sua vez, representam processos tramitados fora do prazo.

O acesso à informação solicitada foi concedido totalmente para 68,48% dos casos, o que representa 61.755 (sessenta e um mil setecentos e cinquenta e cinco) pedidos. Quanto aos acessos parciais, estes representam 3,77% e os acessos negados foram na ordem de 10,99%.

Identificamos que o percentual de acessos negados é muito baixo, o que importa em dizer que a LAI vem sendo aplicada de maneira efetiva, e que, a informação pública, de fato, vem sendo veiculada para a população.

Dos acessos negados, 3,53% referiam-se a informações pessoais e 2,61% a informações sigilosas. Os demais se trataram de casos pontuais de pedidos considerados desproporcionais, genéricos ou incompreensíveis.

O tempo médio de resposta, por parte do ente público, foi de 13 (treze) dias, o que corresponde a praticamente metade do prazo constante da Lei, representando agilidade no processamento e divulgação da informação. Foram prorrogados apenas 7.795 (sete mil setecentos e noventa e cinco) processos, ou seja, 8,65% dos casos.

Por fim, identificou-se que o método de envio da resposta mais utilizado foi o próprio Sistema e-SIC, com aviso de e-mail, representando 92,39% dos casos. O menos utilizado foi o envio por meio de mensagem postal, em 0,69% dos casos.

Portanto, quanto à aplicabilidade da LAI em 2014, no âmbito da Administração Pública Federal, conclui-se que os objetivos foram atingidos satisfatoriamente, com negação de informação em apenas 10,99% dos casos. O envio das respostas se deu dentro do prazo determinado pela lei, e o instrumento de envio, e-SIC, em mais de 90% das solicitações, evidencia a inserção da administração pública e da própria sociedade, no contexto globalizado, de forma bastante contundente, com o uso maciço da *internet*.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Acesso à Informação, conforme amplamente elucidado, no âmbito da Administração Pública Brasileira, adveio em um momento histórico em que a sociedade ansiava por maior participação na vida pública.

A LAI, portanto, obrigou os entes públicos a divulgarem informações de interesse público em linguagem e canais acessíveis, de modo que todos os segmentos da população pudessem ter acesso. Também abriu a possibilidade, para o cidadão, de encaminhar questionamentos aos entes públicos e privados indicados na lei, os quais deveriam ser respondidos dentro de um prazo de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 10 (dez).

Se havia dúvidas acerca da real implementação da lei e de sua absorção pelo cotidiano da Administração Pública, atualmente, muito embora os procedimentos ainda precisem de ajuste e aprimoramento, já não há mais questionamentos acerca da necessidade e das mudanças impostas em razão da existência da LAI.

No ano de 2014, no âmbito da Administração Pública Federal, conforme vimos, 99,02% dos pedidos de informação apresentados pelos cidadãos foram respondidos dentro de um prazo de 13 (treze) dias, em média. Dentro deste universo, apenas 10,99% representam pedidos de informação negados, por serem sigilosos ou se tratarem de informação pessoal.

A eficácia da LAI, por outro lado, muito além desses dados, comprova-se também pelo uso da *internet* (e-SIC) como principal fonte de comunicação com o cidadão, desburocratizando o acesso à informação pública, que se dá sem deslocamentos a prédios públicos, remotamente.

Desta maneira, podemos afirmar que a Lei de Acesso à Informação contribui para o aprimoramento da democracia brasileira por meio do controle social, atuando no combate à corrupção e melhoria da gestão pública, uma vez que mediante as solicitações recebidas pelo cidadão, os entes públicos podem avaliar suas rotinas de trabalho, sistemas informatizados e a própria gestão documental.

## 7 REFERÊNCIAS

ALVES, Marília Souza Diniz. Do sigilo ao acesso: Análise tópica da mudança de cultura. **Revista do TCEMG**, Minas Gerais, ed. especial. 2012. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/681>>. Acesso em 18 abr. 2015.

ARTIGO19. **Entendendo a Lei Geral de Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://artigo19.org/?s=entenda+a+lei&x=0&y=0>>. Acesso em 17 abr. 2015.

BRASIL. Acesso à Informação. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/menu-de-apoio/entenda-a-lai>>. Acesso em 15 abr. 2015.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf/view)>. Acesso em 20 abr. 2015.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/2012/2a-reuniao-geral-de-ouvidorias-publicas-1/arquivos/apresentacao-lei-acesso-informacao.pdf/view>>. Acesso em 19 abr. 2015.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Orientações para a Implementação da Lei de Acesso à Informação nas Ouvidorias Públicas**. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao\\_lai.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implementacao_lai.pdf/view)>. Acesso em 16 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Sobre a Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso>>. Acesso em 16 abr. 2015.

BRASIL. Portal Brasileiro de Dados Abertos. **O que são dados abertos?** Disponível em: <<http://dados.gov.br/dados-abertos/>>. Acesso em 18 abr. 2015.

BRASIL. Serviço Eletrônico do Sistema de Informação ao Cidadão. **Relatório de Pedidos de Acesso à Informação e Solicitantes**. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>>. Acesso em 16 abr. 2015.

CONDEIXA, Fábio. Comentários à Lei de Acesso à Informação. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3199, 4 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21436>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SEABRA, Sérgio Nogueira; CAPANEMA, Renato Oliveira; FIGUEIREDO, Renata Alves. **Lei de Acesso à Informação: uma análise dos fatores de sucesso da experiência do Poder Executivo Federal**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/@busca?Subject:list=S%C3%A9rgio%20Seabra>>. Acesso em 20 abr. 2015.





# O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) APLICÁVEL AO CASO BRASILEIRO

Cristiane Lopes Gonçalves<sup>1</sup>  
Marluce Fleury Flores<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Considerações Preliminares Conceitos: Boa-Fé, Segurança Jurídica e Proteção à Confiança. 3. Proteção da Segurança Jurídica como Princípio Constitucional no Direito Brasileiro e sua Importância no Direito Administrativo. 4. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) aplicável ao Caso Brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências.

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto da segurança jurídica no âmbito do direito administrativo brasileiro e sua aplicação, em casos concretos, pelo Supremo Tribunal Federal. Serão apresentados conceitos, a origem histórica do instituto e sua importância como norma constitucional de eficácia negativa. Foram citados quatro casos relevantes de modo a exemplificar a aplicação do princípio para a resolução de controvérsias que com frequência são analisadas pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of legal security in the Brazilian administrative law and its application in specific cases, by the Supreme Court. Concepts are presented, the historical origin of the institute and its importance as a constitutional rule of negative effectiveness. Were cited four relevant cases to exemplify the application of the principle for the resolution of disputes that are often analyzed by the judiciary.

**Keywords:** Administrative Law. Legal security. Good faith. Protection confidence. Supreme Court.

<sup>1</sup> Servidora pública do Supremo Tribunal Federal e aluna de pós-graduação lato sensu no curso “Novas tendências do Direito Público”, no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

<sup>2</sup> Servidora pública do Supremo Tribunal Federal e aluna de pós-graduação lato sensu no curso “Novas tendências do Direito Público”, no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da segurança jurídica se apresenta como um dos importantes institutos dentro de um Estado Democrático de Direito. Segundo Rafael Valim:

[...] significa a segurança jurídica a expectativa do indivíduo, estribada em normas jurídicas, sobre as consequências dos seus atos, bem como sobre os comportamentos que pode esperar e pretender dos demais. Só nessa ambiência é que o cidadão consegue projetar sua vida e desenvolver livremente suas potencialidades.<sup>1</sup>

Humberto Ávila formula um conceito mais complexo e abrangente de segurança jurídica, propondo uma definição que se compõe de uma multiplicidade de ideias, de dimensões e de aspectos a serem considerados conjuntamente e equilibradamente. Para o doutrinador, a segurança jurídica consiste em:

[...] uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.<sup>2</sup>

No direito público, é uma proteção do administrado ou da sociedade como um todo frente aos atos da Administração Pública, o que não significa o engessamento do ordenamento jurídico, mas apenas uma proteção à confiança do indivíduo frente às mudanças legislativas traumáticas, que afetem um patrimônio jurídico conquistado de boa-fé.

As constantes mudanças legislativas e administrativas em uma sociedade democrática não podem ser palco de ações impositivas do Estado, fazendo-se necessária a apresentação de medidas alternativas, em determinadas situações,

<sup>1</sup> VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. p. 145.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 274.

para a manutenção de um equilíbrio entre Estado e sociedade. A segurança jurídica aparece como uma proteção frente aos atos arbitrários.

Neste artigo, primeiramente serão apresentados os conceitos dos institutos da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança e a diferenciação entre eles que, apesar de serem semelhantes num primeiro momento, começaram a ganhar nuances próprias com o passar do tempo.

Em seguida, será apresentado o instituto da proteção da segurança jurídica como princípio constitucional no direito brasileiro e sua importância no direito administrativo como norma de eficácia negativa da relação estatal. Será demonstrado que o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo permitiu a limitação do poder estatal ao aproximar este ramo do direito à Constituição Federal.

Por fim, serão apresentados quatro casos concretos, do Supremo Tribunal Federal, que envolvem o princípio da segurança jurídica (proteção à confiança). São eles: **(i)** o RE 594.296-RG, Rel. Min. Dias Toffoli, ocasião em que a Suprema Corte discutiu o poder de autotutela da Administração Pública, propondo uma nova redação para a Súmula 473/STF; **(ii)** o RE 608-482-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, em que afasta a chamada “teoria do fato consumado” como forma de manutenção de candidato em concurso público; **(iii)** o RE 571.969, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, que reconheceu a responsabilidade da União por danos causados à concessionária de serviço de transporte aéreo (Varig S/A), em virtude da ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante o Plano Cruzado; e **(iv)** a ADI 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves, que assentou a inconstitucionalidade de alguns trechos da Lei nº 8.112/1990, que previam o provimento derivado como forma de acesso ao serviço público.

## **2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES - CONCEITOS: BOA-FÉ, SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO À CONFIANÇA**

Os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança possuem significados semelhantes, mas que, com o passar do tempo, foram ganhando nuances próprias, sem que, no entanto, umas se afastem completamente da outra.

Esses são princípios que influenciam as perspectivas básicas do cidadão sendo, segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>3</sup>, dois os vetores de perspectivas a serem observados: (i) a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas; e (ii) a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, como o direito adquirido e o ato jurídico.

O princípio da boa-fé, inicialmente, firmou-se de forma predominante no direito privado, quer em sua forma subjetiva como, por exemplo, na posse por usucapião, quer em sua forma objetiva, no que diz respeito à lealdade, correção e lisura no comportamento das partes reciprocamente.

A boa-fé objetiva, com o passar do tempo, passou a fazer parte do direito público, podendo ser percebida marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado.

Desse modo, passou a prevalecer o entendimento de que, nas relações públicas, as partes envolvidas devem proceder com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram o que, em última análise, fornece conteúdo ao princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica, por sua vez, pode ser entendida como um conceito que se divide em duas partes: (i) uma de natureza objetiva, que indica a inafastabilidade da estabilização jurídica (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada); e (ii) outra de natureza subjetiva, onde se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade, sendo este entendido como o princípio de proteção à confiança.

Portanto, o princípio da proteção à confiança impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais. Além disso, também é capaz de garantir vantagens patrimoniais em virtude de alterações de atos que possam abalar a crença dos beneficiários, dos administrados ou da sociedade em geral, pois existia o entendimento de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. Ed. Atlas, 2013. p. 37.

supor que seriam preservados.

A ideia é que o direito deve proteger não a aparência de legitimidade dos atos administrativos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força de presunção de legalidade e da aparência de legitimidade que têm os atos do Poder Público.

O princípio da proteção da confiança foi aplicado, pela primeira vez, no direito Alemão, por construção jurisprudencial. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem, constantemente, aplicado o princípio para o deslinde de controvérsias, ganhando destaque as Leis nºs 9.868/1999 (processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade) e 9.882/1999 (processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental), nas quais o legislador admite expressamente que a decisão nas referidas ações possa ter eficácia tão somente após o trânsito em julgado, ou a partir de outro momento, “*tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*”, é a autorização legislativa para a realização da chamada “modulação dos efeitos” nas decisões judiciais.

Os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança são fundamentais na estabilização de um regime democrático, pois limitam a reversibilidade dos direitos, protegendo a dignidade da pessoa humana, impondo a proibição do retrocesso. Por outro lado, a ideia não é engessar o Administrador ou o legislador, mas permitir que, diante de uma mudança que afete os interesses dos administrados ou da sociedade em geral, uma medida alternativa seja implantada para suprir aquele vácuo deixado pela modificação, trazendo respeito a todos que acreditaram nos atos até então praticados pelo Estado.

### **3 PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

O princípio da segurança jurídica tem especial aplicação no direito administrativo, na medida em que expressa norma de eficácia negativa da atuação estatal.

O fortalecimento do Direito Administrativo no século XIX foi marcado pela criação de norma (Lei de 28 Pluviose) que instituiu, no Estado Francês, uma

jurisdição administrativa especializada e submeteu a administração a regras diferentes daquelas do direito privado. Nesse período, deu-se início à limitação do poder estatal perante os administrados, reconhecendo-se a estes a possibilidade, inclusive, de responsabilização do Estado pelos atos que causassem danos a terceiros, a exemplo do que ocorreu no emblemático caso *Agnés Blanco*.

A doutrina neoconstitucionalista traz ideias que ressaltam a proteção das garantias e direitos individuais perante o poder estatal. O Neoconstitucionalismo coloca a Constituição no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material, funcionando não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema, sobretudo as de direito administrativo. O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, decorrente da aproximação entre direito e democracia e da consagração do princípio da força normativa da Constituição, fortaleceu a ideia de limitação do poder estatal, na medida em que a Constituição brasileira vigente prevê normas constitucionais de eficácia negativa.

Sobressai como relevante e essencial norma constitucional de eficácia negativa o princípio da segurança jurídica, consagrado de longa data como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ideia de segurança jurídica constou também do preâmbulo da Constituição republicana francesa de 24 de junho de 1793: “*A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades*”. Constitui, assim, um direito natural e imprescritível.

No nosso ordenamento jurídico, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5º. O Ministro Luís Roberto Barroso assim sintetiza o conteúdo da segurança jurídica definido pela doutrina e jurisprudência:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação

aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.<sup>4</sup>

No direito administrativo, o princípio da legalidade tem papel ainda mais relevante como expressão da segurança jurídica. Isso porque, segundo a doutrina clássica, o princípio da legalidade representa limite positivo para a atuação da administração pública, devendo os atos administrativos estar abrangidos em seus ditames pelo que expressamente autorizado em lei. Este é o conceito clássico trazido por Seabra Fagundes, segundo o qual “Administrar é aplicar a lei de ofício”. Por outro lado, a doutrina mais moderna tem considerado o princípio da legalidade como de abrangência excessivamente restrita diante do avanço das ideias neoconstitucionalistas, defendendo a possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais, ou seja, sem a mediação da lei. Nesse contexto, é proposto um novo princípio, mais abrangente, que envolve toda a ordem jurídica, inclusive e principalmente a Constituição: o princípio da juridicidade. Tal ponto de vista tem base também na Lei 9.784 /1999, que determina a “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, Parágrafo único, I), o que inclui, além da lei, os princípios, os costumes, a jurisprudência e a doutrina<sup>5</sup>.

A atuação administrativa conforme a lei, seja pautada na legalidade estrita ou com fundamento no princípio da juridicidade, é o meio pelo qual se garante segurança jurídica aos administrados. A certeza jurídica é condição indispensável para a previsibilidade e planejamento no plano individual. A clareza das normas é, sem dúvida, instrumento para a garantia da segurança jurídica. Como bem assentado por Rafael Valim ao tratar sobre o tema no âmbito do direito administrativo:

Não há como cogitar de segurança jurídica frente a um ordenamento jurídico hipertrofiado, incoerente e sujeito a alterações constantes desacompanhadas de revogações ex-

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-02.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-02.htm)>. Acessado em: 15.04.2015.

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Bahia, n. 13, março/abril/maio. 2008. p. 7/8.

pressas, do qual não é possível sacar, com objetividade, as normas vigentes, imperativas aos indivíduos e que habilitam a ação do Estado<sup>6</sup>.

A certeza acerca da ineficácia das normas em relação a período anterior à sua vigência também é meio essencial para garantia da segurança jurídica. O princípio da irretroeficácia das normas jurídicas veda que estas atinjam situações já consumadas ou os efeitos pretéritos de situações em curso. Daí a proteção constitucional dada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Todavia, tal princípio não é absoluto, uma vez que normas benéficas e ampliativas podem atingir fatos pretéritos, de modo a prestigiar a isonomia.

A extensão do princípio da segurança jurídica e a sua limitação, ou não, diante do conflito com outras normas constitucionais, só poderá ser aferida, todavia, quando da análise do caso concreto.

#### **4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) APLICÁVEL AO CASO BRASILEIRO**

O Supremo Tribunal Federal tem, em diversos casos, aplicado ou afastado o princípio da segurança jurídica como forma de alcançar o deslinde da controvérsia. Ganham relevância alguns julgados onde o princípio da segurança jurídica aparece como protagonista da discussão. Vale destacar os seguintes casos envolvendo o princípio da segurança jurídica no âmbito do direito administrativo brasileiro:

##### **a) Caso I: Exercício do poder de autotutela da Administração Pública – RE 594.296-RG, Rel. Min. Dias Toffoli:**

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1969, editou a Súmula 473 com o seguinte teor:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>6</sup> VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 80.



No julgamento do RE 594.296-RG, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, a mencionada Súmula foi colocada em cheque, após a análise de um caso concreto.

Na hipótese, uma servidora pleiteou junto à Administração a averbação de tempo de serviço preteritamente prestado, o que lhe foi deferido, tendo, então, sido concedidos quatro quinquênios.

Após três anos, a Administração enviou um comunicado para a servidora informando que os valores referentes aos quinquênios tinham sido pagos indevidamente, razão pela qual estes seriam retirados de seu prontuário e os valores até então pagos debitados de seus vencimentos mensais.

Inconformada, a servidora ingressou em juízo e obteve a reversão do ato administrativo, o que resultou na interposição, pela Administração Pública, do recurso extraordinário fundado, em síntese, no poder de autotutela da Administração (Súmula 473/STF).

Entendeu o Ministro relator, em seu voto vencedor e condutor do acórdão por unanimidade, que o poder de autotutela da Administração Pública deve ser interpretado em conjunto com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, pois qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ora, esse posicionamento da Suprema Corte nada mais foi do que uma forma alternativa de solucionar uma controvérsia em prol do respeito ao princípio da segurança jurídica. Diante de uma situação em que o administrado se vê submetido a ato discricionário e arbitrário da Administração Pública, o Poder Judiciário aparece como assegurador das garantias constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a retirada de um benefício, pela Administração Pública, incorporado ao patrimônio jurídico de um servidor, deve ser precedida de um processo administrativo em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Isso, essencialmente, protege o princípio da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança, tendo em vista que o administrado acreditava, sinceramente, que o benefício que recebia cumpria todos os requisitos para sua existência, inclusive sendo atestado o recebimento pela própria Administração.

Diante da ruptura de confiança entre os envolvidos, deve ser aberta a palavra para que a parte prejudicada manifeste suas razões para a manutenção da vantagem.

O Ministro Luís Fux, em seu voto, destacou o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 27.422:

A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão (seja ele servidor público, ou não), representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio, como resulta da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se que cabe ao Poder Judiciário, em prol do princípio da segurança jurídica, apresentar soluções alternativas que equilibrem a relação Administração-administrado, impedindo ações desmedidas em nome do poder de autotutela da Administração Pública.

Ressalta-se que a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto-vista, propôs uma revisão ao texto da Súmula 473/STF para que esta fosse adequada aos termos da atual Constituição Federal. A Ministra sugeriu a alteração do texto e o voto do enunciado como Súmula Vinculante, nos seguintes termos:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, garantido, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial.

A proposta apresentada pela Ministra Cármen Lúcia ainda segue pendente de análise pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

**b) Caso II: Afastamento da denominada “teoria do fato consumado” como forma de manutenção de candidato em cargo público – RE 608-482-RG, Rel. Min. Teori Zavascki:**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 608.482-RG, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, afastou o princípio da segurança jurídica após entender que a denominada “teoria do fato consumado” não poder ser invocada como forma de manutenção de candidato em cargo público.

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte manteve, de forma definitiva, candidata no cargo de agente da polícia civil, mesmo diante de sua reprovação na segunda etapa do concurso público (exame físico) e da não realização da terceira etapa (exame psicotécnico). A candidata conse-

guiu o ingresso no cargo público após deferimento de liminar em ação cautelar e, segundo o Tribunal de origem, a aplicação da denominada “teoria do fato consumado” era suficiente para a sua manutenção no cargo, tendo em vista que a candidata já exercia o ofício público há mais de 07 anos, sem a ocorrência de qualquer fato que comprometesse o seu exercício na função.

Diante da negativa de seguimento de todos os seus recursos no Tribunal de origem, o Estado do Rio Grande do Norte interpôs recurso extraordinário alegando ofensa aos artigos 5º, *caput* e II, e 37, *caput*, I e II, da Constituição Federal, asseverando, em síntese, (a) a violação do princípio da isonomia, visto que a recorrida não se submeteu a exame psicotécnico, como os demais candidatos inscritos no concurso público; (b) a vulneração ao princípio da vinculação ao edital, uma vez que a participação da ora servidora na etapa seguinte do certame, sua nomeação e posse foram asseguradas por força de liminar, ainda que não cumprida fase anterior exigida; (c) a inaplicabilidade da teoria do fato consumado para “perpetuar decisões injustas, ilegais ou inconstitucionais”.

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria e, em agosto de 2014, o Plenário físico se reuniu e decidiu pelo afastamento da “teoria do fato consumado” como forma de manutenção de candidato em cargo público, situação fruto de execução provisória ou outro provimento judicial de natureza precária.

Prevaleceu, por maioria, o voto do relator, Ministro Teori Zavascki. Entendeu o Ministro que, diante de um confronto de valores entre o interesse individual de candidata e o interesse público, deve prevalecer o último, em respeito aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da igualdade e aos termos do art. 37, II, da Constituição, que estabelece como forma de investidura em cargo público a prévia aprovação em concurso público.

O Ministro relator entendeu, ainda, que o caso não atrai a aplicação do princípio da segurança jurídica, pois a manutenção do candidato no cargo se deu contra a vontade da Administração, fruto de decisão judicial precária e que, desde o início, já era do conhecimento do candidato a instabilidade da sua investidura. Vale citar o seguinte trecho do voto do relator esclarecendo a questão:

É realmente difícil, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, justificar a manutenção da situação pretendida pela recorrida. Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do

administrado. Esse argumento é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada ao seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável convicção de que se trata de um *status* ou de uma vantagem legítima. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação de ilegitimidade desse *status* ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do “fato consumado”, a manutenção do *status quo*, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.

É completamente diferente, entretanto, a situação dos autos, em que a vantagem obtida – ou seja, a nomeação e posse em cargo público – se deu, não por iniciativa da Administração, mas por provocação do próprio servidor e contra a vontade da Administração, que, embora manifestando permanente resistência no plano processual, outra alternativa não tinha senão a de cumprir a ordem judicial que deferiu o pedido. Ora, considerando o regime próprio da execução provisória das decisões judiciais – que, como se sabe, é fundada em títulos marcados pela precariedade e pela revogabilidade a qualquer tempo, operando, nesse último caso, por força de lei, automático retorno da situação jurídica ao *status quo ante* –, não faz sentido pretender invocar os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima nos atos administrativos. Pelo contrário: o que se deve considerar é que o beneficiário da medida judicial de natureza precária não desconhecia, porque isso decorre de lei expressa, a natureza provisória e revogável dessa espécie de provimento, cuja execução se dá sob sua inteira responsabilidade e cuja revogação acarreta automático efeito *ex tunc* sem aptidão alguma, conseqüentemente, para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.

Por fim, vale ressaltar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento, proferido no sentido de que o princípio da segurança jurídica deveria ser verificado em cada caso concreto. O Ministro fez algumas ponderações entre os princípios da obrigatoriedade do concurso público e o da proteção da confiança, assentando que mesmo diante da potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parecia razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invali-

dação da posse em cargo público determinada por decisão judicial prolatada há décadas pode, presentes determinadas situações, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando forte abalo à segurança jurídica.

Diante desse entendimento, propôs os seguintes parâmetros específicos a serem verificados pelos Tribunais brasileiros frente aos casos concretos que envolvem a controvérsia: (i) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (ii) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; e (iii) a presença de decisão de mérito proferida em segunda instância.

Apesar das ponderações apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ele foi voto vencido, prevalecendo o entendimento proferido pelo Ministro Teori Zavascki.

O que se observa é que o princípio da segurança jurídica tem sido constantemente invocado como forma de manutenção de interesses particulares, no entanto, nem sempre esse princípio se sustenta quando da análise do caso concreto. O princípio da segurança jurídica deve ser verificado juntamente com a boa-fé e a proteção da confiança para que seja possível identificar situações que realmente ofendem garantias até então incorporadas no patrimônio jurídico do administrado ou da sociedade como um todo.

### **c) Caso III: Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – RE 571.969, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia:**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário RE 571.969, por meio do qual a União e o Ministério Público Federal (MPF) buscavam reformar decisão do Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região que garantiu à Viação Aérea Rio-Grandense (Varig) o direito a indenização em razão do congelamento de tarifas ocorrido durante o Plano Cruzado, entre outubro de 1985 e janeiro de 1992. O voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora do caso, teve por fundamento duas questões constitucionais: (i) a necessidade de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (princípio constitucional da estabilidade econômico-financeira): art. 37, XXI; (ii) a responsabilidade civil do Estado também pode ser por atos lícitos que causem prejuízos: art. 37, § 6<sup>o</sup>.

Quanto ao primeiro ponto, o STF assentou que, apesar da licitude das medidas impostas pelo plano econômico, houve, no caso, prejuízo financeiro

à Varig e que deveria ser reparado. Segundo a Relatora, como concessionária de serviço público, a Varig foi obrigada a cumprir o tabelamento de preços, o que lhe causou graves prejuízos já que houve a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso porque os serviços de transporte aéreo deveriam continuar sendo prestados já que essa era a obrigação contratual da Varig, mas, em compensação, ela tinha que suportar um ônus novo, antes não previsto no contrato, qual seja, a impossibilidade de que as tarifas fossem reajustadas. Os custos do serviço sofriam aumentos ao longo do tempo em que o serviço público estava sendo executado (em decorrência de aumento no preço do combustível, de salários, custo com manutenção das aeronaves etc.), mas isso não podia ser repassado para o preço das passagens. A empresa passou a trabalhar de forma deficitária.

No seguinte trecho do voto da relatora evidencia-se o prestígio à segurança jurídica na resolução do conflito:

O princípio constitucional da estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é uma das expressões jurídicas do princípio da segurança jurídica, por ele se buscando conferir estabilidade àquele ajuste, como é a natureza do contrato de concessão, garantindo-se à empresa contratada, tanto quanto possível, a permanência das circunstâncias e das expectativas que a animaram a assumir a execução, por sua conta e risco [mas no interesse público], de atribuições que competem a pessoa jurídica de direito público.

A preocupação com a qualidade na prestação da atividade concedido (no caso a exploração do serviço de transporte aéreo), impõe, pelo surgimento de fatos e circunstâncias mesmo jurídicas, como se dá na espécie, que possam romper a manutenção das condições pactuadas, a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, o que pode se dar por meio da repactuação, do reajuste, da revisão e da indenização.

Percebe-se, portanto, que se consagrou no julgado o princípio constitucional da estabilidade econômico-financeira como expressão da segurança jurídica e assentou-se, em consequência disso, que nos contratos administrativo deve ser garantido aos contratantes, na medida do possível, manutenção das condições e circunstâncias previamente pactuadas.

**d) Caso IV: manutenção de atos de provimento derivado emitidos após o advento da Constituição da República de 1988 – ADI 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves:**

Após a instituição da nova ordem constitucional, instaurou-se a discussão acerca da compatibilidade com a determinação, prevista no art. 37, II<sup>7</sup>, da Constituição Federal de 1988, dos institutos, previstos nos estatutos dos servidores públicos, que possibilitavam o ingresso em cargo público por meio de provimento derivado.

A própria Administração Federal, em parecer da Consultoria-Geral da República (Parecer SR-89, de 11 de maio de 1989), firmou orientação de que o instituto da ascensão funcional não conflitava com a nova Carta.

O entendimento do STF sobre a controvérsia pacificou-se com o julgamento da ADI 837/DF, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, em que se assentou a inconstitucionalidade das normas da Lei 8.112/1990 que previam formas de ingresso no serviço público por meio de provimento derivado, como a ascensão e o acesso.

Após o julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, assentou-se no Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido da subsistência dos atos de provimento derivado de cargos públicos efetuados antes da pacificação da matéria na Corte, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido: MS 26.117/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 06.11.2009; MS 28.953/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 28.02.2012; RE 466.546/RJ, Rel. Min. 2ª Turma, DJ 17.3.2012; e RE 442.683/RS, Rel. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 24.3.2003, este último assim ementado:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVI-  
MENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE:  
EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SE-  
GURANÇA JURÍDICA. I. - A Constituição de 1988 insti-  
tuiu o concurso público como forma de acesso aos cargos  
públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato  
administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a  
progressão de servidores públicos. Acontece que, à época  
dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema  
não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o  
Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc,  
a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, §  
4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos

<sup>7</sup> “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJ" de 25.6.1999. II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido.

Nota-se, assim, a utilização pelo Supremo Tribunal Federal, do princípio da segurança jurídica como fundamento para validação de situações inconstitucionais, como a ascensão por ato administrativo posterior ao advento da Constituição Federal de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se chegar à conclusão de que os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança são essenciais para o equilíbrio de um Estado Democrático de Direito, sendo fundamental o reconhecimento desses institutos para o bom desenvolvimento da Administração Pública.

Desse modo, a segurança jurídica consiste, de um lado, em instrumento necessário para a realização das finalidades estatais, pois o exercício da ação e do planejamento estatal pressupõe uma permanência de regras válidas.

Como bem observado por Humberto Ávila, a segurança jurídica possui caráter instrumental, pois ela não é um fim em si mesmo. A certeza jurídica é condição indispensável para a previsibilidade e planejamento no plano individual. A clareza e certeza das normas é, sem dúvida, instrumento para a garantia da segurança jurídica.

Por outro lado, a segurança jurídica serve para garantir os direitos fundamentais individuais, constituindo-se norma de eficácia negativa que pode referir-se tanto ao ordenamento jurídico como um todo, quanto a uma regra geral ou individual ou, ainda, a um comportamento estatal e deve ser assegurado pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

A partir do momento em que o ordenamento jurídico é alterado e gera modificações naquilo em que a sociedade até então entendia como correto, fundamental é o respeito à segurança jurídica para que as mudanças de entendi-



mento sejam, de certa forma, bem recebidas, o que propicia, inclusive, legitimidade para a atuação da Administração Pública.

A liberdade do legislador não pode ser vista sem reservas, pois núcleos essenciais do direito social já realizados e efetivados devem ser respeitados em prol da dignidade da pessoa humana, essa é a ideia do princípio da proibição do retrocesso social, instituto decorrente do respeito ao princípio da segurança jurídica.

Nas palavras de Pedro Correia e Inês Jesus:

o princípio da proibição de retrocesso social postula que o núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Protege, assim, os direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu cerne, pelo que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto reversibilidade estão limitadas por aquilo que já foi realizado<sup>8</sup>.

Observa-se, portanto, que o Estado brasileiro deve praticar seus atos em conformidade com o princípio da segurança jurídica, fornecendo medidas alternativas quando a confiança e a boa-fé dos administrados e da sociedade em geral são abaladas, evitando, dessa forma, o retrocesso social e garantindo aos particulares a certeza jurídica como condição indispensável para a previsibilidade e planejamento no plano individual.

## 6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil**. Em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-02.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-02.htm)>. Acessado em: 15.04.2015.

<sup>8</sup> CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. **O princípio da proteção da confiança em tempos de crise: o Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./abr. 2014. p. 170.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flórida de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Bahia, n. 13, março/abril/maio. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 594.296-MG, Plenário. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria Ester Martins Dias. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 21 de setembro de 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 608.482, Plenário. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, 04 de agosto de 2014. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=3831488>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n. 571.969, Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Varig S/A. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. Ed. Atlas, 2013.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. **O princípio da proteção da confiança em tempos de crise: o Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./abr. 2014.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

VALIM, Rafael (Org.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2013.





**UNICEUB**  
Centro Universitário de Brasília

**ICPD** Instituto CEUB de  
Pesquisa e  
Desenvolvimento

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-61990-42-8



9 788561 990428