

Conselho Editorial:

Alexander Espinosa, UCV
Mustafa Avci, University of Anadolu
Adilson Abreu Dallari, PUC-SP
Alexandre Espinosa Rausseo, UCV
Alexandre Santos de Aragão, UERJ
Alexandre Veronese, UNB
André Saddy, UFF
Carlos Ari Sundfeld, FGV-SP
Carolina Cyrillo, UFRJ
Cristiana Fortini, UFMG
Daniel Hachem, UFPR
Eduardo Manuel Val, UFF
Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ

Maria Fernandez, Universidad de Sevilla
Fabiano Gomes, UFRJ
Fábio de Oliveira, UFRJ
Henrique Ribeiro Cardoso, UFS
Jesse Torres, EMERJ
José Vicente Santos de Mendonça, UERJ
Larissa de Oliveira, UFRJ
Maria Sylvania Zanella di Pietro, USP
Paulo Ricardo Schier, UNIBRASIL
Patricia Baptista, UERJ
Vladimir França, UFRN
Thiago Marrara, USP

Editores Chefes:

Eduardo Manuel Val, UFF

Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 02 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/DEZ 2017

ISSN 2447-2042

RJ, 2017.



REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- | | |
|--|--|
| Prof. Dr. Alexander Espinosa, UCV. | Prof. Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona. |
| Prof. Dr. Mustava Avci, UA. | Prof. Dr. Fábio de Oliveira, UFRJ. |
| Prof. Dr. Adilson Abreu Dallari, PUC/SP. | Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso, UFS. |
| Prof. Dr. Alexandre Veronese, UNB. | Prof. Ms. Jesse Torres Pereira Junior, FGV. |
| Prof. Dr. André Saddy, UFF, Brasil. | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ. |
| Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, FGV/SP. | Profa. Ms. Larissa de Oliveira, UFRJ. |
| Profa. Ms. Carolina Cyrillo, UFRJ. | Profa. Dra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, USP. |
| Profa. Dra. Cristiana Fortini, UFMG. | Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier, UNIBRASIL. |
| Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, UFPR. | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Eduardo Val, UFF. | Prof. Dr. Vladimir França, UFRN. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ. | Prof. Dr. Thiago Marrara, USP, Brasil. |
| Prof. Ms. Fabiano Gomes, UFRJ. | |

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|--|--|
| Prof. Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona. | Profa. Ms. Isabela Ferrari, UERJ. |
| Prof. Ms. Ariane Sherman Vieira, UFMG. | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF. |
| Prof. Ms. Carina de Castro, UFRJ. | Prof. Ms. João Paulo Sporl, USP. |
| Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes, UFJF. | Prof. Ms. Jairo Boechat Jr., FUMEC. |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ. | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ. |
| | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |

Editores-Chefes:

- Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF.
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editores:

- | | |
|---------------------------------|-----------------------------------|
| Amanda Pinheiro Nascimento, UFF | Bruno Teixeira Marcelos, UFF. |
| Camila Pontes da Silva, UFF. | Gabriela Rabelo Vasconcelos, UFF. |
| Marcos Costa Leite, UFF. | Thiago Allemão, UFF. |

Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Eduardo Manuel Val e Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Publicidade administrativa como princípio e prática: apontamentos para uma teoria do controle pelo Judiciário</i>	007
Veruska Sayonara de Góis	
<i>A recondução dos servidores públicos e autonomia dos entes federados</i>	030
Alex Cavalcante Alves	
<i>Regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do direito administrativo</i>	048
Maíra Valentim da Rocha	
<i>As controvérsias doutrinárias quanto à natureza da CFEM, a decisão proferida pelo STF e respectivos reflexos na gestão dos recursos</i>	099
Cleber Lucio Santos Junior	
<i>Discricionabilidade administrativa: alguns elementos e possível controle judicial</i>	117
Phillip Gil França	
<i>As agências reguladoras e captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na agência nacional de energia elétrica</i>	126
Sophia Félix Medeiros	
<i>O controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais: limites e possibilidades</i>	148
Rodrigo Pacheco Pinto	
<i>Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental</i>	168
Daniel capecchi nunes e Ana Luíza Fernandes Calil	
<i>Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios</i>	189
José Renato Nalini e Wilson Levy	
<i>La asociación para la innovación": su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público</i>	208
María de Los Ángeles Fernández Scagliusi	

APRESENTAÇÃO

É com grata satisfação que após a consolidação da nova equipe editorial com a expansão do conselho editorial, corpo de avaliadores e editores de seção, bem como, os esforços para inclusão do periódico em indexadores internacionais e a obtenção da Licença Creative Commons, publicamos a primeira edição do segundo volume do segundo ano da Revista de Direito da Administração Pública.

Nesta edição prosseguimos com os debates no âmbito da teoria e prática do Direito Administrativo a partir de sua interdisciplinariedade com Direito Constitucional, Ambiental e Econômico em uma publicação democrática e articulada de trabalhos de todo o espectro acadêmico com textos de pós-doutores, doutores, mestres, especialistas e graduados de ambos os gêneros, dos variados Estados do Brasil e um trabalho da Venezuela.

Dando continuidade à análise crítica dos princípios administrativo, a professora Veruska Sayonara de Góis da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte analisa a publicidade administrativa enquanto princípio e enquanto prática através de ampla pesquisa bibliográfica e examina a possibilidade de controle dos seus instrumentos pelo Poder Judiciário através de algumas situações paradigmáticas.

Ato contínuo o especialista Alex Cavalcante Alves nos brinda com um estudo baseado em seu livro previamente publicado acerca do retorno do servidor público estável ao cargo anteriormente ocupado através de uma análise da evolução teórica e jurisprudencial na literatura e jurisprudência nacional que levaram à construção da interpretação atual sobre a recondução de servidor federal.

Na interface do Direito Administrativo com o Direito Regulatório, a graduada e advogada Maíra Valentim da Rocha analisa as regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do Direito Administrativo constatando que é possível a configuração de expropriação através de regulações, caso em que a regulação caracterizará desapropriação indireta.

Prosseguindo com o tema especial da edição anterior o mestre Cleber Lucio Santos Junior contribui com um estudo sobre um instituto do Direito Minerário, qual seja, a compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais mediante apontamentos sobre o instituto quanto à sua natureza jurídica, especialmente para seus fins de arrecadação e fiscalização e o seu papel na gestão administrativa.

A questão do controle judicial da discricionariedade administrativa é trazida a lume pelo professor pós-doutor Phillip Gil França a partir da análise do fator humano no agir administrativo, enquanto elemento que determina quando estará em conformidade com os constitucionais padrões de legalidade impostos para que o Estado flua de forma republicana, democrática e de acordo com os direitos fundamentais.

Questão controversa que envolve institutos do Direito Administrativo e Econômico a captura das agências reguladoras é tratada pela Mestranda em Economia Sophia Félix Medeiros a partir de uma observação dos desvios regulatórios, em específico, a assimetria de informações e o poder de coesão e influência regulatória dos agentes do setor, em relação à possibilidade de desvios de finalidade da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Os limites e as possibilidades de efetuação do controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais, considerando para tanto a prática reiterada dos órgãos de julgamento administrativo, notadamente o baiano, em não admitir arguições de inconstitucionalidade da legislação aplicada ao caso concreto é objeto de análise do graduando Rodrigo Pacheco Pinto.

Voltando a temática recorrente nas últimas edições da revista, Daniel Cappechi Nunes e Ana Luíza Fernandes Calil abordam as dificuldades na caracterização dos institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta tendo por caso de estudo a criação de espaços de proteção ambiental, em especial, o caso do Parque Nacional Grande Sertão Veredas como exemplo para a questão proposta.

Em uma aproximação do Direito Administrativo e do Direito da Cidade, os professores doutores José Renato Nalini e Wilson Levy abordam o tema das “cidades inteligentes e sustentáveis” que impõem no Braisl a construção de um conceito e demanda a necessidade de uma regulação administrativa como forma de contribuir para o planejamento urbano e regional.

Por fim, a professora doutora María de Los Ángeles Fernández Scagliusi estuda a diretiva da União Européia e a sua incorporação no Projeto de Lei de Contratos do Setor Público sobre a contratação pública que inclui como objetivo a utilização da contratação como apoio, entre outras políticas, da promoção da inovação com a colaboração entre os poderes públicos e os operadores privados.

Rio de Janeiro, 30 de Junho de 2017.
Eduardo Manuel Val e Emerson Affonso da Costa Moura.

**PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRINCÍPIO E PRÁTICA:
APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA DO CONTROLE PELO JUDICIÁRIO.**

**ADMINISTRATIVE PUBLICITY AS PRINCIPLE AND PRACTICE:
PRESENTATIONS FOR A THEORY OF CONTROL BY THE JUDICIARY.**

VERUSKA SAYONARA DE GÓIS

*Mestre em Direito Constitucional e professora pela
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.*

RESUMO: O Estado Moderno, em sua gênese, propõe as funções mínimas em sua abordagem liberal incipiente. Posteriormente, o Estado passa por diversas fases, podendo-se dizer que, no Brasil, teríamos atualmente uma Constituição de Estado Social, mitigada pela agenda política reguladora e subsidiária. Entretanto, nessa disputa pelos sentidos e efetividade constitucional, organiza-se a máquina administrativa, de maneira pouco visível e bastante refratária ao controle social. No trabalho em curso, analisa-se a publicidade administrativa enquanto princípio e enquanto prática, através de pesquisa bibliográfica. O princípio publicidade aparece como valor, tendo sua tessitura normativa amplamente reconhecida na literatura jurídica. Enquanto prática, aparece como política operacional associada aos interesses particulares dos agentes públicos. Tais interesses, secundários e privados, portanto, como promoção pessoal, não têm finalidade educativa e informativa nem justificativa pública. Assim, de maneira mais afeita ao controle mútuo entre os poderes, examina-se a possibilidade de controle dos mecanismos de publicidade administrativa pelo Judiciário, apontando-se algumas situações paradigmáticas.

PALAVRAS-CHAVE: publicidade administrativa, princípio, Poder Judiciário.

ABSTRACT: The Modern State, in its genesis, proposes to approach the minimum function in its incipient liberal face. Subsequently, the State goes through various stages, it can be said that in Brazil, currently we would have a Constitution of the Welfare State, mitigated by the regulatory policy agenda and subsidiary. However, in this dispute by the senses and constitutional effectiveness, organizes the administrative machine, so matted and quite refractory to social control. In current work, we analyze the administrative publicity as a principle and as a practice, through bibliographic research. The principle publicity appears as value, and its normative texture largely recognized in legal literature. While practice appears as operational policy associated with the private interests of public officials. Such interests, secondary and private, so as a personal promotion, have no educational purpose and informative or public justification. Thus, more wedded way the mutual control of powers, examines the possibility of control mechanisms of administrative publicity by the Judiciary, by pointing to some paradigmatic situations.

KEYWORDS: administrative publicity, principle, Judiciary.

I. INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo é uma construção historicamente recente, oriunda das revoluções e da desagregação dos sistemas feudal-monárquico. Congregando a idéia das liberdades civis, aparecem tentativas de frear o poder absoluto, cujos resultados consistem em documentos escritos – as leis.

A lei é um esboço de medida de segurança e isonomia, servindo mesmo como mecanismo abstrato de comparação. Como traços do Estado, têm-se as idéias de controle, por meio da lei e da repartição de poderes, e a do contratualismo, como esfera de consenso, legados de Montesquiéu e Hobbes.

Todavia, restringir os centros de comando era imperativo, de forma a que somente as tarefas primordiais fossem executadas pelo ente estatal: legislação pontual, representação e defesa externa, e mediação interna. Teríamos os poderes trabalhando no sistema de freios e contrapesos, com um delicado equilíbrio entre liberdade e contenção.

O Estado mínimo, porém, sofre mudanças, passando a social e interventor. Essa metamorfose significa inchaço estrutural, acúmulo de funções e feições gigantescas, como o dispositivo panóptico de que tudo vê e fiscaliza (RODRIGUES, 1997, p. 163). Tal fase ainda pode ser vista em muitos estados contemporâneos, como é o caso do Brasil. Segundo Bonavides (2006, p. 371):

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição do Estado anti-governo e anti-Estado, a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo e ao absolutismo no poder.

Não obstante a correção da assertiva, percebe-se que o Estado social acumula muito mais poder do que o Estado liberal, pela sua própria índole de coletivismo. Seu raio de ação é incomparavelmente maior, e esta Constituição peculiar não raro é prolixa e analítica. Fala-se em Constituição justamente por ser ela a lei que trata da ‘constituição’ estatal, ou dos

elementos contedutísticos e formais do Estado, tratando de sua proposição, organização e limites. Na situação Estado social, tem-se um considerável rol compromissário.

Esses compromissos, como percebidos, são de cunho primordialmente social, o que envolve a atuação do Poder Executivo, responsável por governar sob a vontade da lei (MELLO, 2000, p. 51). Talvez por isso, exista uma tendência notável a se identificar ‘Administração Pública’ com Poder Executivo. A Constituição Federal do Brasil de 1988, no entanto, em seu artigo 37, *caput*, trata da “*administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes*”, ou seja, do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A noção é ressaltada porque a administração pública, em sentido técnico, não é a face político-funcional do Poder constitucional. Antes, é a forma de administração estrutural do Poder para a realização de seus fins. Poderíamos, então, pensar na administração pública como a situação burocrático-organizacional dos Poderes políticos, em sua procedimentalidade.

Também, com a observação, procura se desviar da idéia segundo a qual o controle da administração seria uma forma de interferência externa sobre um poder. Malgrado possa existir um caso em que a conseqüência seja esta, devido à imbricação do ato político com o seu aspecto técnico procedimental, há um grau de diferença qualitativa considerável do real mecanismo de freios e contrapesos, consoante o controle propriamente político (competência do Senado para autorizar o Presidente da República a declarar guerra, ausentar-se do país, competência do Senado para processar e julgar autoridades ou aprovar a escolha de magistrados ou ministros, exemplificativamente).

A distinção do plano pragmático nem sempre é tão clara, devido ao acúmulo de tarefas, em especial, do Poder Executivo, que também centraliza um feixe de poder ampliado. A natureza híbrida de certas ações, cujo fim é o político, mas cuja operacionabilidade é administrativa acentua o limite incerto. Também é no Poder Executivo que os atos de natureza finalístico-instrumental demonstram simbiose, tornando quase indiscernível o limite entre os aspectos.

A máquina burocrática do Executivo, não por acaso, é a mais extensa e aparelhada (veja-se a administração indireta ligada a esse poder). Seria de utilidade definir algum critério para distinguir, pelos problemas expostos, quando o Poder age na sua face político-jurídica definida constitucionalmente, e quando atua como máquina administrativa. Ressalta-se que

um marco teórico distintivo é um gesto ensaístico incipiente, pois, como já afirmado, na prática, algumas vezes, a dissociação talvez não seja possível.

Uma possibilidade seria a identificação de função administrativa pelo Poder através dos critérios objetivo formal (pelo qual se examina o conteúdo da atividade) e formal (pelo qual se explica a função pelo regime jurídico em que se situa a sua disciplina) (CARVALHO FILHO, 2016, p. 4-5). No exame do conteúdo da atividade, examinam-se a tipicidade e o caráter de primariedade ou acessoriedade, e através da forma se verifica o regime jurídico próprio da atividade. O critério subjetivo ou orgânico pode auxiliar na compreensão da natureza do ato.

A identificação ganha peso, pois a idéia mais atual do estado é também a de um reforçado controle sobre a coisa pública sob uma noção redimensionada de legalidade. O Estado como *'res publica'*, à época das revoluções enfrenta a questão da titularidade do poder, expressa no poder constituinte como exercente. Assim, se, como enuncia a Constituição Federal, em seu artigo 1º, parágrafo único, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, o controle sobre os poderes e sua operacionabilidade aparece como legítimo requisito democrático.

A legalidade é estendida, a partir da absorção dos princípios no corpo da lei, com a distinção pela doutrina dos campos da legalidade (lei enquanto regra) e juridicidade (lei enquanto princípio) (MORAES, 2004, p 30). A norma é bipartida nas categorias ‘regras’ e ‘princípios’, de acordo com a classificação de Alexy, o que parece autorizar a compreensão dos princípios no próprio campo da legalidade expandida.

II. PRINCIOLOGIA E PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A ideia de princípio decorre da geometria, indicando verdades primárias (BONAVIDES, 2006, p. 225). Inseridas no Direito como proposições gerais ou dogmas axiológicos universais, constam de vários documentos legais como o Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), onde se lê: “Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Neste sentido, os princípios são a ‘liga’ ou substância de integração do Direito, pela colmatação de suas lacunas.

Admite-se, assim, a idéia de princípio ínsito ao Direito, em uma fase anterior, mesmo que não houvesse preocupação em definir o seu conteúdo e explicitar sua justificação. Internacionalmente, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945) prevê a aplicação dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas (artigo 38, 1, c).

É já na fase tida por pós-positivista que o ‘princípioalismo’ ganha força em formulações teóricas que esmiúçam sua juridicidade, ou grau de pertença ao Direito. Para Alexy, consistem em mandados de otimização, normas genéricas a serem cumpridas na medida das possibilidades jurídicas e fáticas.

Las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas (ALEXY, 1997, p. 83).

Com a ‘normatização’ dos princípios, muitas vezes inserido no texto legal, ultrapassa-se a fase da função somente integrativa, para a múltipla dimensionalidade: fundamentação, direção, supletividade e interpretação. O estado da teoria dos princípios é retratado em Bonavides (2006, p. 294), como tendo resultados já consolidados os seguintes: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, a transição crucial da ordem jusprivatista para a ordem juspublicística, suspensão da distinção entre princípios e normas, deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica, o reconhecimento da sua positividade e conseqüente perda da programaticidade, e a total “*hegemonia e preeminência dos princípios*”.

Pode-se ressaltar, assim, o aspecto normativo do princípio e sua constituição na legalidade. O redesenho do Estado brasileiro incluiu uma concepção diferenciada de Administração Pública, também sob a égide principiológica. Consoante a Constituição Federal, em seu artigo 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.

Se, como foi proposto, a legalidade já contém a dimensão principiológica, mormente sob essa nova compreensão, como se explicaria um princípio específico da legalidade?

Entende-se que a legalidade é uma seara própria da ‘lei’, tomada como texto legal – que abrange regras e princípios. Tornada princípio, é fonte indiscriminada tanto de regras pertencentes ao ordenamento, como de outros princípios.

Aparentemente, a situação do princípio como categoria teórica basilar, cuja densificação revela um feixe de assertivas programáticas, direitos, faculdades e um eixo fático, pode ser aceita sem maiores dificuldades. O princípio como conceito puro não expressa um significado completo em si mesmo, a não ser sob uma compreensão vastíssima. O princípio pode ainda encartar valores, mas não se confunde com eles, que constituem o bom ou o melhor, enquanto o princípio consiste no devido.

Usando, a pretexto de exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, teríamos “*um mandado prima facie no sentido de que, para o seu cumprimento, devem-se levar em conta as condições fáticas e jurídicas existentes*” (FARIAS, 2000, p. 53). O princípio relaciona-se a um feixe de regras pré-existentes, aplicável ao caso concreto, ou mesmo origina regras como comandos provindos da materialidade presente na norma principiológica aberta.

Segundo Carvalho Filho, o princípio da publicidade indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados (2016, p. 26), podendo ser concretizado por alguns instrumentos específicos, como o direito de petição, as certidões e a ação administrativa *ex officio* de divulgação de informação de interesse público (CARVALHO FILHO, 2016, p. 27).

É sobre a última classificação (ação administrativa *ex officio*) que recai a perspectiva do artigo. Conforme a Constituição Federal, acerca da publicidade institucional *ex officio* ou administrativa:

Constituição Federal, artigo 37, § 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A publicidade é princípio sobre o qual recai a atenção do legislador diversas vezes no corpo da Constituição, além de expressa menção como específico princípio da Administração Pública. Reflete a noção de transparência da coisa pública, ou a noção do que pode ser divulgado e visto por todos (ARENDDT, 1995, p. 59).

Habermas explica a categoria como própria da cidade-estado grega, onde a *pólis* é espaço comum dos homens livres e é designada por *koiné* (2003, p. 15). Perfazendo a trajetória do espaço público, cita a Idade Média como um modelo de difícil aplicação da concepção público/privado, apesar dos atributos de soberania serem aclamados de ‘públicos’ (p. 17-19). Posteriormente, “*a evolução da representatividade pública está ligada a atributos da pessoa. (...) em suma, um rígido código de comportamento ‘nobre’*” (HABERMAS, 2003, p. 20).

Ao tentar reconstruir os espaços públicos na gênese burguesa, porém, confunde-se o ‘estar no público’ ou publicidade com ‘opinião pública’, esta, por sua vez, confundida com vontade geral ou espírito do povo. Em Habermas, ocorre a duplicidade dos *topos* públicos entre esfera pública burguesa e Estado. A opinião pública é posta como um resultado mesclado através das diversas instâncias de visibilidade em que somente uns poucos têm acesso. Um conceito mais próximo da publicidade como princípio distinto de opinião pública mediatizada é o de Streck e Morais (2004, p. 182):

Como categoria iluminista, a opinião pública reflete o ideal da publicidade contra o segredo nos atos de governo – as luzes contra a sombra. Dito de outra forma, refere o embate entre o poder visível e o poder invisível, reforçando o caráter kantiano da publicidade do poder, fazendo com que o segredo apareça como não desejável no âmbito das decisões públicas, assim como sua denúncia.

Confunde-se com a idéia de acesso a esclarecimento, informação, participação e responsabilidade na gestão e tomada de decisões sobre questões públicas. O *topói* público passa a significar o que pertence a todos, e publicidade caráter do que é público, visível, transparente. Com o desenvolvimento dos media e a dinamização do Estado, ganha importância a publicidade institucional ou administrativa.

Isso porque o próprio Estado é arena de disputa política, sendo a publicidade institucional (das instituições) utilizada como afirmação de poder. Os agentes políticos utilizam o viés publicitário para fortalecer suas imagens e diminuir seus atritos com o corpo social e os quadros de comunicadores, por meio de ‘subvenções’ aos meios de comunicação social. “*Com efeito, se adoça com o nome de ‘subvenção’, com a indulgência deste honesto eufemismo, a dilapidação e o peculato cometidos, com rosto sereno e mãos largas, pelos governos que assalariam jornais*” (BARBOSA, 2004, p. 53).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se manifestou acerca deste tipo de controle:

Si bien se há avanzado con algunas reformas legales y buenas prácticas, en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación que favorece la discrecionalidad en la distribución de presupuestos publicitarios estatales que en algunos casos se miden en millones de dólares. Ello fue señalado por diversas organizaciones de la sociedad civil de la región en una audiencia llevada a cabo ante la CIDH el 29 de octubre de 2010 en Washington D.C.¹⁹. Allí se indicó que la falta de regulación adecuada es la principal causa de que los presupuestos publicitarios puedan ser utilizados para influir en los contenidos de los medios de comunicación (CIDH, 2012, p. 8).

Sobre tal prática, questiona-se acerca da possibilidade de controle jurisdicional, visto não ser tal publicidade, como demonstrado, a realização do princípio da publicidade administrativa, mas sim um mecanismo de formação induzida da opinião pública, às vezes capitaneado por campanhas publicitárias faraônicas.

III. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E CONTROLE JURISDICIONAL.

Tem-se por correto que a publicidade institucional não é a realização do princípio publicidade, nem se caracteriza por atividade primária própria dos Poderes constituídos ou da própria Administração Pública. Seu regime jurídico, tampouco, é totalmente publicístico, dado não encetar o seu feixe de prerrogativas e fins. Pela compreensão do artigo 37, parágrafo primeiro da Constituição Federal, a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deve ser educativa, informativa ou orientadora, e ainda, impessoal.

Vê-se a discricionariedade presente, com a disciplina no modo do exercício da publicidade, com o resgate da idéia do dispositivo panóptico de visibilidade, concepção de Jeremy Bentham.

Trata-se, de facto, de um modelo arquitetônico para a construção das prisões modernas (...). O panóptico comporta, antes de mais, uma componente ocular de vigilância universal e permanente, graças à transparência

total do espaço e dos corpos vigiados e à completa opacidade da torre central e do vigilante que a habita (RODRIGUES, 1997, p. 163-164).

Com a publicidade institucional, verifica-se que o gigantismo do Estado permite sua imiscuidade em praticamente todos os campos, ao passo que sua estrutura é opaca. A publicidade institucional, em muitas das vezes, opõe-se ao princípio publicidade, sendo-lhe antitético, por se referir à seleção de pontos de abertura informacional possivelmente sem valor real. Ao invés de informação, dissemina-se poder, com o deslocamento de focos obscuros de segredos não partilhados. A gestão do espaço público pelo discurso midiático, marcadamente publicitário, é técnica enunciativa e performática dos simulacros.

Tanto é assim que a expressão ‘publicidade’ é usada em sentido comercial, corrigindo-se a distorção de tratamento indistinto que diversos documentos legais dão aos termos ‘publicidade’ e ‘propaganda’. A publicidade tem a conotação de venda de produtos ou idéias, enquanto a propaganda se refere à propagação ideológica, geralmente não associada à idéia de um ganho monetário.

De qualquer maneira, garante-se a possibilidade da prática da publicidade institucional, havendo um direcionamento disciplinar de conteúdo modal, como já afirmado. O exercício da publicidade, depreende-se, é discricionário, não-vinculado. Adota-se o conceito de discricionariiedade de Moraes:

Sob o critério formal ou negativo, tem-se definido a discricionariiedade como margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas (2004, p. 37).

Três elementos seriam essenciais para o conceito de discricionariiedade: o complemento da previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes (MORAES, 2004, p. 41). Em Mello, a admissão da discricionariiedade é vinculada à idéia de função e de poder-dever, já que é impossível à lei, como baliza objetiva da discricção, descer à previsão de todas as possibilidades.

Discricionariiedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim

de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2000, p. 48).

A nota distintiva da discricionariedade administrativa parece ser a liberdade, uma liberdade finalística, condicionada e restrita pelos princípios e pelas regras do ordenamento jurídico. Não se confunde com livre disposição nem com arbítrio, já que se liga à situação de bens de 'outrem'. Diz-se que ao agente público é facultada a análise da conveniência e da oportunidade, dentro da esfera do mérito da questão. Não obstante essa prerrogativa da Administração existir, ela não é de cunho absoluto, como visto, sofrendo limitações.

A abertura normativa compõe a discricionariedade que, segundo Moraes (2004, p. 46-47), pode ser: discricionariedade quanto aos pressupostos, de decisão (agir ou não agir), de escolha optativa (opção de uma conduta entre várias opções previstas na norma lacunosa), de escolha criativa (colmatar os efeitos jurídicos descritos de forma lacunosa). Como se percebe, falar de controle de discricionariedade implica verificar o grau de completude, pelo administrado, da norma abstrata. Ou do alcance da atuação administrativa de complementar a norma, preenchendo seus vazios, que nada mais são do que espaços de prognose.

Salientou-se, já, a extensão do estado social, característica do esboço constitucional. Embora ainda não concretizado no Brasil o Estado social, os encaminhamentos são dados no sentido daquele programa. A máquina administrativa, especialmente do Poder Executivo, é extensa e articulada burocraticamente (em si uma tentativa de controle e organização).

Cabe dizer que, apesar da dificuldade de mobilidade de um ente abissal como esse, a ideologia que se infiltra no campo administrativo brasileiro é a do regime jurídico publicístico mesclado com a lógica empresarial/administrativa privada. Em parte, isso se deve ao próprio credo do capitalismo internacional triunfante, que precisa de estruturas mais fluídas e pressiona para mecanismos de controle mais flexíveis e dinâmicos.

Como exemplo, pode-se citar a expansão da Administração Indireta, mormente a figura das agências como descentralização do poder em campos de autonomia localizados. A própria liberdade de discricionariedade aponta para o processo de planejamento/prognose, o que se refere à avaliação de resultados e redução dos riscos, na busca dirigida a um fim específico. Na Lei 9784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, as normas

básicas do procedimento são postas “*visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*”.

A Lei 9784/99 reflete o ideal de administração pública com racionalidade privativa, na menção a conceitos porosos como ‘*adequação entre meios e fins*’ (artigo 2º, VI), e obediência aos princípios da ‘*legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*’ (artigo 2º, *caput*).

A eficiência é, porém, a pedra de toque desse sistema dúplice. Princípio inserido com a Emenda Constitucional nº. 19 (1998), introjeta o modelo de produção capitalista de controle de recursos, como tempo, recursos humanos, recursos materiais, sob a ótica da precisão sob um molde plástico adaptável. A hierarquia pura e simples cede espaço ao controle do mensurável/enumerado sobre uma base cooperativa de divisão de competências.

Em vista disso, o controle jurisdicional sobre a discricionariedade tem sido equacionado em um plano de muitas variáveis, mormente sob a justificativa de que o Judiciário não pode se sobrepor ao juízo de oportunidade/conveniência do administrador. Ao invés de falar em controle de mérito, opta-se por controle de juridicidade dos atos administrativos, o qual se divide em controle de legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu* (MORAES, 2004, p. 49), ou de regras e princípios.

O que tem sido ventilado é que não há discricionariedade *contra legem*, e como a lei inclui os princípios, há de se entender que contra estes, também inexistente discricionariedade. Segundo Mello (2000, p. 51):

Com efeito, existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, ‘sub-ordenação’, ordenação inferior. (...) Com estas colocações iniciais, desejamos salientar, enfaticamente, que a atividade administrativa, para manter-se afinada com os princípios do Estado de Direito e com o regramento constitucional brasileiro, necessita ser exata e precisamente uma atividade pela qual se busca o atingimento dos fins pré-traçados em lei.

Circunvizinha da concepção de eficiência privatista (redução dos custos, otimização da produção, redistribuição do poder em pontos nodais, tempo como insumo, operacionalidade fluída pela redução burocrática e simplicidade formal), tem-se o comando

publicista da lei que, embora deixe espaço para o exame discricionário, determina a finalidade buscada, e assim a função específica da liberdade permitida.

Há um caminho pré-traçado, onde os espaços e reconstrução não são tão amplos. O conceito aberto semanticamente ou indeterminado da lei não é óbice à concretização do caminho pré-posto, dado que é ínsito em um ambiente funcional com racionalidade própria. O comentado controle da Administração forma um micro-sistema, onde se destacam os seguintes textos legais:

Constituição Federal.

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Artigo 5º. (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular a que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Artigo 37, A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e os municípios obedece aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Lei 9784/1999 ((Regulamenta o Processo Administrativo)

Artigo 2º. A Administração Pública obedecerá, entre **outros**, aos princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

De maneira que o controle é possível nos casos em que o órgão, entidade ou autoridade age de forma lesiva aos princípios ou no tocante aos casos enumerados no artigo 2º da Lei 4717/65 (Ação Popular), ainda que essa lesão não seja descrita em dano material imediato. Se embargo dos mecanismos de controle já elencados, parece possível a análise dos

atos administrativos pelo Poder Judiciário no tocante à legitimidade e economicidade (artigo 70, Constituição Federal).

Embora o artigo 70 da Constituição se refira ao controle de cunho contábil, financeiro e orçamentário, externamente pelo Congresso Nacional e internamente por cada Poder, o controle de legitimidade relaciona-se à moralidade administrativa, relevada no artigo 5º da CF. Já o controle de economicidade “*enseja a verificação, pelo órgão controlador, da existência, ou não, dos princípios da adequação e da compatibilidade, referentes às despesas públicas*” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1066). Tal exame de compatibilidade remete ao princípio da proporcionalidade, proporção em sentido matemático de medida.

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização da respeito máximo, na medida do jurídico e faticamente possível, a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (*Teilgrundsätze*): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (*Geot des mildesten Mittels*) (GUERRA FILHO, 2005, p. 405-406).

O controle dos atos administrativos encontra um arsenal substancial, sendo necessário intentar algumas possibilidades de aplicação pelo Judiciário. Como inferido de nossas considerações, a publicidade oficial é esfera de atuação que merece zelo. Primeiramente, por não se confundir com o princípio da publicidade e nem realiza-lo; as vezes, ao contrário, contribuindo para uma seleção de valores cujos beneficiários são os próprios agentes públicos.

Embora o subsídio ou subvenção seja permitido em lei, na forma da publicidade, há que se atentar para a finalidade de tal patrocínio governamental não degenerar em sua moralidade administrativa.

Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas legiferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado, corrompem a moral (BONAVIDES, 2001, p. 25).

No estudo ora realizado, propõem-se algumas bases ou premissas para o controle da publicidade governamental ou oficial, realizada sob a forma de publicidade administrativa. Isso porque, em regra, o plano de comunicação institucional é realizado por assessorias de comunicação que compõem o órgão de comunicação estatal, sendo parte das ações executadas por agências e profissionais externos. Em regra, são jornalistas, publicitários, relações públicas e cientistas sociais, responsáveis pela análise de imagem do governo e pela proposição de ações midiáticas, ou de como capitanear ganhos de público.

Insiste-se no ponto repisado da opinião pública, ou na existência de diferentes níveis de opinião pública: o campo da opinião flutuante que é estatisticamente auferida em pesquisa – a norma federativa do ‘homem médio’ (MATTELART, 2002, p. 42), e o campo da fabricação de uma opinião publicizada pelos veículos de comunicação. Os assessores de comunicação trabalham, por óbvio, com os dois níveis, partindo do primeiro (dado) para modelar o segundo, sobre uma cuidadosa avaliação e seleção de valores informativos.

Como a norma é finalística, a incidência do controle jurisdicional pode recair sobre o conteúdo da publicidade como ato administrativo, a saber, se ele cumpre a destinação é regular e legítimo. Conforme o artigo 37, § 1º da Constituição, a publicidade terá “*caráter educativo, informativo ou de orientação social*”.

Não extrapola a discricionariedade os limites da função imposta na lei. No caso em exame, a publicidade é função, devendo servir para os fins de educação, informação ou orientação social. A abrangência polissêmica poderia fazer destes conceitos um campo aberto a quaisquer divagações, o que, entretanto, não ocorre.

III. PARÂMETROS DE CONTROLE: TEORIA PRINCIPIOLÓGICA E PRÁXIS JURISDICIONAL.

A administração serve ao interesse público, e não ao interesse do público (espectador) ou do governante ou administrador (individual). Embora num limite crítico, o interesse público é um bem comum, de interesse do corpo social. O conceito técnico de interesse difuso como direitos “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*” (artigo 81, Lei 8.078/90) pode lançar alguma luz sobre o tema.

A educação, informação ou orientação que serve ao interesse público deve ser examinada também à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da moralidade administrativa, pois tal publicidade não é eleitoral, partidária gratuita ou comercial puramente, mesmo que inserida no circuito comercial.

Critério de verificação do atendimento da finalidade do ato, no caso, será ainda a análise da motivação: que pressupostos fáticos e jurídicos inspiraram a necessidade administrativa de tal publicidade? Uma vez que motivo não se confunde com móvel (intenção, finalidade subjetiva, pessoal de autoridade), o exame do móvel “*ganha relevo na teoria do desvio de poder com intenção viciada – ao passo que o motivo é realidade objetiva, cuja existência precede o ato e é condição de sua validade*” (MELLO, 2000, p. 88).

O controle jurisdicional se justifica pois não se sobrepõe ao mérito como exercício do administrador, mas apenas à exorbitância do mérito, já que “*a sindicabilidade jurisdicional não reside na reavaliação do mérito, mas na verificação de sua conformidade a esses limites legais*” (MOREIRA NETO, 1989, p. 62-63).

Outro ponto possível de incidência do controle jurisdicional é a forma ou procedimentalidade na contratação de tais serviços. Como já dito, o setor de comunicação é o *locus* funcional vocacionado para a formatação das campanhas publicitárias da administração pública, sendo esta atividade ou parte dela transferida a terceiros.

Uma campanha publicitária é um conjunto de peças publicitárias com um lógica interna, envolvendo diversas etapas, que vão, por vezes, desde a criação da identidade visual (marca, símbolo, slogan) até as peças direcionadas às mídias distintas (jornal, rádio, TV). Como é sabido, a publicidade é atividade técnica submetida ao princípio da licitação pública. Com efeito, dita o texto legal.

Lei 8.666/1993 (Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública).

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...)

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação,

conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Repisado tópico da exigência da licitação para os serviços de publicidade, cumpre verificar que nem sempre tal critério é respeitado. Uma vez que a própria lei exige (forma comissiva ou positiva) a licitação, e veda a inexigibilidade (Lei 8666/93, artigo 25, II – (...) vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação), restou aos administradores públicos de má-fé a decomposição do contrato de serviços único de publicidade em pequenas partes.

Ou seja, não se licita o serviço integral da campanha, preferindo-se contratar por peças. Faticamente, a campanha não é quebrada, bastando examinar a unicidade da proposta de identidade visual e a contratação da mesma agência, afiliada ou mesmo profissional para o serviço. A fragmentação é apenas formal, para permitir a dispensa da licitação pelo baixo valor (Lei 8666/93, artigo 24, II c/c artigo 23, II, a).

A burla administrativa incide sobre a legalidade em sentido amplo, ou seja, sobre regras e princípios, em incontestável fraude à licitação, donde não cabe falar em discricionariedade – e sim de sua exorbitância. A finalidade legal cede à escolha pessoal, pelo administrador, do prestador de serviços administrativos.

Outra hipótese de sindicabilidade judicial é a situação de campanhas administrativas de vulto, com veiculação na grande mídia eletrônica, contratadas por um elevado custo. Cabe fazer uma observação: alguns formatos publicitários oferecem uma face jornalística, disfarçando sua real natureza. É o caso de programas de entrevistas curtas com agentes públicos veiculadas periodicamente, com profissionais do jornalismo à frente.

Sendo a veiculação feita através de cadeias de rádio e TV comerciais, com custos comerciais, a feição real é publicidade, não importa o molde que se oferte. Assim, observados os custos totais do orçamento público com ações de promoção da administração, a saber, gastos publicitários; compete ao julgador a reflexão acerca da proporcionalidade envolvida. Isto porque a Administração tem uma racionalidade intrínseca da juridicidade, cujas bases são ainda sua vocação funcional (fins) e seu arcabouço estrutural (meios).

Há de existir um cimento de molde a efetivar essa correlação (fins-meios), e este elemento de integração é a principiologia administrativa. Se a finalidade da administração é realizar o bem comum, e os meios ou recursos envolvem receitas orçamentárias, há que se tratar estas com um o zelo obrigatório do gestor de coisa alheia.

Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, no interesse de outrem, sendo que, este sujeito – o obrigado – para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover (MELLO, 2000, p. 13).

O interesse da sociedade é que deve ser preservado, em detrimento do interesse do administrador. Um possível critério para se verificar a proporcionalidade envolvida nos gastos totais com publicidade no exercício orçamentário-financeiro anual é o sopesamento destes com os investimentos sociais no campo da saúde e educação, que, por certo, devem ser incomparavelmente superiores. Mas, como dito, o exame não deve se ater apenas ao custo de cunho quantitativo, mas, sobretudo qualitativo, a ver, da base de racionalidade proporcional nas escolhas feitas. Fala-se de saúde e educação por serem elementos objetivos de cuidado e vigilância constitucional, transformados em princípios constitucionais sensíveis, podendo a sua violação acarretar intervenção, grave ato político (CF, artigo 34, VII c/c artigo 212).

Em recente controle, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se durante o procedimento de impeachment da presidenta Dilma Rousseff. Segundo o jornal Folha de São Paulo, na editoria Poder:

STF suspende crédito extra de R\$ 100 mi para publicidade da Presidência - O ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Gilmar Mendes determinou a suspensão de crédito extra de R\$ 100 milhões destinados à Presidência da República para gastar mais com publicidade. O ministro concedeu uma liminar (decisão provisória) em uma ação apresentada pelo Solidariedade ao STF questionando a constitucionalidade da medida provisória 772, publicada pelo governo na sexta (29). Essa MP abriu crédito extraordinário de R\$ 180 milhões, sendo R\$ 100 milhões destinados para a Presidência gastar com comunicação institucional e com publicidade de utilidade pública e R\$ 80 milhões para o Ministério do Esporte. O partido afirmou ao STF que a verba seria destinada "a fins pessoais e partidários" em meio à crise política, quando se discute o impeachment da presidente Dilma Rousseff. "Diante deste momento sombrio, estamos nos deparando com todo tipo de práticas espúrias e ilícitas de nossos governantes, visando um único objetivo: a perpetuação do poder", afirmou a legenda, que classificou o uso dos recursos como um "flagrante desperdício de dinheiro público" num momento atípico pelo qual passa o país. Na decisão, Gilmar afirmou

que não entra no mérito sobre o tipo de gasto, mas avalia que essas despesas não correspondem aos critérios previstos pela Constituição para a edição de medida provisória para créditos extraordinários (Falcão, Folha de São Paulo, 01/05/2016).

Por fim, recai o controle do Judiciário sobre as vedações acerca da publicidade administrativa, algumas elencadas no artigo 37, § 1º da Constituição Federal, como a inserção de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. A personalização na publicidade é, entretanto, quase uma regra, sob formatos camuflados. Somente no caso concreto é que o juiz poderia aferir o desrespeito à essa regra.

Exemplo interessante que se coloca é a narrativa da escolha de logomarca do governo federal pelo vice-presidente Michel Temer, pelo mesmo jornal e na editoria Ilustrada:

Marca da administração do presidente interino, Michel Temer, com o lema da bandeira - "Quando entrou na sala, ele olhou e falou 'que lindo', com uma expressão de criança mesmo, verdadeira e emocional. Se uma criança gosta, é porque a gente tem algo puro, tem algo bom na mão. Foi o Michelzinho quem escolheu a marca." Elsinho Mouco, o publicitário por trás da nova identidade visual do governo do país sob comando de Michel Temer, fala extasiado sobre o momento em que o filho de sete anos do presidente interino se encantou pela imagem que seu pai vai usar para simbolizar e vender o atual momento político. Das duas versões mostradas às vésperas do afastamento da presidente Dilma Rousseff a Temer e sua mulher, Marcela, na casa da família em São Paulo, Michelzinho gostou daquela em que a esfera celeste com uma faixa que diz "Ordem e Progresso" flutua sobre a palavra "Brasil" vista em perspectiva, logo abaixo do globo. Esse recurso ao lema da bandeira nacional não é um acaso. Tem a ver com a explosão de verde e amarelo que tomou conta das ruas nos movimentos contra a administração petista, alvo de marchas históricas pelo país, como a que levou meio milhão de manifestantes à avenida Paulista em março, o maior ato político já registrado em São Paulo. Mas mesmo que tenha encantado os Temer num momento fofo dos bastidores do marketing político, o gosto de Michelzinho não reflete as tendências do design atual (MARTI, FOLHA DE SÃO PAULO, 16/05/2016).

O controle dos valores principiológicos é passível de seletividade e porosidade, o que pode tornar o controle jurisdicional um exercício de arbítrio. Aqui, o valor da publicidade é prejudicado em uma leitura sistêmica, pela violação da impessoalidade. No afã de conquistar

o *status* de líderes carismáticos (classificação de poder tipo de weberiano), os políticos brasileiros apelam a diversas estratégias, em dissonância com o modelo constitucional.

Outra norma a ser observada, esta de caráter principiológico, é a máxima informatividade da ação publicitária, o que supõe a máxima veracidade. Assim, o excesso de eufemismo e poetização da realidade, em um quadro supersimplificado e caricatural, deve ser visto com reservas, devido à possibilidade de conduzir a interpretações equivocadas.

Em uma comparação das tipologias normativas de Alexy (regras e princípios) (1997, p. 83) e Dworkin (regras, princípios e políticas) (1978, p. 22-26), teríamos o uso da publicidade administrativa enquanto política diretriz de desmandos e desvirtuamento do princípio-valor constitucional. A discricionariedade da administração não poderia suplantar, no caso, a boa-fé e os direitos dos administrados, *ratio* final administrativa.

Para o momento atual da democracia, importa perceber que as ações publicitárias estão envolvidas nos graves escândalos de corrupção, o que autorizaria pensar em um modelo específico de *compliance* para as empresas de comunicação e publicidade.

O Brasil editou a Lei Anticorrupção para o setor privado (Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), estabelecendo, mesmo que de forma indireta, a necessidade de *compliance* (art. 7º, VIII) e inaugurando um marco legal de governança corporativa. (...) O termo *compliance* designa uma política regulatória anticorrupção para o setor privado em suas relações com o Estado, concebendo um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria para as empresas enquanto setor econômico privado. De forma simples, significa cumprir, obedecer às normas, “estar de acordo” (GÓIS, 2014, p. 99-100).

O CENP (Conselho Executivo das Normas-Padrão), entidade privada criada e organizada com base na legislação brasileira, gerida pelas entidades nacionais representativas das associações e empresas Associação Brasileira de Anunciantes, Associação Brasileira de Agências de Publicidade, Federação Nacional das Agências de Propaganda, Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, Associação Brasileira de Televisão por Assinatura, Associação Nacional de Editores de Revistas, Associação Nacional de Jornais, Central de Outdoor, Associação Brasileira de Mídia Digital *Out Of Home* e *Interactive Advertising Bureau*, editou o Documento de Orientação Ética I, “*Compliance* na publicidade: *Compliance* e proposições éticas na autorregulação da publicidade”, onde tenta equilibrar a

autorregulamentação do setor de mídia e a Lei Anticorrupção para o setor privado. No documento, o CENP recomenda:

- O Conselho de Ética do CENP DEVE sempre buscar soluções conciliatórias e atuar como um instrumento de concórdia entre os agentes em litígio e NÃO PODE, antes disso, emitir nenhuma manifestação sobre situação de *non compliance*.
- Antes de declarar a situação de *non compliance*, tomando as devidas providências estatutárias, o Conselho de Ética DEVE instaurar procedimentos em duas instâncias, a Câmara de Conciliação e Mediação e a Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos, nas quais DEVEM ser sempre oportunizadas aos agentes a ampla defesa e a possibilidade de conciliação.
- Caso, de início, já se verifique a inexistência de problema ético, o presidente do CENP PODE recomendar que o procedimento seja arquivado.
- Por meio de sua Câmara de Conciliação e Mediação, o Conselho de Ética DEVE tentar viabilizar um acordo entre os agentes, de modo que os mesmos retornem, voluntariamente, à situação de *compliance*.
- Caso as tentativas de acordo perante a Câmara de Conciliação e Mediação se revelem infrutíferas, persistindo o conflito ético, o procedimento deverá ser remetido à Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos, na qual os conselheiros votarão, sempre após garantida ampla liberdade de defesa e exposição das razões das partes, para decidir se os agentes estão em situação de *non compliance*.
- O Conselho de Ética NÃO PODE estabelecer multas para os agentes em situação de *non compliance*, tampouco decidir sobre qualquer matéria distinta da interpretação das Normas-Padrão da Atividade Publicitária por falta de competência.
- A atuação do Conselho de Ética é matéria tratada sob sigilo, dela tendo conhecimento apenas e tão somente aqueles que analisam em nome do CENP os fatos apurados, aqueles que os apuram e as partes interessadas, sendo a decisão meramente declaratória de *non compliance* comunicada aos representantes das partes envolvidas na controvérsia e dela dada ciência para os veículos e associações de veículos credenciados junto ao CENP (CENP, 2014, p. 29-30).

A configuração da democracia envolve arranjos novos diante de desafios novos, de forma que o Poder Judiciário é colocado como árbitro dessas questões. Um exemplo desses novos arranjos é a subvenção a blogs políticos, no âmbito da Internet, pelos agentes estatais, com verba pública.

O Judiciário é, assim, não o substituto do administrador, mas da sociedade no controle de seus agentes. De modo que “*os critérios de controle jurisdicional da atuação administrativa não vinculada extraíveis do texto constitucional consistem nos princípios de Direito e na proteção aos direitos fundamentais*” (MORAES, 2004, p. 162).

Os administrados devem passar a ocupar o lugar central nas preocupações e ações administrativas, em outro desafio – da democracia representativa a instrumentos de participação direta - como já ocupam na Constituição e na legislação infraconstitucional. A legalidade, cujo tecido, e tanto a regra como o princípio impõem uma nova compreensão da discricionariedade; e o rearranjo dos Poderes e de seus mecanismos de controle, dentre os quais o principiológico desponta como um dos mais eficientes, exigem dos seus atores um novo conjunto de posturas e reflexões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ *Curso de Direito Constitucional*. 18e. São Paulo: Malheiros, 2006

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

CENP (CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO). *Compliance na publicidade: compliance e proposições éticas na autorregulação da publicidade*. São Paulo, 2014, CENP.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresion. OEA documentos oficiales, 2012.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FALCÃO, Márcio. In: Folha de São Paulo. *STF suspende crédito extra de R\$ 100 mi para publicidade da Presidência*. 01/05/2016. Acesso em: 16/05/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1766725-stf-suspende-credito-extra-de-r-100-mi-para-publicidade-da-presidencia.shtml>>

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de princípios*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

GÓIS, Veruska Sayonara de. *A Lei de Compliance e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro*. In: Revista Controle. Volume XII. Nº2. Dezembro 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARTÍ, Silas. In: Folha de São Paulo. *Marca do governo Temer foi escolhida por Michelzinho, seu filho de 7 anos*. 16/05/2016. Acesso em: 16/05/2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/05/1771597-marca-do-governo-temer-foi-escolhida-por-michelzinho-seu-filho-de-7-anos.shtml>>

MATTERLART, Armand. *História da sociedade da informação*. São Paulo: Loyola, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

RODRIGUES, Adriano Duarte. *Estratégias da comunicação*. 2ed. Lisboa, Portugal: Editorial Presença, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

A RECONDUÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS¹²

THE REASSIGNMENT OF PUBLIC SERVANTS AND THE AUTONOMY OF FEDERATIVE UNITS

ALEX CAVALCANTE ALVES

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNB). Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção em Brasília. Servidor Público na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

RESUMO: A recondução, que consiste no retorno do servidor público estável ao cargo anteriormente ocupado, em razão da reintegração do anterior ocupante ou de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo, reveste-se de grande complexidade quando em sua aplicação prática nas repartições públicas. Por sua vez, a recondução de servidor federal após o exercício de cargo sob regime federal específico ou em outros entes federativos é, dentre os temas específicos no âmbito da recondução, um dos que mais controversia tem gerado ao longo do tempo, especialmente por trazer à tona o debate sobre a autonomia dos entes federativos sob a ótica da gestão de pessoas. O presente artigo pretende tratar tanto da evolução administrativa quanto da jurisprudencial que levaram à construção da interpretação atual sobre a recondução de servidor federal, quando esta se dá após o exercício de cargo sob regime federal específico ou cargo em outros entes federativos.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública; Autonomia federativa; Servidores Públicos Federais; Regime Jurídico; Recondução.

ABSTRACT: The reassignment, which consists in the return of the stable public servant to the position previously occupied, due to the reintegration of the previous occupant or disqualification probationary in relation to another position, is very complex when in its practical application in the public offices. Furthermore, the reassignment of a federal servant after the exercise of a position under a specific federal regime or in other federative units is, among the specific topics in the scope of reassignment, one of the most controversial ones, especially for bringing to the debate the autonomy of federative entities from the point of view of people management. The present article intends to deal with the administrative evolution and the jurisprudence that led to the construction of the current interpretation on the reassignment of federal servants, when this occurs after the exercise of a position under a specific federal regime or in other federative units.

KEYWORDS: Public administration; Federal autonomy; Federal Public Servants; Legal regime; Reconstruction.

¹ As ideias externadas neste artigo são de responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente o ponto de vista das instituições às quais esteja vinculado.

² Artigo elaborado com base em trecho do livro “A recondução do servidor público: doutrina e jurisprudência à luz da Lei 8.112/1990 e da Constituição Federal” (2015), deste autor.

I. INTRODUÇÃO

A recondução é o retorno do servidor público estável ao cargo anteriormente ocupado, em razão da reintegração do anterior ocupante ou de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo. No âmbito do serviço público federal, a primeira hipótese está prevista no art. 41, §2º, da Constituição Federal, e reproduzida no art. 29, inciso II, da Lei nº 8.112/1990. Já a segunda forma de ocorrência está prevista diretamente na Lei nº 8.112/1990, em seus arts. 20, §2º, e 29, inciso I.

Dentre os temas de maior repercussão e polêmica acerca das possibilidades de aplicação do instituto, está a recondução de servidor federal após o exercício de cargo sob regime federal específico ou em outros entes federativos, o que somente restou pacificado após diversos posicionamentos, em sentidos diversos, nas esferas administrativa e judicial, especialmente por envolver diretamente outro instituto previsto na Constituição Federal, que é o da autonomia dos entes federativos.

O tema da coordenação federativa historicamente tem sido objeto de discussões nos campos político e acadêmico, e a gestão administrativa de pessoal, em particular a possibilidade de recondução de servidores públicos federais, certamente não teria condições de resultar em ponto pacífico quando de sua aplicação ao longo das décadas da redemocratização.

O estudo visa descrever, portanto, sob o ponto de vista da evolução administrativa e jurisprudencial, a construção do moderno entendimento do Direito Administrativo Brasileiro sobre a recondução de servidor federal após o exercício de cargo sob regime federal específico ou em outros entes federativos, elencando ainda os pontos de atenção a serem observados quando em sua efetiva aplicação pela Administração Pública Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal.

II. RECONDUÇÃO: CONCEITO

Como visto, a recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, em razão da reintegração do anterior ocupante ou de inabilitação em estágio

probatório relativo a outro cargo, e depende de que o servidor desfrute de estabilidade no serviço público e de que esteja em curso de estágio probatório em novo cargo.

Carvalho Filho define recondução como “o retorno do servidor que tenha estabilidade ao cargo que ocupava anteriormente, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou pela reintegração de outro servidor ao cargo ao qual teve que se afastar” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 624).

No mesmo sentido, Meirelles afirma que “[...] na recondução o servidor estável retorna ao cargo anteriormente ocupado em decorrência de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou de reintegração do anterior ocupante (cf. art. 29 da Lei 8.112/90 [...])” (MEIRELLES, 2014, p. 544).

De igual teor é a definição de Mello, para quem a recondução é “o retorno do servidor estável ao cargo que dantes titularizava, quer por ter sido inabilitado no estágio probatório relativo a outro cargo para o qual subseqüentemente fora nomeado, quer por haver sido desalojado dele em decorrência de reintegração do precedente ocupante” (MELLO, 2012, p. 317).

Por fim, em sentido semelhante ao apontado neste trabalho – resultado da leitura conjugada da Constituição Federal e da lei –, Di Pietro afirma:

“A Constituição dá origem a outra forma de provimento, prevista no artigo 41, §2º; trata-se da recondução, que ocorre como consequência da reintegração, hipótese em que o servidor que ocupava o cargo do reintegrando tem o direito de ser reconduzido a seu cargo de origem. O artigo 29 da Lei nº 8.112/90 prevê também a recondução no caso de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo” (DI PIETRO, 2014, p. 679).

Verificada a conceituação legal e doutrinária de recondução, passa-se à análise de sua aplicação quando no âmbito de regimes jurídicos públicos ou entes federativos distintos.

III. RECONDUÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO ENTRE REGIMES OU ENTES FEDERATIVOS DISTINTOS

III.I. PARECER Nº AGU GQ-125

No Parecer nº AGU GQ-125, aprovado pelo Presidente da República em 28 de maio de 1997, tratou-se do tema da recondução. A Advocacia-Geral da União, além de pronunciar-se pela impossibilidade de recondução por inabilitação a pedido no estágio probatório, asseverou que a estabilidade e a recondução diziam respeito apenas à esfera federal. Assim apontava o parecer:

“O princípio da autonomia das unidades da Federação indica que não seria jurídico nem judicioso condicionar a configuração de direitos no âmbito federal, destarte obrigando a União e demais entidades federais, aos originários de atos administrativos praticados no Estados-membros, no Distrito Federal ou nos Municípios. As conseqüências da vinculação empregatícia, verificada em outros segmentos federativos, somente repercute, nas entidades cujo pessoal é regido pela Lei nº 8.112, quanto à contagem do tempo de serviço, apenas para efeito de aposentadoria, por força de disposição expressa desse Diploma (art. 103, I)” (BRASIL, 1997).

Dessa forma, o parecer externou entendimento de que, em respeito à autonomia das unidades da Federação, não seria possível aplicar-se o instituto da recondução da Lei nº 8.112/1990 para o regresso a cargo federal, após iniciar-se estágio em cargo público de outra unidade federativa.

III.II. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.933/DF (STF)

O Supremo Tribunal Federal, na análise do Mandado de Segurança nº 22.933/DF, ao decidir favoravelmente a pleito de recondução de servidor, considerou o fato de o órgão distrital na controvérsia em questão (Polícia Civil do Distrito Federal) ser mantido pela União. No entanto, a Subprocuradora-Geral da República Anadyr de Mendonça Rodrigues opinou, nos autos, no seguinte sentido:

“11. De outra parte, a exegese restritiva adotada pelas informações, segundo a qual, ao cogitar de ‘servidor’, a Lei nº 8.112, de 1990, quis limitar-se à “... pessoa legalmente investida em cargo público da União, das autarquias ou das fundações públicas federais” – pelo que não haveria espaço para se cogitar da recondução de servidor federal em estágio probatório referente a cargo integrante da estrutura administrativa de outras Unidades da Federação – não tem, *data venia*, qualquer suporte técnico.

12. Ao contrário, não é dado olvidar que o espírito da lei há de ser levado em conta, no alcance do seu exato significado, e não pode ser desprezada a relevante circunstância de que o §2º do art. 20 e o art. 29, I, da Lei nº 8.112, de 1990, deixam a descoberto o manifesto intento protetor com que o legislador pretendeu contemplar o servidor estável que houvesse de se submeter a estágio probatório para se ver provido em outro cargo.

13. Não há razão plausível, pois, para que – distinguindo onde a lei não distinguiu –, ao servidor público federal, estável no serviço público também federal, seja recusado o direito de recondução, tão só porque estágio probatório a que se submeteu diz respeito a cargo não federal” (BRASIL, 1998).

A argumentação da Subprocuradora-Geral da República não destoaria da que viria a ser adotada por órgãos administrativos e judiciais dezesseis anos depois, como se verá a seguir.

III.III. PARECER Nº AGU GQ-196

No âmbito administrativo, sobreveio o Parecer nº AGU GQ-196, aprovado pelo Presidente da República em 3 de agosto de 1999, o qual assinalou contrariamente à possibilidade de recondução de servidor a cargo federal durante o cumprimento de estágio probatório na esfera estadual, com amparo no art. 39 da Constituição Federal, que estatuiu a criação dos Conselhos de Política de Administração e Remuneração de Pessoal para cada ente federativo, e na seguinte fundamentação:

“33. Essa preceituação há de ser entendida como de modo a adstringir-se cada unidade federativa ao regramento da vida funcional dos respectivos servidores, considerando sua individualidade e sem qualquer interferência fática ou de direito na ordem jurídica concernente a outro segmento da Federação, como seria a de admitir-se que ato local, administrativo ou de caráter legislativo, fosse capaz de assegurar direito a seus servidores e, após a desvinculação destes, gerar ônus para outra pessoa jurídica de direito público, o que ocorreria se fosse considerado procedente o pedido de que se cuida.

34. Vinculação desse teor torna-se admissível apenas em sede constitucional, como se verifica, a título de exemplo, no tocante à contagem do tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, para efeitos de aposentadoria e de disponibilidade, nos termos do §3º do art. 40 da Carta Magna. A regra é que a situação funcional, constituída em qualquer unidade federativa, gera efeitos estanques relativamente àquela que ensejou a relação empregatícia e

só mediante lei, em sentido formal, é viável que ela, exclusivamente no que se refere ao regime jurídico do respectivo pessoal, contemple serviços prestados a outras pessoas político-federativas. Essa a linha de raciocínio que norteou a redação do art. 103, item I, da Lei nº 8.112, tanto que, no respeitante à esfera federal, permitiu a repercussão do tempo de serviço prestado em outras entidades de direito público apenas para efeito de aposentadoria.

35. Ainda, serve de suporte a essa proposição o princípio da autonomia das unidades federativas, que desautoriza condicionar-se a configuração de direitos no âmbito federal, destarte obrigando a União e demais entidades federais, aos originários de atos administrativos praticados nos Estados-membros, no Distrito Federal ou nos Municípios” (BRASIL, 1999).

Dessa forma, o Poder Executivo continuou a manter entendimento restritivo sobre o assunto.

III.IV. PARECER Nº AGU GM-13

Ainda na seara administrativa, merece menção a conclusão do Parecer nº AGU GM-13, aprovado pelo Presidente da República em 11 de dezembro de 2000, o qual delimita o alcance da Emenda Constitucional nº 20/1998, que alterou as condições de aposentadoria dos servidores públicos. O documento conclui pela extinção de direitos, desde sua desvinculação da esfera federal, dos ex-servidores da União que, ocupantes de cargos das unidades federativas, assumissem novo cargo na União.

Apesar de esse argumento ter sido utilizado como base por manifestações administrativas que negaram a possibilidade de recondução a cargo federal depois do exercício de cargo em esfera distinta ou regime próprio, entende-se residir nas conclusões do Parecer nº AGU GM-13 um ponto importante para a posterior alteração do entendimento administrativo. Isso porque o documento acabou por concluir pela manutenção da condição de servidor público quando, sem intervalo temporal, o servidor muda de esfera federativa, nos seguintes termos:

“25. Em suma, a investidura de titular de cargo de Estado-membro, do Distrito Federal ou de Município em cargo federal inacumulável não restabelece direitos que tenham sido adquiridos em decorrência de cargo anteriormente exercido na União e extintos com a desvinculação. O tempo de contribuição ou de serviço prestado às primeiras

unidades federativas é considerado para efeito de aposentadoria.

26. Os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor público federal subsistem quando este é empossado em cargo não passível de acumulação com o ocupado na data da nova investidura, pertencendo os dois à mesma pessoa jurídica.

27. A posse e a exoneração, cujos efeitos vigem a partir de uma mesma data, mesmo que envolvendo diferentes segmentos federativos, não proporcionam descontinuidade na qualidade de servidor público, de modo a elidir o amparo do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20, de 1998” (BRASIL, 2000).

A manutenção da qualidade de servidor público é condição fundamental para permitir para a recondução entre esferas distintas.

III.V. DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E NOTA Nº AGU MC-11/2004

No sentido da possibilidade de recondução após exercício de cargo em esfera distinta, o Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 350/2001 – Plenário, adotada em 6 de junho de 2001, reconduziu dois servidores daquela corte de contas que haviam assumido novo cargo após aprovação em concurso público no Tribunal de Contas do Estado de Goiás, diante de liminar que suspendeu a eficácia daquele concurso.

No âmbito do Poder Executivo, a Nota nº AGU MC-11/2004, de 24 de abril de 2004, aprovada pelo então Advogado-Geral da União em 4 de maio de 2004, apontou, em leitura restritiva, a impossibilidade de recondução não só do servidor que deixou cargo federal para ocupar cargo de outra esfera, como também daquele que ingressou em cargo submetido a regime específico, ainda que da esfera federal.

“6. [...] na hipótese de posse em cargo inacumulável de outra entidade de direito público interno ou da sua Administração Indireta, se inacumulável, determina a vacância daquele mas não resguarda os eventuais efeitos de recondução anterior porquanto a vinculação entre o servidor e a Administração, neste caso, estabeleceu-se com pessoa distinta, não se podendo, então, compelir pessoa diversa por ato de outra, pena de infração à autonomia constitucional ou legal. Daí a necessidade formal da exoneração e, então, a justificação lógica dela (art. 20, §2º, Lei 8.112).

7. Para esse efeito, portanto, o vínculo com a Administração esgota-se nos limites da autonomia da pessoa jurídica à qual o servidor presta sua colaboração, tanto quanto os direitos daí decorrentes que a lei não tenha expressamente ressalvado” (BRASIL, 2004).

Não obstante o pronunciamento da AGU, o Tribunal de Contas da União manteve a coerência de seus pronunciamentos. Em 19 de abril de 2006, o Plenário do TCU adotou o voto do Ministro-relator Ubiratan Aguiar no âmbito do Acórdão nº 569 – Plenário, no qual, amparado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela Decisão nº 350/2001 – Plenário, dentre outras questões de atos de pessoal analisadas, concluiu pela legalidade da situação de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região que, após ter desistido de cumprir estágio probatório no cargo de Auditor da Secretaria da Fazenda do Estado do Piauí, foi reconduzido por aquele Tribunal Regional.

III.VI. Mandado de Segurança nº 12.107/DF STJ

Ainda em 2006, no entanto, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça denegou Mandado de Segurança impetrado por Juiz do Trabalho que pretendia ver declarada a vacância no cargo de Advogado da União que exercia anteriormente, e do qual, tendo requerido vacância, teve publicada “exoneração a pedido”.

“MANDADO DE SEGURANÇA. VACÂNCIA. ART. 33, VIII, LEI 8.112/90. DIVERGÊNCIA DE REGIME JURÍDICO ENTRE OS CARGOS. ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

A declaração de vacância, por posse em outro cargo inacumulável (art. 33, VIII, Lei nº 8.112/90), é viável quando não ocorre diversidade de regime jurídico entre os cargos. *In casu*, o regime jurídico do cargo de Advogado da União difere-se do regime relativo à Magistratura. Ordem denegada.”

(Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Acórdão. Mandado de Segurança nº 12.107/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 de novembro de 2006. DJ: 18 dez. 2006).

A decisão considerou que, apesar de se tratarem de cargos públicos da mesma esfera, a diversidade de regimes jurídicos (Lei nº 8.112/1990, para os Advogados da União, versus Lei Complementar nº 35/1979, para os Magistrados) não permitiria a declaração de vacância de

um servidor que deixasse cargo regido pela Lei nº 8.112/1990 para assumir cargo de outro regime.

Sequer a vacância sendo admitida, não haveria, diante da interpretação da Terceira Seção do STJ, de se falar em recondução entre regimes jurídicos distintos dentro da mesma esfera, restrição que certamente se estenderia às esferas distintas, cujas carreiras são reguladas por lei específica da respectiva unidade da federação.

Cabe menção ao artigo de Babilônia (2008, p. 222), publicado nesse ínterim, no qual aquele autor, membro da advocacia pública, sustenta que a Lei nº 8.112/1990, ao tratar da recondução, não apontou distinção entre cargos públicos de entes federativos diversos ou de regimes diversos, o que impediria a Administração de obstar o direito de regresso do servidor ao seu cargo anterior, infligindo-lhe condições não previstas em lei.

III.VII. O PARECER Nº AGU JT-03 E A INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Em 27 de maio de 2009, a Administração Pública consolidou posicionamento sobre a matéria, com a adoção, pelo Presidente da República, do Parecer nº AGU JT-03, o qual adotou a manifestação do Advogado da União João Gustavo de Almeida Seixas, que, por meio da Nota Técnica nº DECOR/CGU/AGU-108/2008, defendeu que o vínculo do servidor estável com o cargo anteriormente ocupado só se extinguiria com a estabilidade no novo cargo, e que é possível a aplicação da recondução quando o novo cargo seja de diferentes entes federativos ou da União, mas sujeito a regime próprio.

Na referida Nota Técnica, o advogado público assinalou:

“40. Com efeito, além do fato de o art. 20, I, da Lei nº 8.112/90, não fazer menção expressa a ‘cargo federal’, entendo que a autonomia dos entes federativos não restaria malferida com a recondução em comento. É preciso observar que a Lei nº 8.112/90 permite a recondução tão-somente para os quadros do serviço público federal, ou seja, para os quadros da União. Tal diploma não prevê que os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios deverão aceitar o reingresso de servidores da União ou de outros entes por meio da recondução, hipótese em que, sem sombra de dúvida, estaria caracterizada a ofensa à liberdade desses de legislar sobre matéria de pessoal. Em outras palavras, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União impõe apenas à União o dever de promover a

recondução de servidores, dever este que, ao meu aviso, não produzirá qualquer reflexo nos demais entes da Federação.

41. Por outro lado, é pacífico na doutrina e jurisprudência, como visto linhas acima, que o vínculo entre a União e o servidor que tenha adquirido a estabilidade só se extingue quando ele se torna estável em cargo inacumulável de outra unidade federativa. Assim, mesmo que esse servidor federal estável tenha ingressado posteriormente em cargo inacumulável municipal, estadual ou distrital, remanescerá sua ligação, ainda que tênue, com o serviço público federal, até o momento em que, confirmado no estágio probatório que diz respeito ao novo cargo, ele adquira a estabilidade correspondente. Enquanto isso não ocorrer, será possível a recondução” (BRASIL, 2008).

Diante desses fundamentos, que lastrearam o Parecer nº JT-03, ficou claro não existir ofensa à autonomia dos entes federativos quando deferida a recondução a cargo federal anteriormente ocupado. Trata-se da Administração Pública Federal imputando obrigações tão somente a ela própria, como Babilônia (2008, p. 225) concluiu em seu artigo sobre o tema:

“[...] o reconhecimento do direito de recondução do servidor da União que requer vacância para ocupar cargo inacumulável em outro ente da federação não ofende o princípio da autonomia dos entes federados, haja vista que tal direito foi adquirido no âmbito da própria União e é exercido perante ela própria; em nada interferindo ou comprometendo o outro ente, já que não lhe gera qualquer natureza de obrigação” (BABILÔNIA, 2008, p. 225).

Não havendo ofensa à autonomia, por se tratar a recondução do servidor federal de obrigação própria da União, é respeitado papel ideal da União na coordenação federativa, como define Fernando Luiz Abrucio:

“A atuação coordenadora do governo federal ou de outras instâncias federativas não pode ferir os princípios básicos do federalismo, como a autonomia e os direitos originários dos governos subnacionais, a barganha e o pluralismo associados ao relacionamento intergovernamental e os controles mútuos” (ABRUCIO, 2005, p. 46).

A respeito dos cargos da União com regime especial ou estatuto próprio, o Parecer nº JT-03 apontou que a Lei nº 8.112/1990 é aplicada subsidiariamente, incidindo no que não conflitar com a legislação específica do cargo. Conclui o parecer no sentido de que, “se o estatuto de determinado cargo federal não prevê o instituto da recondução, deverá ser aplicada

a regra geral da recondução prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União” (BRASIL, 2008).

A aprovação do Parecer nº AGU JT-03/2009 revogou a Nota nº AGU/MC-11/2004, de 24 de abril de 2004, cujo entendimento pela impossibilidade de recondução a cargo federal de servidor que assumira cargo em esfera distinta restou superado. O teor do referido Parecer foi reiterado por diversas manifestações administrativas, como a Nota Técnica nº 565, de 12 de novembro de 2009, da Coordenação Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a qual concluiu pela possibilidade de que o instituto da recondução fosse aplicado mesmo que o novo cargo, no qual houve inabilitação, pertença a esfera estadual, distrital, municipal ou a regime específico da esfera federal.

Ainda amparada pelo Parecer nº AGU JT-03/2009, a mesma área, por meio da Nota Técnica nº 243, de 11 de março de 2010, manifestou-se pela concessão de vacância a Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, com vistas a resguardar a possibilidade de recondução a esse cargo, diante de sua posse como Auditor do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Em 26 de maio de 2010, aquela coordenação emitiu a Nota Informativa nº 305/2010, pela qual afirmou ser aplicável o instituto da vacância “ao servidor que sendo detentor de um cargo público na esfera federal tomou posse em outro cargo inacumulável, independentemente da esfera de poder” (BRASIL, 2010). Na Nota Informativa, foi apresentado quadro com as situações passíveis de vacância ou exoneração para o servidor estável e para o não estável, a depender da nova situação funcional do servidor (União, esfera distinta ou emprego público), e a interpretação daquela área sobre a possibilidade ou não de recondução dos servidores em cada combinação de fatos.

Note-se que o quadro, que serve para a consulta rápida pelos órgãos de recursos humanos do Poder Executivo, reitera que, nos casos de assunção de emprego público ou privado pelo servidor estável, haverá quebra de vínculo com a Administração, sendo possível somente a exoneração e ficando impossibilitada a recondução, com o que se concorda.

Isso porque, com o devido respeito às decisões judiciais e artigos acadêmicos que sustentam entendimento diverso, ainda que o servidor tenha tomado posse em emprego público, o instituto da recondução depende de inabilitação no estágio probatório do novo cargo.

A legislação é clara ao afirmar que o estágio probatório é aplicável aos ocupantes de cargos públicos, mas não é tão cristalina quanto ao regime celetista dos empregos públicos. Logo, seria questionável aplicar a recondução ao servidor exonerado para assumir emprego público celetista que não esteja submetido ao estágio probatório em período similar ao aplicável aos cargos públicos.

Entende-se que só seria possível estender aos empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho a manutenção do vínculo com a situação de estabilidade no cargo anteriormente ocupado caso submetidos a estágio probatório nas entidades públicas em que prestam seus serviços.

III.VIII. O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.576/DF STJ E A REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à possibilidade de recondução após o exercício de cargo em esfera distinta ou em regime específico da esfera federal, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 24 de fevereiro de 2014, reviu o entendimento externado em 2006 no âmbito do Mandado de Segurança nº 12.107/DF.

A revisão ocorreu na deliberação do Mandado de Segurança nº 12.576/DF, o qual trata de situação em que o impetrante requereu vacância do cargo de Procurador Federal, em razão de ter tomado posse no cargo de Procurador do Estado do Espírito Santo, mas teve publicada exoneração, o que motivou o servidor a buscar a tutela judicial por enxergar como líquido e certo seu direito à recondução posteriormente pleiteada, o que foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, o Ministro-relator Sebastião Reis Junior alinhou-se ao entendimento de que o vínculo originário com o serviço público somente se encerra com a aquisição de estabilidade no novo cargo. Apontou ainda que não haveria de se falar em ofensa à autonomia federativa, importando o regime no qual se adquiriu a estabilidade originária ser o da Lei nº 8.112/1990, e não o do cargo superveniente, uma vez que a recondução será feita ao cargo de origem. O relator apontou, ainda, que:

“[...] não se deve impor ao servidor público federal abrir mão do cargo no qual se encontra estável, quando empossado em outro cargo público inacumulável de outro regime jurídico, antes de alcançada a nova estabilidade, por se tratar de situação temerária, diante da possibilidade de

não ser o agente público aprovado no estágio probatório referente ao novo cargo” (BRASIL, 2014).

Dessa forma, com a edição do Parecer nº AGU JT-03/2009 e o julgamento do Mandado de Segurança nº 12.576/DF, restou pacificado o entendimento administrativo e judicial vigente sobre a possibilidade de recondução ao cargo federal anteriormente ocupado após o exercício de cargo nas esferas estadual, distrital ou municipal, bem como em regimes específicos da esfera federal.

IV. CONDIÇÕES GERAIS A OBSERVAR PARA A EFETIVAÇÃO DA RECONDUÇÃO

Quanto à possibilidade de recondução por inabilitação, a pedido (desistência), durante o estágio probatório do novo cargo, esta foi reconhecida após diversos embates nas esferas administrativa e judicial. Foram emblemáticas as decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 22.933/DF (relator: Ministro Octavio Gallotti), nº 23.577/DF (relator: Ministro Carlos Velloso) e nº 24.271/DF (relator: Ministro Carlos Velloso). Tal faculdade somente foi pacificada na via administrativa com a publicação da Súmula nº 16, de 19 de junho de 2002, editada pela Advocacia-Geral da União.

Há que se observar, ainda, o prazo para efetivar o pedido de recondução. Com a estabilidade no novo cargo, estará encerrada a relação que se possuía com o cargo anterior, e que viabilizava a recondução. E a prévia inabilitação no estágio probatório é requisito para a recondução.

O prazo de estágio probatório, ao menos na esfera federal, é atualmente considerado de três anos, por força do entendimento vigente em âmbito judicial e administrativo, que reconhece a ligação intrínseca entre estabilidade e estágio probatório, apontando que a alteração constitucional do prazo para aquisição de estabilidade para três anos teria impactado no período de estágio probatório da Lei nº 8.112/1990, entendimento do qual este autor diverge quanto ao mérito.

Apesar de haver manifestação da AGU no sentido de que o prazo para formalizar a recondução é de até 120 dias após a inabilitação, recorda-se que tal inabilitação exonera o

servidor do cargo que ocupa e, decorrido prazo considerável entre tal inabilitação e a recondução, o servidor estaria fora do serviço público por até 120 dias.

Dessa forma, entende-se, em sentido diferente do apontado pela manifestação da AGU, que, por cautela, devem coincidir a data do ato que declara a inabilitação no estágio do novo cargo e a data que reconduz o servidor ao cargo anterior, medida que exige interação prévia do servidor com as coordenações de recursos humanos de ambos os entes públicos envolvidos, e também a articulação entre os dois órgãos. Isso, por óbvio, antes que se alcance três anos de estágio probatório no novo cargo, se outro não for o prazo estabelecido pela lei do ente federativo ou do órgão federal de regime distinto.

V. CONCLUSÃO

O trabalho se dedicou ao estudo da recondução, uma das formas de provimento de cargo público, a ser preenchido por servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, notadamente em sua ocorrência após o exercício de cargo nas esferas estadual, distrital ou municipal ou em regime federal específico.

O assunto só ganhou entendimento administrativo consolidado em 2009, com a adoção, pelo Presidente da República, do Parecer nº AGU JT-03, o qual adotou a manifestação do Advogado da União João Gustavo de Almeida Seixas no sentido de que o vínculo do servidor estável com o cargo anteriormente ocupado só se extinguiria com a estabilidade no novo cargo, e que é possível a aplicação da recondução quando o novo cargo seja de diferentes entes federativos ou mesmo da União, mas sujeito a regime próprio.

O Parecer nº JT-03 deixou claro que não há ofensa à autonomia dos entes federativos quando deferida a recondução a cargo federal anteriormente ocupado. Isso por se tratar da Administração Pública Federal imputando obrigações tão somente a ela própria. No âmbito do Poder Judiciário, tal possibilidade foi reconhecida em 2014, com o julgamento, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, do Mandado de Segurança nº 12.576/DF (relator: Ministro Sebastião Reis Junior).

Cabe salientar que seria questionável aplicar a recondução ao servidor exonerado para assumir emprego público celetista que não esteja submetido ao estágio probatório em período similar ao aplicável aos cargos públicos. Entende-se que só seria possível estender aos

empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho a manutenção do vínculo com a situação de estabilidade no cargo anteriormente ocupado caso submetidos a estágio probatório nas entidades públicas a que estão vinculados, apesar da existência de decisões judiciais em sentido diverso do entendimento do autor.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 24, p. 41-67, jun. 2005.

ALVES, Alex Cavalcante. *A recondução do servidor público: doutrina e jurisprudência à luz da Lei 8.112/1990 e da Constituição Federal*. Salto (SP): Schoba, 2015.

BABILÔNIA. Paulo Álvares. As causas de vacância do cargo público e o direito de recondução do servidor público. *Revista da AGU*, Brasília, ano VII, n. 17, pp. 207-226, jul./set. 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n° GQ-125, de 9 de maio de 1997. Advogado-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8304>>. Acesso em: 13 maio 2014.

_____. Advocacia-Geral da União. Parecer n° GQ-196, de 3 de agosto de 1999. Advogado-Geral da União. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/93/1999/196.htm>>. Acesso em: 13 maio 2014.

_____. Advocacia-Geral da União. Parecer n° GM-13, de 11 de dezembro de 2000. Advogado-Geral da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/parecer_gm13.htm>. Acesso em: 5 maio 2014.

_____. Advocacia-Geral da União. Enunciado n° 16 da Súmula da AGU, de 19 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 3 maio 2014.

_____. Advocacia-Geral da União. Nota nº AGU/MC-11/2004, de 29 de abril de 2004. Aprovada pelo Advogado-Geral da União em 5 de maio de 2004 e revogada em 2 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

_____. Advocacia-Geral da União. Parecer nº JT-03, de 27 de maio de 2009. Advogado-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/212473>>. Acesso em: 1 maio 2014.

_____. Advocacia-Geral da União. Nota DECOR/CGU/AGU nº 117/2009-JGAS, de 26 de junho de 2009. Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos. Disponível em: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacaoAvancada/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=6917>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais e de Revisão posteriores. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 maio 2014.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 1 maio 2014.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Ofício-Circular nº 41/SRH-MP, de 23 de julho de 2001. Secretaria de Recursos Humanos.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Nota Técnica nº 565/2009/COGES/DENOP/SRH/MP, de 12 de novembro de 2009. Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Nota Técnica nº 243/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, de 11 de março de 2010. Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Nota Informativa nº 305/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, de 26 de maio de 2010. Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Acórdão. Mandado de Segurança nº 12.107/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 de novembro de 2006. DJ: 18 dez. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Acórdão. Mandado de Segurança nº 12.576/DF. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. DJ: 3 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão. Mandado de Segurança nº 22.933/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 26 de junho de 1998. DJ: 13 nov. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão. Mandado de Segurança nº 23.577/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 15 de maio de 2002. DJ: 14 jun. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão. Mandado de Segurança nº 24.271/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 28 de agosto de 2002. DJ: 20 set. 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão nº 350/2001. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 6 jun. 2001.

_____. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 569/2006. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Revisor: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 19 abr. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes (atualiz.: ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel). Direito administrativo brasileiro. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

EXPROPRIATORY REGULATIONS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW

MAÍRA VALENTIM DA ROCHA

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

RESUMO: Este trabalho visa a analisar, à luz da constitucionalização do Direito Administrativo, as regulações expropriatórias, ou seja, a atividade reguladora do Estado que acaba por esvaziar a propriedade de sua utilidade ou valor econômico. A partir de breve exame sobre as características e efeitos da constitucionalização no Direito Administrativo, bem como sobre a proteção conferida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao direito de propriedade, será tratada a atividade regulatória do Estado, dando ênfase à necessidade de uma renovação no tratamento jurídico-normativo da atividade expropriatória. Depois, serão investigadas as teses já elaboradas pela doutrina acerca das regulações expropriatórias. Serão ainda abordadas as contribuições da vasta doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos sobre expropriações regulatórias. Será, então, examinada a evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre as regulações expropriatórias, demonstrando-se que o tema ainda é controvertido na jurisprudência nacional e internacional. Em que pese não ter ainda a doutrina identificado critérios seguros para a identificação da caracterização de uma regulação como expropriatória, e nem mecanismos de limitação da atuação estatal nesses casos, constata-se que é possível a configuração de expropriação através de regulações, caso em que a regulação caracterizará desapropriação indireta, devendo receber o tratamento adequado.

PALAVRAS-CHAVES Regulações expropriatórias; Constitucionalização do Direito Administrativo; Atividade regulatória; Direito de propriedade; Desapropriação indireta.

ABSTRACT: This essay aims to analyze, considering the constitutionalization of Administrative Law, the regulatory expropriations, in other words, the regulatory activity of the State that ends up deflating property's utility or economic value. From a brief review over the particulars and effects of the constitutionalization of Administrative Law, as well as over the protection granted by the Brazilian law to the property right, it will be studied the State's regulatory activity, focusing on the need of a renewal of the legal and normative handling of the taking activity. Afterwards, the theses already formulated by the scholars will be investigated. The contribution of the vast literature and jurisprudence of the United States will be also studied. Then, it will be examined the evolution of the understanding of the Brazilian Superior Court and the Federal Court of Justice over the regulatory expropriations, evidencing that the subject is still controversial in national and international jurisprudence. Although there have not been established safe criteria to identifying the configuration of a regulation as expropriatory, nor mechanisms for limiting State acting in these cases, this study endorses that it is indeed possible the setting of expropriation through regulatory activity, and, in this case, regulation will mean indirect taking, requiring the appropriate treatment.

KEYWORDS: Regulatory expropriations. Constitutionalization of Administrative Law. Regulatory activity. Property right. Indirect taking.

I. INTRODUÇÃO

A ideia de soberania é inerente ao Estado tal como o conhecemos hoje e está intimamente ligada à noção de poder político do Estado. Segundo Clóvis Beviláqua, “a soberania é noção de Direito Público Interno. É esse o Direito que nos diz como o Estado se constitui, que princípios estabelece para regular a sua ação, e que direitos assegura aos indivíduos [...]” (BEVILÁQUA, 1939, p. 56-57).

Ao mesmo tempo em que abrange a noção de potestade estatal, a soberania se legitima no poder do povo constituído em uma nação, na medida em que se constituem as bases políticas e jurídicas de um Estado.

Nesse sentido, De Plácido e Silva (2014) conclui: “Soberania nacional e soberania do povo, assim, são expressões equivalentes, a qual se exerce pelos órgãos políticos, a que se comete a autoridade suprema de dirigir e governar a Nação”.

Tendo em vista a soberania do povo como elemento legitimador e constitutivo da potestade estatal, não se pode nunca perder de vista a razão de ser dessa potestade, qual seja, servir aos objetivos coletivos que embasaram a sua constituição. O exercício da potestade estatal, portanto, só se justifica na medida em que garante o bem estar da coletividade que a constitui, devendo ser evitados os excessos que fujam a esse propósito.

A esse respeito, André Rodrigues Cyrino afirma:

A limitação da potestade estatal — em suas variadas manifestações — sempre esteve no centro dos objetivos do direito, e deve fazer parte da agenda de investigação de todos os seus estudiosos. É preciso ser hábil para impor limites ao Estado diante de suas inovadoras e criativas manifestações de força. (CYRINO, 2014, p. 200 e p. 201).

A necessidade de atenção do direito à limitação da potestade estatal, conforme aponta o supracitado autor, se dá em razão da constante criação, pelo Estado, de novas manifestações de força capazes de atingir o núcleo de determinados direitos fundamentais do indivíduo.

Dentre os mecanismos de manifestação de força do Estado está o poder de regular, considerado uma das faces mais atuais do poder estatal (CYRINO, 2014, p. 201).

André Rodrigues Cyrino ressalta que a função regulatória “é um dos principais meios de revelação da potestade estatal contemporânea, e talvez uma das que mais demande imposição de renovados limites” (CYRINO, 2014, p. 201).

Conforme leciona Gustavo Binênbojm (2010), a função regulatória do Estado, que tem previsão genérica no art. 174 da Constituição Federal, “consiste no conjunto de estratégias de intervenção na economia voltadas à conformação ou à indução do comportamento dos agentes econômicos para a consecução de fins socialmente desejáveis”.

E, como mecanismo de manifestação da potestade estatal, há situações em que a regulação é utilizada pelo Poder Público de forma a não apenas condicionar o exercício de um direito ou delimitar a sua abrangência. Há casos em que a pretensão regulatória ultrapassa esses limites a que se deveria propor, e acaba por atingir o conteúdo essencial do direito de propriedade (BINENBOJM, 2010).

Gustavo Binênbojm (2010) já havia tratado dessas situações em que a regulação adquire caráter expropriatório, em seu artigo intitulado “Regulações Expropriatórias”, publicado em 2010. Nessa ocasião, o autor propôs como critério para a identificação de uma regulação expropriatória a intensidade do sacrifício imposto, a partir de uma análise de proporcionalidade.

Em seu artigo “Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria”, publicado em 2014, André Rodrigues Cyrino retoma o tema e indica a necessidade de novos critérios, além da aplicação do dever de proporcionalidade, ponderação de interesses, concordância prática, limites imanentes, etc., para que se identifiquem as “exorbitâncias materiais da regulação” (CYRINO, 2014, p. 199-235).

Neste artigo, será dada atenção especial a esses casos que a doutrina atual tem chamado de regulações expropriatórias, quais sejam, aqueles casos em que o Poder Público, utilizando-se do mecanismo da regulação, acaba por expropriar, ou seja, acaba por atingir o núcleo do direito à propriedade em suas diversas manifestações.

Em seu artigo supracitado, André Cyrino aponta para a necessidade de desenvolvimento de “uma teoria apta a encarar o sacrifício de direitos por meio da regulação, tendo-se em consideração a vedação ao confisco e os limites constitucionais à tomada de bens” (CYRINO, 2014, p. 205).

Longe de pretender desenvolver a complexa teoria para a qual aponta o ilustre autor, este artigo almeja compilar algumas observações feitas por autores que trataram das

regulações expropriatórias, bem como apresentar o tratamento dado ao tema pela jurisprudência.

Primeiramente, será feita uma análise do atual contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, sendo certo que um fenômeno ou instituto não pode ser estudado sem que se leve em consideração o contexto em que se desenvolve. Nesse ponto, serão abordados os ensinamentos de autores como Luís Roberto Barroso e Gustavo Binimbojm acerca do processo de constitucionalização pelo qual vem passando o Direito, com foco na caracterização da constitucionalização do Direito Administrativo, notadamente no que concerne ao questionamento dos paradigmas tradicionais desse ramo do Direito e na centralidade que passam a ocupar a dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais à luz da forte incidência dos princípios constitucionais.

Em seguida, será tratada a atividade regulatória do Estado, partindo de uma abordagem sobre o surgimento das agências reguladoras no Brasil e sobre as características dessas entidades, para então tratar da importância de haver um controle sobre a atividade regulatória do Estado.

Nos tópicos seguintes, será desenvolvida a ideia de regulação expropriatória, com enfoque na configuração do caráter expropriatório de uma regulação. Para isso, será primeiramente estudada a proteção conferida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao direito à propriedade, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental. A partir dessa compreensão, será tratada a necessidade de se dar novo tratamento à atividade expropriatória do Estado nas suas diversas formas, à luz da nova relação que se coloca entre Administração Pública e administrado e do contexto de maior proteção aos direitos fundamentais, ensejado notadamente pela constitucionalização do Direito Administrativo.

Por fim, será estudada a doutrina sobre regulações expropriatórias, com o objetivo de delinear um entendimento sobre o tema, sendo esse estudo cotejado com a análise da jurisprudência pertinente, visando à obtenção de uma noção do tratamento atual do assunto a partir da evolução do entendimento dos tribunais.

No que concerne à doutrina brasileira sobre regulações expropriatórias, serão abordados notadamente os entendimentos Gustavo Binimbojm e André Cyrino, que trataram de forma aprofundada sobre o tema seus respectivos artigos.³ Serão ainda abordadas a

³ Os artigos referidos nessa passagem são, respectivamente: BINENBOJM, Gustavo. **Regulações Expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010 e CYRINO, André Rodrigues. **Regulações**

doutrina e jurisprudência sobre expropriações regulatórias nos Estados Unidos, tendo em vista a contribuição que a grande experiência sobre o assunto naquele país pode trazer para o aperfeiçoamento dos estudos sobre as regulações expropriatórias no Brasil.

II. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é ramo altamente dinâmico do Direito, e isso se deve à necessidade de que os seus conceitos e institutos acompanhem as constantes transformações pelas quais passam a sociedade, o Estado, e as relações entre o Poder Público e os administrados. Segundo Egon Bockmann e Berardo Strobel Guimarães:

Estudar o Direito Administrativo é estudar o Direito Constitucional em ação; é estudar o “estatuto jurídico do político” (Gomes Canotilho) quando de sua aplicação dinâmica aos fatos da vida. Aqui se exige do jurista uma compreensão que leve em conta não só aquilo que foi tornado célebre em decorrência de sua alta qualidade científica, mas também a tentativa de construção do novo. (MOREIRA; GUIMARÃES, 2008, p. 594).

A evolução pela qual vem passando o Direito como um todo e inclusive o Direito Administrativo vem sendo recentemente chamada pela doutrina de “constitucionalização”.

Segundo Luís Roberto Barroso (2008, p. 32), a constitucionalização do direito “está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Como resultado desse processo, ressalta o i. autor que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.

Ao tratar da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil, Luís Roberto Barroso (2008, p. 47) aponta como circunstâncias que contribuíram para esse processo: a existência de grande quantidade de normas constitucionais destinadas a disciplinar a Administração Pública; as transformações pelas quais passou o Estado brasileiro nos últimos anos; e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do Direito

Expropriatórias: apontamentos para uma teoria. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

Administrativo. O autor destaca como o elemento mais decisivo para a constitucionalização do Direito Administrativo a incidência dos princípios constitucionais, sobretudo os de caráter geral, no Direito Administrativo (BARROSO, 2008, p. 49).

De fato, no âmbito do Direito Administrativo, esse processo evolutivo tem trazido repercussões peculiarmente perceptíveis, sendo certo, para boa parte da doutrina⁴, que alguns dos conceitos basilares clássicos do Direito Administrativo têm sido questionados.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais tomaram papel central nesse ramo do Direito, o que transformou as relações entre a Administração Pública e o administrado, com a reformulação de paradigmas tradicionais (BARROSO, 2008, p. 49).

Nesse sentido, ao tratar da “crise dos paradigmas do direito administrativo”, Gustavo Binenbojm (2008, p. 6-7) lista “quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontram em xeque na atualidade, diante de transformações decorrentes da nova configuração do Estado democrático de direito”: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; a intangibilidade do mérito administrativo; e a ideia de um poder Executivo unitário.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008, p. 7), o agente condutor básico da superação dessas noções acima listadas é a constitucionalização do direito administrativo, através da adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos a pautar a atuação da Administração Pública.

O processo de constitucionalização, portanto, está diretamente ligado a essa evolução do Direito Administrativo que tem dado ensejo ao questionamento sobre vários dos seus institutos e noções clássicas. Na verdade, a constitucionalização é a principal causa do que Gustavo Binenbojm chama de “crise dos paradigmas do direito administrativo”, na medida em que determina que a atuação da Administração Pública passe a estar vinculada não mais estritamente à lei, mas essencialmente à Constituição, notadamente às suas normas sobre o sistema democrático e os direitos fundamentais. Cria-se, com isso, uma nova axiologia, colocando elementos como direitos fundamentais e democracia acima de noções como supremacia do interesse público sobre o interesse privado e legalidade estrita.

⁴ Nesse sentido: Gustavo Binenbojm; Patrícia Ferreira Baptista; Luís Roberto Barroso.

Tratando do tema, Gustavo Binimbo aponta algumas consequências do processo de constitucionalização do Direito Administrativo e da crise dos paradigmas do direito administrativo. Aqui, cabe ressaltar duas das consequências apontadas pelo autor, quais sejam:

(ii) a definição do que é o interesse público, e de sua proclamada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;

(...)

(iv) a noção de um Poder Executivo unitário cede espaço a uma miríade de autoridades administrativas independentes, denominadas entre nós, à moda anglo-saxônica, agências reguladoras independentes, que não se situam na linha hierárquica direta do Presidente da República e dos seus Ministros. A pedra de toque dessa independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras em relação ao governo é a independência política dos seus dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, e investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de sua exoneração ad nutum pelo Presidente – tanto aquele responsável pela nomeação, como seu eventual sucessor, eleito pelo povo. À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito. (BINENBOJM, 2008, p. 7).

A primeira das consequências acima destacadas, qual seja, a submissão da noção de supremacia do interesse público sobre o privado a um juízo de ponderação proporcional no caso concreto, levando em consideração os direitos e valores constitucionalmente tutelados, será utilizada adiante, na construção do raciocínio sobre a caracterização das regulações expropriatórias.

Por ora, será tratada a segunda consequência supramencionada, ou seja, a substituição da noção de um Poder Executivo unitário pela de um complexo de autoridades administrativas, com o surgimento das agências reguladoras.

III. ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO

III.I. ENTIDADES REGULADORAS NO BRASIL – HISTÓRICO E NOÇÕES DE AGÊNCIAS REGULADORAS

O modelo das Agências Reguladoras ingressou no cenário nacional brasileiro com o processo de desestatização ocorrido na década de 1990, que foi consequência da crise do modelo do Estado do Bem-Estar Social no Brasil, verificada na década de 1980. A esse respeito, Patrícia Baptista leciona:

No início dos anos oitenta do século XX, o modelo do Estado do Bem-Estar Social no Brasil já dava claros sinais de crise: perda da capacidade de investimento do Estado, deterioração dos serviços públicos prestados à população, elevado endividamento público, inflação descontrolada, recessão etc. Ao longo da “década perdida”, esse cenário aprofundou-se de tal forma que, no começo dos anos noventa, não parecia haver outra saída ao país que não promover uma mudança no modelo de Estado até ali existente, à semelhança do que já se passava então na maior parte da Europa. (BAPTISTA, 2015, p. 59).

Assim, a transição do Estado Social brasileiro - um Estado prestador de quase todos os serviços públicos e executor direto de diversas atividades econômicas - para um Estado Regulador deu-se no início dos anos 90 em razão do contexto vivido pelo país na década anterior.

Tratando desse processo, Luís Roberto Barroso (2008, p. 48) aponta que “a diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial”.

Com essa mudança na forma de atuação do Estado, tornou-se necessária uma reconfiguração da Administração Pública no sentido do exercício do papel de regular (BAPTISTA, 2015, p. 59-60). Ao tratar do tema, Patrícia Baptista traz o conceito dessa atividade regulatória:

Regular — não parece excessivo recordar aqui — é muito mais do que apenas disciplinar por meio de normas (regulamentar), é também fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar. Enfim, é um conjunto de ações tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita

o exercício de uma dada atividade econômica — seja ela essencialmente privada ou um serviço público — em consonância com os interesses da coletividade. (BAPTISTA, 2015, p. 59).

Para desempenhar esse papel, foram criadas as agências reguladoras independentes, inspiradas no modelo regulatório norte-americano (BAPTISTA, 2015, p. 59). Conforme destaca Luís Roberto Barroso (2008, p. 48), as agências reguladoras foram a “via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica”.

Além de serem entes capacitados técnica e economicamente para a regulação de determinada atividade econômica, as agências reguladoras independentes representavam autonomia em relação ao poder central, o que garantiria maior estabilidade para atrair o investidor privado. A ideia era a de que o processo de desestatização fosse acompanhado da introdução de um ambiente institucional estável para a celebração de negócios, imune a interferências políticas (BAPTISTA, 2015, p. 59).

Foi, portanto, introduzido um modelo jurídico de entidades blindadas de interferências políticas, entidades atuantes com base em critérios técnicos, que atuariam de forma ágil e eficiente na estabilização da economia.

Para garantir essa blindagem, foi preciso um desenho institucional de autonomia reforçada dessas entidades. A ideia era a de que o modelo tradicional das autarquias não seria suficiente para garantir a atração de investimentos e a atuação essencialmente pautada em critérios técnicos. Surgiram, então, as agências reguladoras, dotadas de maior autonomia (autonomia reforçada), caracterizada essencialmente pela independência política dos dirigentes dessas entidades, os quais têm, conforme citado acima, estabilidade durante o mandato, com a impossibilidade de sua exoneração *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo.

A atividade reguladora do Estado tem assento constitucional no art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, Constituição, 1988).

A Constituição Federal trouxe ainda a previsão de dois entes reguladores: para o setor de telecomunicações (art. 21, XI) – ANATEL, instituída pela Lei 9472/96; e na área de petróleo e gás (art. 177, § 2º, III) – ANP, instituída pela Lei 9478/97.

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95](#)). (BRASIL, Constituição, 1988).

Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#)). (BRASIL, Constituição, 1988).

Ressalte-se, no entanto, que não é necessária previsão constitucional para criação de agência reguladora. Tanto é que, a despeito de previsão constitucional, foram criadas dezenas de agências reguladoras no plano federal e no plano estadual principalmente.

É importante frisar, ainda, que as agências não são um fenômeno exclusivamente federal, embora sejam essencialmente federais. Na federação brasileira, essa preponderância do Estado regulador, de uma atuação regulatória é mais focada na União.

Assim, a atividade regulatória do Estado, exercida pelas agências reguladoras, foi implementada com o objetivo de “sanar o déficit advindo da retirada do Estado da exploração direta de diversas atividades” (RHEIN SCHIRATO, 2008. p. 475) – retirada essa que decorreu dos processos de privatização, assim como da outorga de concessões e permissões de serviços públicos, através das quais se transferiram atividades para o setor privado (RHEIN SCHIRATO, 2008. p. 475).

Os campos de atuação das agências reguladoras independentes são, portanto, basicamente os serviços públicos concedidos e as chamadas atividades econômicas de relevante interesse coletivo. Essas atividades, por sua vez, são atividades submetidas à livre iniciativa, mas que, por força da sua relevância coletiva, demandam disciplina e normatização por parte do Poder Público. Exemplo disso é a regulamentação e normatização de seguros. Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato afirma:

Vale dizer, as agências reguladoras independentes surgem no Direito Administrativo brasileiro – assim como em diversos outros ordenamentos jurídicos – como o instrumento de atuação estatal nos setores em que tal atuação seja necessária para o alcance das finalidades públicas impostas ao Estado pelo ordenamento jurídico, em decorrência de sua retirada da exploração direta de

determinadas atividades e serviços. Pode-se até mesmo afirmar que o advento das agências reguladoras independentes é um pressuposto para os processos de privatização e desestatização. (RHEIN SCHIRATO, 2008, p. 475).

Quanto ao seu regime jurídico, as agências reguladoras são autarquias em regime especial tanto formal⁵ quanto material. O caráter de autarquias em regime especial material se deve ao fato de lhes serem asseguradas diversas prerrogativas, dentre as quais a sua independência, assegurada essencialmente pela nomeação dos seus dirigentes por prazo determinado, com aprovação prévia pelo Senado Federal, sendo vedada a livre exoneração (autonomia orgânica) e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os seus atos decisórios (autonomia funcional) (ARAGÃO, 2013, p. 258 e p. 423).

As agências reguladoras independentes, portanto, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, submetidas a um regime jurídico que lhes confere um grau de autonomia reforçada em relação ao ente instituidor. Essa autonomia reforçada, como visto acima, é destinada a evitar interferências políticas na atuação dessas entidades, sendo a criação dessas entidades baseada na ideia de atuação pautada no primado da técnica.⁶

III.II. DA NECESSIDADE DE CONTROLE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Conforme aponta André Cyrino (2014, p. 201), desse processo de propagação de entidades reguladoras independentes resultou um incremento da regulação brasileira em quantidade e em intensidade. O autor ressalta que “a vida econômica no país é, hoje, enormemente regulada não apenas pelo legislador, como também por agências independentes, conselhos, órgãos administrativos etc.”⁷

⁵ Alexandre dos Santos Aragão afirma que as agências reguladoras independentes são autarquias em regime especial formal, já que as respectivas leis que as instituem dão a elas expressamente essa denominação. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 258.

⁶ Segundo Aragão, portanto, as agências reguladoras independentes consagram uma noção de descentralização material. Descentralização material é aquela que vem acompanhada de mecanismos que garantem efetiva autonomia da entidade. Se a entidade não tem autonomia de fato, para o Aragão, se tem uma descentralização meramente formal, simplesmente a criação da entidade dotada de personalidade jurídica própria. Já quando a instituição da entidade é acompanhada de um desenho institucional que lhe garanta autonomia, tem-se descentralização em sentido material. Para o Aragão, a ideia de descentralização tem um conteúdo. Vide ARAGÃO, op. cit., Capítulo IX.8.

⁷ Apenas no âmbito federal, ver, por exemplo: a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel, Lei no 9427/1996); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP, Lei no 9.478/1997); a

No entanto, diante desse contexto de forte regulação, exige-se maior controle do Direito no sentido de evitar excessos regulatórios do Estado. Conforme destacou Gustavo Binenbojm (2008, p. 8) em trecho supratranscrito, à autonomia reforçada das agências reguladoras deverá corresponder um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a compatibilizá-las aos direitos e valores constitucionalmente tutelados no Estado democrático de direito.

André Cyrino (2014, p. 203) alerta para o fato de que faltam estudos específicos sobre os limites e controles ao conteúdo da regulação, especialmente no que concerne aos excessos dessa regulação.

Passam-se, então, a verificar os primeiros esforços da doutrina no sentido de identificar os limites dessa regulação e as formas de controlá-la. Nos tópicos seguintes, serão apresentados os entendimentos de alguns autores sobre o tema, bem como a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

IV. REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS

IV.I. DA NOÇÃO DE REGULAÇÃO EXPROPRIATÓRIA

Segundo Gustavo Binenbojm (2010), haverá regulação estatal “quando moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável”. O autor ressalta que a definição da abrangência e da intensidade da atuação estatal no domínio econômico é constitucionalmente limitada pelo dever de proporcionalidade, conduzindo para um modelo de “intervenção sensata” (BINENBOJM, 2010).

Nesse contexto de regulação, surge a possibilidade de abusos do regulador, que a doutrina tem chamado de regulações expropriatórias. André Rodrigues Cyrino traz definição das regulações expropriatórias. Segundo ele:

Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel, Lei no 9.742/1997); a Agência Nacional de Águas (ANA, Lei no 9.984/2000); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa, Lei no 9.782/1999); a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS, Lei no 9.961/2000); a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT, ambas criadas pela Lei no 10.233/2001); a Agência Nacional do Cinema (Ancine, MP no 2.228/2001); a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac, Lei no 11.182/2005), dentre tantos outros órgãos reguladores, como o Banco Central do Brasil, inclusive por meio do Comitê de Política Monetária (Circular no 2.698/1996) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM, Lei no 6.385/1976).

Trata-se de medidas regulatórias permeadas de aparente legitimidade e editadas dentro dos parâmetros de competência instituídos pela lei, as quais, todavia, se revelam demonstrações de desmesurado poder estatal. Regulações cujo feitiço de legítimas normas limitadoras da atividade econômica encobre um ato de inconstitucional esvaziamento da propriedade privada, entendida em seu sentido amplo, enquanto garantia de proteção de bens e direitos contra o confisco. (CYRINO, 2014, p. 203).

Segundo Cyrino (2014, p. 203), as regulações expropriatórias configuram aquelas situações em que, “por meio do caminho mais fácil da regulação”, o ente público passa a suprimir atividades empresariais, inviabilizar economicamente empreendimentos industriais, ou mesmo eliminar a utilidade econômica de bens privados corpóreos, incorpóreos, móveis e imóveis.

O que caracterizaria o caráter expropriatório de uma regulação, portanto, seria o esvaziamento da propriedade privada em sentido amplo, através de medida aparentemente legítima.

Nesses casos em que a regulação acaba por esvaziar o conteúdo econômico da propriedade privada, estar-se-ia diante de verdadeira expropriação, o que leva à necessidade de se dar a essas situações tratamento equivalente ao das desapropriações. André Cyrino (2014, p. 206) afirma que, quando uma medida do Poder Público vier a banir atividades econômicas, a primeira opção do administrador deve ser a desapropriação, a qual exige rigoroso procedimento que não pode ser afastado para se aplicar tão somente a via menos exigente da regulação. Conforme bem destaca André Cyrino (2014, p. 207), “o sacrifício de direitos por meio da regulação deve ser enfrentado considerando-se a vedação ao confisco e os limites constitucionais do procedimento de desapropriação”.

Com o objetivo de traçar a proteção a ser assegurada ao direito de propriedade diante das regulações expropriatórias, será tratado no próximo tópico o sistema de proteção à propriedade privada, abrangendo o devido processo para a tomada de bens (art. 5º, LIV, CRFB).

IV.II. DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA

A Constituição de 1988 traz o direito de propriedade como um direito fundamental em dois dispositivos do art. 5º, quais sejam, o caput e o inciso XXIV (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 603):

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 termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade; (BRASIL. Constituição, 1988).

Contudo, a Constituição impôs ao direito de propriedade condicionamentos em razão do cumprimento da função social, ao afirmar, no próprio art. 5º, que: “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social” (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 603).

Ao tratar do direito de propriedade e do seu caráter de direito fundamental, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães destacam que, desde a sua afirmação como direito fundamental, a propriedade “está condicionada pela possibilidade de o Estado sacrificar o interesse individual em nome de pressupostos coletivos, uma vez que se proceda ao pagamento prévio da respectiva indenização” (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 597). E prosseguem os autores citando o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que diz que: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.⁸

Nessa toada, ao estabelecer o direito de propriedade como direito fundamental e afirmar sua submissão à função social, a Constituição Federal trata da desapropriação:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, XXIV).

⁸ A respeito desse dispositivo, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães comentam: “Ou seja, mesmo nos períodos em que a propriedade era vista como um direito ‘sagrado’ e ‘inviolável’ do cidadão já se admitia a possibilidade de o Estado levar a efeito sacrifícios sobre ela, desde que condicionados por uma evidente necessidade pública e mediante o pagamento de justa e prévia indenização”. MOREIRA e GUIMARÃES, op. cit., p. 597.

Além dessa regra geral trazida no art. 5º, XXIV da Constituição, referente a casos de necessidade ou utilidade pública e interesse social, a Constituição Federal de 1988 tratou da desapropriação ainda em dois dispositivos. O art. 182, § 4º, III da Constituição traz a chamada desapropriação para fins urbanísticos, ligada ao não cumprimento da função social de imóvel urbano, que é considerada uma desapropriação sanção. Já o art. 184 da Constituição traz a desapropriação para fins de reforma agrária, que atinge imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, sendo também uma forma de desapropriação sanção.

A peculiaridade dessas desapropriações chamadas de sanção está em que elas são exceções à indenização justa, prévia e em dinheiro. Nesses casos, como se trata de sanção ao proprietário que não fez cumprir a função social da propriedade, a indenização não é em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos e títulos da dívida agrária resgatáveis em até 20 anos, respectivamente (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 605).

Gustavo Binenbojm (2010) ressalta também que, na Constituição de 1988, a propriedade privada é expressamente protegida contra o confisco (art. 150, IV, CF)⁹. No entanto, excepcionalmente, o confisco é admitido quando a propriedade está ligada à prática de crimes. A tomada de bens como sanção está prevista no art. 5º, XLVI, b, CF. Além disso, o art. 243 da CF¹⁰ prevê a expropriação de propriedades rurais e urbanas em que forem encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei. Trata-se da chamada desapropriação confisco, que visa a sancionar o proprietário pela utilização da propriedade para fins ilícitos. Nesses casos, não haverá qualquer indenização, dado o caráter punitivo da medida em face da atuação do proprietário, que é altamente reprovável segundo o ordenamento jurídico.

Conforme aponta Gustavo Binenbojm:

⁹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (...)”

¹⁰ “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\)](#)”

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014\)](#)”

A proibição do confisco, em termos gerais, é uma garantia não só da propriedade, como também da liberdade. Na melhor tradição liberal, a idéia subjacente é a de que sem propriedade inexistente liberdade. O Estado não pode se valer de sua capacidade de conformar a propriedade (tributando ou regulando) para esvaziar a liberdade. (BINENBOJM, 2010).

Verifica-se, portanto, que, nos casos de desapropriação por descumprimento da função social da propriedade, a Constituição permite o pagamento da indenização em títulos públicos a serem resgatados em determinado intervalo de tempo. Já nos casos de utilização da propriedade para fins ilícitos, admite-se a expropriação sem qualquer indenização, como forma de sanção. No entanto, essas são situações excepcionais previstas pela Constituição. No regime geral de desapropriações, previsto no art. 5º, XXIV da Constituição Federal, prevê-se a necessidade de indenização justa, prévia e em dinheiro nos casos de desapropriação.

Esse é, portanto, o regramento constitucional conferido à propriedade e à desapropriação, restando claro que a retirada da propriedade do particular importará necessariamente indenização justa, prévia e em dinheiro, a menos que se trate de sanção. A esse respeito, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães apontam:

A análise da Constituição vigente e de suas disposições específicas acerca da desapropriação demonstra o exposto compromisso havido com as garantias inerentes ao sacrifício de direitos patrimoniais dos cidadãos, como decorrência do caráter fundamental do direito de propriedade.

(...)

Tal pressuposto configura verdadeira garantia do cidadão em face das competências expropriatórias do Estado – não importando como elas se manifestem – assegurando que toda vez que se extinguir um direito patrimonial por força da atuação estatal haverá a justa compensação ao prejudicado. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 605).

De fato, o caráter fundamental do direito de propriedade enseja a necessidade da observância de requisitos, que se configuram em verdadeiras limitações ao atingimento, pelo Estado, do direito de propriedade. Além da indenização justa e prévia, a Constituição Federal de 1988 submete qualquer manifestação expropriatória ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, LIV e LV. Deve-se garantir ao expropriado o contraditório e a ampla defesa, o que, conforme ressaltam Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães, “garante que o manejo de competências expropriatórias será exercido nos exatos limites do interesse público

(controle)” (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 606). Nesse mesmo sentido, Gustavo Binenbojm pontua:

O cuidado do constituinte em delinear os elementos básicos da capacidade do Estado de regular a propriedade privada — notadamente as condições para o exercício do poder de expropriar — comprova a consagração deste direito como elemento central da Constituição econômica brasileira. A forma como foi delineada a propriedade privada e a maneira como foi balizada a capacidade expropriatória do Estado na Constituição de 1988 apontam para um estado de proteção que não pode ser ignorado. A regulação que pretender esquivar-se deste estado de coisas estará desvirtuando o desiderato constitucional. O Administrador Público não pode desviar-se do seu dever de indenizar previamente. Sua atuação constituirá um verdadeiro abuso de poder e desvio da finalidade constitucional, que estabeleceu os meios e os limites da capacidade expropriatória do Estado. (BINENBOJM, 2010).

Tratando dessas limitações ao sacrifício da propriedade, Egon Bockmann e Bernardo Strobel Guimarães salientam o fato de que as restrições à desapropriação fogem à lógica da atuação da Administração Pública, o que enfatiza o caráter fundamental desse direito e a proteção a ele conferida pela Constituição Federal:

Exatamente por incidir sobre o direito de propriedade, a desapropriação sofre restrições que são estranhas à lógica ordinária da atuação administrativa. A nota mais evidente disso é que a necessidade de indenização prévia vai de encontro ao suposto de que as manifestações do Estado têm o condão de sujeitar o particular desde logo. Embora em diversos pontos da atuação administrativa reconheça-se que a vontade da Administração deve poder gerar efeitos imediatos (imperativos e auto-executáveis), no campo dos sacrifícios ao direito de propriedade tal premissa resta fragilizada, pois a ultimação do agir estatal fica condicionada a que se garanta a estabilidade do patrimônio do particular. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2008, p. 597)

Resta evidente, portanto, que o direito de propriedade está envolvido por uma série de garantias que lhe confere a Constituição Federal em razão do seu caráter de direito fundamental. Daí a necessidade de justa compensação àquele que tiver extinto direito patrimonial seu em razão da atuação estatal, independentemente da forma de que se revista o ato expropriatório.

Tendo em vista essa proteção assegurada ao direito de propriedade pela Constituição Federal de 1988, bem como a previsão de um procedimento específico em que se garanta

indenização justa, prévia e em dinheiro nos casos de desapropriação, resta claro que não pode esse sistema constitucional de proteção à propriedade privada ser transgredido pelo uso de regulações. Nesse sentido é o magistério de André Rodrigues Cyrino:

Regulações que sacrificam direitos, afetando-os a finalidades públicas sem indenização, são potencialmente confiscatórias, devendo ser examinadas diante do art. 5º, XXIV e LIV, CRFB. Normas que não observam o devido processo legal (e constitucional) para a tomada de bens (art. 5º, LIV, CRFB), o qual pressupõe, sob pena e caracterização de confisco (de parte as hipóteses expressamente ressalvadas na Constituição), a demonstração de necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, de interesse social, com o pagamento de “justa e prévia indenização em dinheiro” (art. 5º, XXIV, CRFB). (CYRINO, 2014, p. 206 e 207)

De fato, a regulação que esvazie a utilidade e o conteúdo econômico da propriedade sem a devida indenização configura confisco, desapropriação indireta, devendo receber o tratamento compatível com o instituto.

Segundo Alexandre Aragão, há duas espécies de desapropriação indireta: o esbulho possessório do bem pelo Estado para a sua afetação a serviços públicos; e aquela desapropriação decorrente de condicionamentos legais ou administrativos à propriedade, que o autor chama de desapropriação indireta regulatória (ARAGÃO, 2013, p. 508).

Alexandre Aragão (2013, p. 508) diz que o esbulho possessório, com a tomada física de bens pelo Estado será sempre ilícito, ao passo que a desapropriação indireta regulatória poderá ou não ser constitucional, e isso se deverá principalmente ao atendimento ou não ao princípio da proporcionalidade. No entanto, conforme ressalta o autor, ambas as hipóteses de desapropriação indireta geram direito à indenização.

Alexandre Aragão afirma ainda que, tanto no caso de esbulho possessório quanto no caso de desapropriação indireta regulatória, a indenização devida ao particular terá como fundamento não o art. 5º, XXIV, CF (justa indenização pela desapropriação), mas o art. 37, § 6º, CF, que trata da responsabilidade civil objetiva do Estado, a qual pode se dar por comportamentos estatais lícitos ou ilícitos que causem prejuízo ao administrado (ARAGÃO, 2013, p. 508).

Na desapropriação indireta, o que se verifica é o não cumprimento, pelo Estado, do devido processo legal necessário à desapropriação; é o não pagamento, pelo Estado, da indenização justa e prévia à transferência da propriedade para a sua titularidade. Na

desapropriação indireta, o que se tem não é uma indenização prévia, mas uma indenização pelo prejuízo causado pelo Estado (ARAGÃO, 2013, p. 508).

Conforme destaca Alexandre Aragão (2013, p. 510), na desapropriação indireta-restrição administrativa ou desapropriação regulatória, tem-se a “instituição de uma suposta limitação administrativa à propriedade que, ao contrário do que determinaria a sua natureza, acaba por retirar o conteúdo econômico do bem”.¹¹ Diante desse resultado, que causa prejuízo ao particular sem que tenha havido prévia e justa indenização em dinheiro, será o Estado responsabilizado, na forma do art. 37, § 6º, CF, para indenizar o particular.

De fato, a atuação expropriatória do Estado, seja qual for a forma que tome, deve ser estudada tendo em vista a proteção conferida pelo ordenamento jurídico a um direito fundamental – no caso, o direito de propriedade. Tendo isso em vista, verifica-se que, assim como a Constituição não admite a desapropriação sem a justa indenização ao expropriado, também não se pode admitir que ao esvaziamento do direito de propriedade efetuado por regulação deixe de corresponder a justa compensação ao prejudicado.

Ressalte-se que, conforme demonstrado acima, notadamente pelos ensinamentos de Alexandre Aragão, além da desapropriação propriamente dita, o esvaziamento econômico da propriedade através de atuação regulatória do Poder Público também caracteriza atuação expropriatória do Estado. Isso porque não se configuram como elementos essenciais da desapropriação a sua veiculação por ato administrativo de efeitos concretos ou a transferência da propriedade ao Estado. Certamente, o que importa para a definição de atuação expropriatória do Estado é a consequência que o comportamento estatal provoca sobre a propriedade privada. Nesse sentido é o magistério de Gustavo Binbenjy:

Observe-se que o uso de norma jurídica dotada de efeitos gerais não pode modificar a natureza expropriatória do ato. Com efeito, há muito se afastou a idéia de que a caracterização da desapropriação tenha como pressuposto ato administrativo de efeitos concretos e individualizados. É possível cogitar-se de gravames singularmente impostos que não signifiquem sacrifício do direito, como também se podem vislumbrar casos em que gravames de incidência genérica tenham conteúdo de sacrifício de direitos. Também não é condição da configuração da expropriação a translação do direito de propriedade para o Estado,

¹¹ O autor cita como exemplos: “vedação total a construções ou plantações em área de preservação ambiental, mudança do limite de altura para apenas dois andares de prédios no centro comercial de grande metrópole, transformação de uma atividade econômica em serviço público titularizado com exclusividade pelo Estado etc.”. ARAGÃO, 2013, p. 510.

bastando que a medida estatal afete o conteúdo essencial do direito, aviltando-o de modo irrazoável e desproporcional. (BINENBOJM, 2010).

Assim, mesmo que o sacrifício à propriedade se dê por norma jurídica de efeitos gerais e abstratos e mesmo que dessa atuação estatal não resulte a transferência da propriedade para a esfera patrimonial do Poder Público, o atingimento da propriedade que resulte no seu esvaziamento econômico, causando evidente prejuízo ao proprietário, deverá receber tratamento equivalente ao da desapropriação, notadamente quanto à necessidade de ressarcimento pelos prejuízos. Afinal, o que o ordenamento jurídico e, notadamente, a Constituição Federal de 1988 visou tutelar foi o direito à propriedade, e não uma forma específica de atingimento a esse direito.

IV.III. DA NECESSIDADE DE UMA NOVA VISÃO DA ATIVIDADE ESTATAL EXPROPRIATÓRIA

Vista a caracterização do instituto da expropriação regulatória como forma de desapropriação indireta e a conseqüente necessidade do seu tratamento como tal, faz-se necessário à estruturação deste estudo analisar o sistema que envolve o instituto da desapropriação, notadamente quanto ao seu tratamento normativo.

Em sua obra “O significado Constitucional da Justa Indenização”, Jessica Acocella faz uma crítica ao atual modelo de desapropriação, salientando a necessidade de uma reforma no tratamento normativo do instituto e, na ausência de tal reforma, uma releitura do instituto expropriatório à luz das normas e valores da Constituição Federal de 1988. Segundo a autora, a constitucionalização do Direito Administrativo traz inevitavelmente a necessidade da emergência de um novo regime expropriatório (ACOCELLA, 2015, p. 3).

Conforme já visto neste trabalho, a constitucionalização do Direito Administrativo trouxe a superação da leitura tradicional de paradigmas desse ramo do Direito, como a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, alterando a forma como se dão as relações entre a Administração Pública e o administrado. Por certo, não se pode dar a mecanismos como a desapropriação o mesmo tratamento dado anteriormente. O processo de constitucionalização do Direito Administrativo, marcado pela centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais, demanda uma revisão de institutos como o da

desapropriação, que nada mais é do que uma das manifestações da relação entre a Administração Pública e o administrado – relação essa que, conforme já se demonstrou, passou a dar-se de forma diferenciada, com forte incidência dos valores da Constituição Federal e, notadamente, dos seus princípios gerais.

Após fazer uma crítica à aplicação, até os dias de hoje, do Decreto-lei 3.365/41, tendo em vista o afastamento desse diploma em relação ao regime garantístico instaurado pela Constituição Federal de 1988, Jessica Acocella coloca:

Não obstante, enquanto for esse o entendimento prevalecente e enquanto não sobrevier um novo marco legal, a solução que, no momento, resta ao intérprete é a rejeição de uma mera leitura acrítica do texto legal, adotando, ao contrário, os valores e as normas constitucionais como filtro e parâmetro hermenêutico. Afinal, a edição da Carta de 1988 foi acompanhada por sua passagem para o centro da ordem jurídica, introduzindo, no país, uma nova ordem objetiva de valores, em cujo centro axiológico encontram-se os direitos fundamentais, voltados, precipuamente, para a tutela da dignidade humana. (ACOCELLA, 2015, p. 4).

Diante disso, a autora aponta para o fato de que o âmbito específico da atividade expropriatória do Estado também será atingido pela influência intensa das normas e diretrizes da Constituição, o que tornará necessária a leitura dos seus institutos e conceitos à luz dos novos paradigmas que se colocam (ACOCELLA, 2015, p. 4).

Neste ponto, cumpre salientar que, em que pese a obra autora direcionar-se especificamente ao instituto da desapropriação propriamente dito, é correto afirmar que as suas considerações aplicam-se também aos casos em que se esvazia a propriedade de sua utilidade econômica por meio da atividade reguladora, ou seja, aos casos de regulações expropriatórias. Isso porque, conforme já salientado acima, a Constituição Federal de 1988 deu ao direito de propriedade o status de direito fundamental, cercando-o de diversas garantias que serão aplicáveis independentemente da forma de que se revista o ato expropriatório.

Jessica Acocella ressalta ainda o papel duplice do instituto da desapropriação, pelo fato de se caracterizar, ao mesmo tempo, como mecanismo de sacrifício a direitos patrimoniais e sistema de garantias a esses direitos. Confira-se:

Importante destacar, nesse sentido, o caráter duplice do instituto: ao mesmo tempo em que pressupõe o poder da

Administração em sacrificar um direito patrimonial, sem chance de se lhe opor resistência, também consiste em um importante sistema de garantias individuais mínimas em face do Estado, necessárias para contrabalançar a potestade estatal e lhe retirar qualquer nota de arbitrariedade. (ACOCELLA, 2015, p. 6).

A importância de se visualizar, neste estudo, o caráter duplice do instituto da desapropriação está na comparação desse instituto com o da regulação expropriatória, que, apesar de também sacrificar direitos patrimoniais, carece de uma regulamentação que lhe confira o caráter de um sistema de garantias mínimas em face do Estado.

Decerto, se ao instituto da desapropriação deve-se dar a devida atenção para evitar a violação às garantias e direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988, maior ainda deverá ser a cautela em relação às regulações expropriatórias, por se tratarem de atos do Poder Público que atingem a propriedade sem seguir o procedimento legal da desapropriação. Se a defasagem da legislação pertinente à desapropriação já representa ameaça ao direito de propriedade nos termos em que garante a Constituição de 1988 (ACOCELLA, 2015, p. 3), mais ainda representará uma ameaça a esse direito uma atuação expropriatória do Estado que sequer ostenta regulamentação – o que é o caso das regulações expropriatórias.

Tendo isso em vista, passa-se agora à análise dos estudos já elaborados sobre as regulações expropriatórias, com destaque para aqueles que buscaram fixar parâmetros para a identificação das regulações que ostentam esse caráter, bem como aos estudos destinados a estabelecer limitações à atuação estatal regulatória que tenha consequências expropriatórias.

IV.IV. GRADAÇÕES DAS REGULAÇÕES

O primeiro passo para estudar as limitações a serem colocadas à atuação do Estado quando da edição de regulações expropriatórias é identificar quando a regulação toma esse caráter expropriatório.

Em seu artigo “Regulações Expropriatórias”, Gustavo Binenbojm trata da sistematização de Eduardo García de Enterría para expor as três possíveis gradações de intervenção do Estado nos direitos dos administrados, e assim coloca:

Num primeiro nível estão as limitações administrativas de direitos, as quais se relacionam com as

condições de seu exercício, não interferindo com os seus elementos (e.g. o estabelecimento de certas condições para o exercício de atividade econômica, ou a exigência de qualificação técnica mínima para o exercício de uma profissão regulamentada). Num segundo nível, estão as delimitações administrativas do conteúdo normal de direitos, as quais não lidam com o exercício dos direitos, mas conformam seu conteúdo (e.g. normas urbanísticas de gabarito máximo de prédios). Finalmente, há aquelas intervenções ditas ablativas, ou de sacrifício de direitos, as quais irritam o cerne dos direitos dos administrados, esvaziando sua finalidade econômica ou funcionalidade (e.g. a desapropriação e as transferências coativas de propriedade para o Poder Público). (BINENBOJM, 2010).

Assim, há casos em que não se está diante de um simples condicionamento de atividade econômica ou profissional (primeiro nível de intervenção), nem de mera delimitação do conteúdo de direitos (segundo nível de intervenção), mas sim de uma regulação que esvazia o conteúdo econômico ou a funcionalidade de determinado direito. Nessas hipóteses, a pretensão regulatória do estado acaba por atingir o direito de propriedade na sua essência (BINENBOJM, 2010).

Segundo Gustavo Binenbojm (2010), portanto, a regulação terá caráter expropriatório de acordo com a intensidade do sacrifício que ela imponha à propriedade. Ou seja, uma vez atingido o direito de propriedade em seu núcleo, ter-se-á atuação expropriatória do Estado, ainda que tal medida se dê por norma genérica e abstrata, e ainda que não se transfira a propriedade em questão ao Estado.

Pode-se afirmar que, nesses casos em que é de grande intensidade o sacrifício imposto à propriedade do particular, esse sacrifício não seria exigível, ainda que por lei, sob pena de se violar todo o regime constitucional de proteção à propriedade privada (BINENBOJM, 2010). Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

As leis não podem, a pretexto de regular ou condicionar o exercício da propriedade, elidir ou bloquear o uso, o gozo ou a disposição do bem sobre o qual incida o domínio. A supressão ou o bloqueio destes atributos inerentes à propriedade (...) não caracterizam definição do âmbito do direito, não são limitações à propriedade, mas arremetidas contra o direito de propriedade. (MELLO, 1987, p. 66).

Assim, a diferença entre a regulação comum e a regulação expropriatória está em que, nesta última, se atinge o terceiro nível de intervenção do Estado no direito de propriedade de determinados administrados, conforme a classificação de Eduardo García de Enterría. Trata-

se de situação em que, a pretexto de condicionar ou delimitar o exercício do direito de propriedade, o Poder Público acaba por retirar do particular a possibilidade de exercício das funções inerentes ao direito de propriedade (usar, fruir e dispor) (BINENBOJM, 2010).

Nessas situações em que se restringe desproporcionalmente o direito de propriedade, ao ponto de lhe esvaziar o conteúdo econômico ou funcional, tem-se algo que vai muito além de meras limitações administrativas (BINENBOJM, 2010), o que, inclusive, vem sendo reconhecido pela jurisprudência pátria, a exemplo do que já vinha acontecendo em outros países, conforme se verá mais adiante neste trabalho.

V. TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO SOBRE O TEMA DAS REGULACÕES EXPROPRIATÓRIAS

Para uma melhor compreensão das regulações expropriatórias, é imprescindível a análise das teses já desenvolvidas na doutrina sobre o tema. Através da apresentação e comparação dos entendimentos de diversos autores que se dedicaram ao estudo do tema, pretende-se aprofundar a compreensão sobre o instituto das regulações expropriatórias, notadamente a sua caracterização, os casos em que se configura e as limitações a serem colocadas à atuação estatal nesses casos.

Também se faz importante o exame do tratamento que a jurisprudência tem dado ao instituto em estudo, o que permitirá avaliar se o entendimento jurisprudencial está ou não em consonância com o que vem sendo apresentado pela doutrina, e qual será futuramente o provável direcionamento do tratamento dado às regulações expropriatórias.

Tendo em vista o fato de ser ainda recente o tratamento das regulações expropriatórias no Brasil, e com o objetivo de tornar mais completo o estudo do tema, serão também estudadas a jurisprudência e doutrina sobre as *regulatory takings* (expropriações regulatórias) nos Estados Unidos, onde essa questão é alvo de atenção da Suprema Corte desde as primeiras décadas do século XX.

V.I. A JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EXPROPRIAÇÕES REGULATÓRIAS (*REGULATORY TAKINGS*)

Conforme ressalta André Rodrigues Cyrino (2014, p. 207), nos Estados Unidos, há vasta bibliografia especializada sobre as chamadas *regulatory takings*, o que reflete a secular jurisprudência envolvendo os numerosos casos relacionados a esse assunto naquele país. Considerando a complexidade do tema das regulações expropriatórias, a experiência de outros Estados é elemento importante para uma melhor compreensão do instituto no Brasil.

Tendo isso em vista, serão tratadas a seguir, respectivamente, a jurisprudência e a doutrina sobre *regulatory takings* nos EUA.

A Quinta Emenda da Constituição dos EUA estabelece, em sua parte final, que a propriedade privada “não poderá ser tomada para uso público sem justa compensação”. Esse dispositivo consagra a denominada *takings clause*, uma cláusula de proteção contra a desapropriação (CYRINO, 2014, p. 207). Trata-se de dispositivo vago, com amplas possibilidades de interpretação, e, por isso mesmo, conforme surgiram os casos concretos envolvendo expropriações, desenvolveu-se vasta jurisprudência e doutrina sobre o seu sentido e alcance. A evolução dessa doutrina e jurisprudência sobre as *regulatory takings* nos EUA levou à conclusão de que a norma extraída da *takings clause* abrangeria tanto as hipóteses de tomada física de bens corpóreos quanto os casos de atingimento da propriedade em geral, conforme se verá a seguir (CYRINO, 2014, p. 207).

O caso *Pennsylvania v. Mahon*, julgado em 1922, foi o primeiro em que a Suprema Corte dos EUA reconheceu a possibilidade de ocorrência de expropriação por meio de atividade regulatória (CYRINO, 2014, p. 208).

O caso envolvia terreno explorado pela Companhia de Mineração de Carvão da Pensilvânia (Pennsylvania Coal Co.), cujo direito de superfície havia sido cedido ao sr. H. J. Mahon. Em 1921, o Estado da Pensilvânia editou lei (*Kohler Act*), proibindo toda atividade mineradora que implicasse risco de instabilidade do solo e afundamento de terreno habitado. A mineradora, então, sustentou que o *Kohler Act* havia expropriado seu direito minerário sem justa compensação, o que se afigurava inconstitucional (CYRINO, 2014, p. 208).

Após tramitar pelas instâncias inferiores, a questão chegou à Suprema Corte. A questão a ser enfrentada pela Suprema Corte era saber se o *Kohler Act* seria mero exercício do poder de polícia, o que não daria ensejo a indenização, ou se era exercício disfarçado do

domínio eminente do Estado, podendo dar ensejo ao direito de indenização, tendo em vista a *takings clause* (CYRINO, 2014, p. 209).

O Justice Oliver Wendell Holmes Jr. redigiu o voto condutor do acórdão, no sentido de que se havia configurado expropriação. Entendeu-se que “quando [a regulação] atinge certa magnitude, na maioria, senão em todos os casos, ocorre exercício do domínio eminente, sendo necessária compensação para dar suporte ao ato” (206 U.S. 412, 413).

O que o Justice Holmes considerou para concluir que a lei da Pensilvânia sobre exploração de carvão configurava expropriação foi o efeito da medida sobre o bem da empresa mineradora (CYRINO, 2014, p. 209). O *Kohler Act*, no caso, teria tido “praticamente o mesmo efeito para fins constitucionais que a apropriação e destruição do bem” (206 U.S. 412, 414). De fato, a legitimidade do fim visado pelo Estado “não é o bastante para justificar tal objetivo seja alcançado por meio mais curto do que a maneira constitucional de empreender tal mudança” (206 U.S. 412, 416) (CYRINO, 2014, p. 209).

Ressalte-se que o Justice Holmes, em seu voto, tomou o cuidado de asseverar que, caso se tornasse necessário compensar o proprietário em todo e qualquer caso de impacto econômico em função de atuação estatal, tornar-se-ia inviável a atuação administrativa e a regulação. No entanto, há casos em que, de fato, a regulação vai longe demais, e acaba por se converter em expropriação (CYRINO, 2014, p. 209).

Ao longo do século XX, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou diversos casos envolvendo excessos regulatórios.¹² Desses julgados, merece destaque o *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, de 1987. Tratava-se, mais uma vez, de lei do Estado da Pensilvânia - no caso, o *Pennsylvania's Bituminous Mine Subsidence and Land Conservation Act*, de 1966, em que se proibiu a mineração de carvão que causasse instabilidade e afundamento de terrenos em que já existissem prédios públicos, residências e cemitérios (CYRINO, 2014, p. 210).

Em que pese a semelhança desse caso com o caso *Pennsylvania v. Mahon*, a Suprema Corte adotou, nesse caso mais recente, entendimento distinto do que havia consagrado no caso de 1922. No entanto, a Corte colocou expressamente que o novo julgado não superava o precedente firmado no caso *Pennsylvania v. Mahon* (CYRINO, 2014, p. 210).

¹² André Cyrino, em seu artigo “Regulações expropriatórias”, cita como exemplos: *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 U.S. 104 — 1978); *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (505 U.S. 1003 - 1992) e *Palazzolo v. Rhode Island* (533 U.S. 606 - 2001).

No caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, a associação de empresas mineradoras Keystone Bituminous ajuizou ação visando a impedir a aplicação da lei estadual às suas associadas. A alegação da autora era a de que a lei configurava expropriação regulatória, violando a *takings clause* veiculada na Quinta Emenda, na medida em que teria havido apropriação dos bens da mineradora para fins públicos, sem a devida indenização.

No caso, a Suprema Corte entendeu que a legislação estadual existente até então havia falhado na proteção do interesse público na segurança, conservação, preservação e desenvolvimento do solo no estado, o que fazia concluir que, em que pese a semelhança com o caso julgado em 1922, havia diferenças que justificavam decisão em sentido diverso (480 U.S. 470, 474) (CYRINO, 2014, p. 210).

Tratando do julgamento do caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, André Cyrino afirma:

De forma resumida, a Corte teria construído parâmetro para aferir a configuração de expropriação regulatória: a natureza do interesse estatal na regulação. Caso fosse considerado exercício de poder de polícia voltada para o bem-estar coletivo e manutenção da ordem pública, a atuação estatal não daria ensejo à compensação. (CYRINO, 2014, p. 210).

Surgia, então, um novo parâmetro para a identificação de regulação expropriatória nos EUA, qual seja, a natureza do interesse estatal na regulação. Para que a regulação não fosse considerada expropriatória, deveria ser destinada ao bem-estar coletivo, hipótese em que não seria devida indenização ao particular atingido.

Mas André Cyrino faz uma ressalva no sentido de que “*Keystone* não significou a superação da doutrina dos *takings* nos Estados Unidos. Em oportunidades mais recentes, o tema foi retomado, identificando-se a premissa segundo a qual: quando o regulador vai longe demais, sua medida equivale a uma desapropriação”¹³.

V.II. AS SOLUÇÕES TEÓRICAS JÁ APRESENTADAS PELA DOUTRINA

V.II.I. APONTAMENTOS DA DOUTRINA ESTADUNIDENSE SOBRE REGULATORY TAKINGS

¹³ O autor cita como exemplos: *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 505 U.S. 1003 (1992) e *Palazzolo v. Rhode Island* 533 U.S. 606 (2001).

Como visto, nos Estados Unidos, a questão das regulações expropriatórias é discutida há muito mais tempo do que no Brasil, tendo sido o primeiro caso analisado pela Suprema Corte dos EUA em 1922. Conforme aponta André Cyrino (2014, p. 207), trata-se de uma das mais persistentes questões jurídico-constitucionais dos Estados Unidos.

Assim, à luz dos inúmeros casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos sobre excessos regulatórios, desenvolveram-se na doutrina estadunidense diversos entendimentos sobre o tema, os quais cabem ser analisados para uma melhor compreensão das regulações expropriatórias no Brasil.

André Cyrino (2014, p. 211) ressalta que a primeira tentativa de sistematizar o tratamento das expropriações regulatórias (*regulatory takings*) nos EUA foi de Ernst Freund, no seu clássico “*The police power, public police and constitutional rights*”, publicado em 1904.

Freund já se ocupava em identificar as situações em que o poder de polícia acabava por se transformar em exercício indevido do domínio eminente do Estado, gerando direito à indenização. Nessa diferenciação, Freund utilizava como critério a dicotomia entre danos e benefícios (*harms and benefits*). Para esse autor, as regulações que buscassem controlar ou prevenir danos seriam fruto do poder de polícia e não dariam direito a indenização. Já as regulações que visassem a obter um benefício à custa do particular deveriam ser indenizadas (CYRINO, 2014, p. 211).¹⁴

Na época em que Freund desenvolveu essa tese, vigia na jurisprudência dos EUA o entendimento de que só haveria aplicação da *takings clause* e, conseqüentemente, direito a indenização, quando houvesse tomada física do bem.¹⁵ Sob esse entendimento, regulações que atingissem bens incorpóreos não seriam passíveis de indenização.

¹⁴ Note-se que o entendimento de Ernst Freund, esposado na obra de 1904, aproxima-se daquele adotado pela Suprema Corte dos EUA quando do julgamento do caso *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, de 1987, em que, como visto acima, a Corte adotou como critério para verificação da configuração de expropriação regulatória a natureza do interesse estatal na regulação, entendendo que não se configuraria a expropriação quando a regulação visasse ao bem-estar coletivo.

¹⁵ O *leading case*, julgado pela Suprema Corte, foi *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 13 Wall. 166 166 (1871). Nesse caso, a construção de uma represa causou alagamento permanente do terreno do autor da ação, que pleiteou indenização com fundamento na *takings clause*, sustentando que suas terras haviam sido efetivamente desapropriadas. A defesa argumentou que as terras não haviam sido efetivamente tomadas, mas simplesmente alagadas. Adotando como critério a invasão física das terras, a Suprema Corte garantiu a indenização do autor e aplicou a parte final da Quinta Emenda. *In* CYRINO, op. cit., p. 212.

O entendimento de que a *takings clause* abrangia também os bens incorpóreos e, portanto, de que regulações que atingissem esse tipo de bens poderiam dar ensejo a indenizações veio em 1922, com o caso *Pennsylvania v. Mahon*. (CYRINO, 2014, p. 212).

O precedente de 1922 e a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA desde então foi um incentivo às produções doutrinárias sobre o assunto. A partir do precedente de *Pennsylvania v. Mahon*, tendo sido reconhecida a possibilidade de expropriação através de atividade regulatória, a discussão passou a girar em torno da identificação de quando uma regulação passa a ser expropriatória.

André Cyrino, tratando da literatura sobre as *regulatory takings* nos EUA, faz uma divisão dos entendimentos que surgiram então:

Num esforço de síntese didática e nos limites deste artigo, é possível afirmar que no desenvolvimento das principais teorias voltadas à solução do problema do Justice Holmes há: de um lado, aqueles que procuraram delinear com mais precisão a dicotomia danos/benefícios de Freund; e, de outro lado, aqueles que procuraram abraçar uma análise de eficiência, elaborando a ideia da simples constatação da diminuição do valor da propriedade. (CYRINO, 2014, p. 212).

André Cyrino aponta que o critério de prevenção de danos ou extração de benefícios (*harms and benefits*) utilizado primeiramente por Freund foi posteriormente seguido por vários autores que trataram do tema.

Dentre os autores que, de certa forma, seguiram a dicotomia de danos/benefícios preconizada por Freund está Robert Ellickson (CYRINO, 2014, p. 212). Ellickson buscou identificar o caráter expropriatório ou não da atuação estatal a partir da distinção entre uso normal e usos anormais da propriedade. Para Ellickson, seria expropriatória apenas a regulação que significasse um uso anormal da propriedade (CYRINO, 2014, p. 212). André Cyrino (2014, p. 213) aponta que “o uso anormal é aquele que pretende extrair benefícios para terceiros que foram hábeis o suficiente para influenciar a decisão regulatória”. Essas regulações que impõem um uso anormal da propriedade seriam aquelas que não pretendem prevenir danos, “mas que afetam a propriedade a alguma finalidade (supostamente) pública” (CYRINO, 2014, p. 213).

A outra linha de entendimento é representada por Frank Michelman e Richard Epstein, que propuseram critérios que devem estar presentes para que uma regulação se caracterize

como expropriatória. Conforme pontua André Cyrino, as teses de ambos os autores partiram de análises econômicas de eficiência e de divisão de riqueza. “Num extremo, o que é observável na obra de Richard Epstein, a preocupação é prevenir os riscos dos abusos da maioria, que tem incentivos (e meios) para tomar para si a riqueza da minoria” (CYRINO, 2014, p. 213 e 214).

Michelman, por outro lado, traz uma análise baseada em um balanço entre custos e benefícios da regulação, levando em consideração a eficiência da medida. A partir da complexa análise proposta por Michelman, envolvendo três variáveis, o juiz poderia estimar os impactos econômicos da regulação (CYRINO, 2014, p. 214).

Pela teoria de Frank Michelman, a primeira variável a ser identificada são os ganhos de eficiência (*efficiency gains*), que seriam “o resultado da diferença entre os benefícios que possam ser gerados pela medida estatal e as perdas por ela produzidas” (CYRINO, 2014, p. 214). A segunda variável são os prejuízos causados pela regulação em questão, além de outros efeitos que possam ser causados, tanto ao indivíduo quanto à sociedade como um todo, caso não haja indenização (*demoralization costs*). A terceira variável são os custos do próprio cálculo dos prejuízos daquela regulação e o meio pelo qual poder-se-ia compensar esses prejuízos (*settlement costs*). Chega-se a esta última variável a partir de uma consideração do custo do tempo, esforço e recursos a serem usados para alcançar uma solução em que se evitem os *demoralization costs* (CYRINO, 2014, p. 214).

A partir da análise segundo a tese de Michelman, contrabalançando essas três variáveis entre si:

(i) se os ganhos de eficiência forem menores que os custos (*settlement costs* e/ou *demoralization costs*), a medida é nula, e deverá ser afastada pelo juiz; (ii) de outro lado, não haverá nulidade, mas dever de indenizar, se os *settlement costs* forem menores que os ganhos de eficiência e que os *demoralization costs* (com *settlement costs* baixos, é possível aferir o montante devido a título de compensação); por fim, (iii) se os *demoralization costs* forem menores que os *settlement costs* e os ganhos de eficiência, a atuação regulatória é lícita e não há que se falar em indenização. (CYRINO, 2014, p. 214).

Assim, pela tese de Michelman:

(i) caso os ganhos em eficiência sejam menores que as outras duas variáveis, ou seja, os custos (*settlement costs* e *demoralization costs*), a regulação será nula. Isso se justifica, na

medida em que, para um baixo ganho em eficiência, se terão altos prejuízos que não poderão ser compensados de forma razoável, já que o cálculo para a mensuração desses prejuízos e a sua compensação aumentarão ainda mais esses custos;

(ii) já se os ganhos em eficiência e os prejuízos causados pela regulação (*demoralization costs*) estiverem acima dos custos de cálculo e compensação (*settlement costs*), a medida será válida e será devida indenização. Isso porque, com custos de cálculo e compensação baixos, será possível e razoável avaliar a diferença entre os ganhos (*efficiency gains*) e os prejuízos (*demoralization costs*) para se proceder à compensação;

(iii) por fim, se os prejuízos estiverem abaixo dos ganhos em eficiência, a regulação será lícita e não será devida indenização, já que não se terá uma diferença entre os ganhos e os prejuízos a ser compensada.

André Cyrino (2014, p. 215) observa que a fórmula utilitarista proposta por Michelman não considera apenas os efeitos individuais e imediatos da regulação, mas também o efeito que se pode gerar a longo prazo, na coletividade, caso não haja a devida compensação aos prejuízos causados pela regulação.

De fato, uma análise sobre o tratamento a ser dado a determinada regulação e às regulações em geral não pode considerar apenas o efeito imediato e individual, mas deve buscar antecipar os efeitos futuros e coletivos daquela regulação. Isso porque um caso concreto de regulação em que não se garanta ao indivíduo a devida compensação pelos prejuízos patrimoniais que lhe foram causados acaba por ter um efeito multiplicador no tempo. Essa lógica se infere da própria conceituação dos *demoralization costs*, que abrange prejuízos e outros efeitos que possam ser causados tanto ao indivíduo quanto à sociedade. Parece razoável entender que os prejuízos causados à sociedade por várias e diferentes regulações acabam por se somar uns aos outros, devendo essa soma ser considerada para fins de sopesar os custos e ganhos de sucessivas regulações que se deem em um mesmo grupamento social.

V.II.II. APONTAMENTOS DA DOUTRINA BRASILEIRA SOBRE REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS

Em seu Curso de Direito Administrativo, Alexandre Aragão trata, no tópico referente às desapropriações indiretas, das regulações expropriatórias, que chama de “desapropriação

indireta-restrição administrativa” ou “desapropriação regulatória”. Para aferir o caráter expropriatório ou não de uma regulação, o autor segue uma lógica de proporcionalidade.

Segundo Alexandre Aragão (2013, p. 510), se a norma ou ato restritivo violar algum dos três elementos do princípio da proporcionalidade, será inconstitucional. Nesse caso, haverá necessariamente o direito a indenização, podendo inclusive, dependendo do caso concreto, ser exigível o retorno ao *status quo ante*.

No entanto, Alexandre Aragão identifica uma situação de maior dificuldade para a identificação do caráter expropriatório nos casos em que a norma ou ato sejam constitucionais, tendo em vista que muitas vezes fortes condicionamentos à propriedade podem perfeitamente ter esteio constitucional (ARAGÃO, 2013, p. 510).

Diante disso, Alexandre Aragão (2013, p. 511) define como critérios para identificação dos casos de “desapropriação regulatória” a ensejarem a necessidade de indenização a “especificidade e a anormalidade da limitação em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade”. Segundo o autor:

[P]ara a restrição lícita ser indenizável ela tem que ser específica em relação a um ou alguns dos cidadãos, e não dirigida difusamente a toda a sociedade; e anormal, no sentido de não decorrer das limitações já inerentes à viabilização da vida em sociedade. Teremos que aferir, portanto, se os requisitos para eclodir a responsabilidade civil objetiva por ato ou norma lícita estão presentes. (ARAGÃO, 2013, p. 511).

O autor ressalta ainda que, nesses casos, o prejuízo causado ao particular se resolverá apenas em indenização, sem que seja possível o retorno ao *status quo ante*, tendo em vista a legalidade e constitucionalidade da medida (ARAGÃO, 2013, p. 511).

Também tratando do tema das regulações expropriatórias, Gustavo Binenbojm (2010) pontua o quão difícil é “determinar o ponto partir do qual a regulação se transforma em expropriação”. O autor traz, então, o teste proposto por Richard Epstein, em livro referência sobre o tema¹⁶, para que se verifique se determinada regulação se configura expropriatória.

Nesse teste, o qual se aplica para avaliarem-se os excessos regulatórios, o julgador deverá perguntar: (i) se houve um esvaziamento do direito de propriedade (*taking of private property*); (ii) se existe uma justificativa para a

¹⁶ EPSTEIN, Richard. **Takings**: Private Property and the Power of Eminent Domain. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

expropriação; (iii) se o esvaziamento é feito em benefício de uma finalidade pública; e (iv) se há alguma forma de compensação pelo *taking* (essa compensação pode ser implícita, o que ocorreria em atividades privadas que se valem de algum benefício do Estado para o seu exercício). Se a resposta às duas últimas perguntas for negativa, estará configurada a expropriação. (BINENBOJM, 2010).

Gustavo Binенbojm (2010) segue defendendo que, no Brasil, é possível identificar as hipóteses de regulação expropriatória através de uma análise à luz do princípio da proporcionalidade, com a análise sucessiva dos seus três elementos ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Gustavo Binенbojm (2010), a regulação que se caracteriza como expropriatória é aquela que não é proporcional, na medida em que se afigura desnecessária e/ou desproporcional em sentido estrito. O autor ressalta que, a menos que seja a única forma de se atingir determinado fim constitucionalmente previsto, o sacrifício desmedido de direitos deve ser evitado.

Deve-se atender à necessidade, subprincípio da proporcionalidade, dando preferência sempre às medidas menos gravosas aos direitos dos administrados. Também a proporcionalidade em sentido estrito deve ser observada, sob pena de se ter uma regulação expropriatória. Assim, se os custos de determinada regulação forem maiores do que os benefícios por ela trazidos, estar-se-á diante de regulação expropriatória (BINENBOJM, 2010). Conforme aponta Gustavo Binенbojm:

A regulação que expropria será aquela com custos muito elevados para o direito de propriedade sem um benefício equiparável para os interesses da coletividade. Em outras palavras, a desproporcionalidade haverá quando os custos individuais superarem os benefícios coletivos da medida. (BINENBOJM, 2010).

Nos dois casos – regulação desnecessária e regulação desproporcional em sentido estrito – se cogitará da invalidade da regulação desproporcional (BINENBOJM, 2010).

Levando em consideração que não há uma prevalência, a priori, do interesse coletivo sobre o particular – e isso foi já exposto neste trabalho quando se tratou da constitucionalização do direito administrativo -, é possível que determinada medida seja considerada desproporcional a partir de uma comparação entre os custos individuais e os

benefícios coletivos que proporcione. Assim, nos casos em que os interesses privados sejam desproporcionalmente atacados, estar-se-á diante de regulação expropriatória (BINENBOJM, 2010).

Gustavo Binenbojm (2010) faz ainda uma comparação entre tributação e regulação, salientando o caráter regulatório inerente à tributação e citando Richard Epstein, que aponta que tanto a tributação quanto a regulação “podem ser utilizadas como meio de confisco, porquanto as duas são equivalentes a uma (parcial) tomada (*taking*) da propriedade privada”. Decerto, se, por um lado, o ente federativo tem a capacidade para criar e cobrar tributos, por outro lado, a Constituição Federal (art. 150, IV) veda que a tributação assuma o caráter de confisco. Da mesma forma, a regulação não poderá trazer ônus tal ao administrado que impeça a manutenção da sua atividade econômica ou esvazie economicamente a sua propriedade. E o autor conclui esse raciocínio comparativo, afirmando que “o confisco está para a tributação assim como a regulação expropriatória está para a regulação”, e pontua:

Medidas que imponham restrições que inviabilizem economicamente uma atividade privada são confiscatórias. A fixação de preços (ou tarifas) abaixo da realidade é inconstitucional, pois, como já consignou o STF, são um “empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa”. Em verdade, a regulação que estabeleça preços irrealis como forma de atingir uma finalidade pública é, de fato, expropriatória. (BINENBOJM, 2010).

Nesse sentido, o STF já assentou que: “[S]em dúvida, todo imposto que torne praticamente proibitivo a exploração de um comércio lícito, deve ser considerado inconstitucional” (BRASIL. STF. RE 18.976, 1952).

Por esse entendimento, caso haja outras formas de aproveitamento econômico da propriedade, ou seja, caso a regulação ressalve alguma forma razoável para a exploração econômica da atividade ou da propriedade, não será expropriatória a regulação. Também a possibilidade de repasse do custo criado pela regulação para o preço a ser cobrado representa elemento que retira da regulação o caráter expropriatório (BINENBOJM, 2010).

Por fim, conclui Gustavo Binenbojm apontando os critérios que sugere para a aferição do caráter expropriatório ou não de uma regulação:

Em resumo do que se expôs, a regulação será expropriatória e inconstitucional, diante do exame do caso concreto: (i) quando vier acompanhada de esbulho possessório; (ii)

quando for desproporcional, porquanto desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; e (iii) quando for excessiva por configurar esvaziamento econômico ou retirar o conteúdo prático do direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas, sem qualquer compensação para o proprietário. (BINENBOJM, 2010).

Em seu artigo “Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria”, de 2014, André Cyrino faz referência às soluções propostas por Gustavo Binenbojm para identificar quando uma regulação será expropriatória.

André Cyrino concorda com a afirmação de Gustavo Binenbojm de que a regulação acompanhada de esbulho configurará expropriação. Cyrino aponta que “a tomada da posse é critério forte a determinar um confisco inconstitucional. Nesta hipótese, evidencia-se a incorporação forçada do bem ao patrimônio público e o esvaziamento das faculdades inerentes ao domínio privado”. E acrescenta ainda uma observação a partir da tese de Frank Michelman: nesses casos em que há a tomada da posse, os custos com a avaliação dos prejuízos e identificação do que se deve indenizar são baixos “ao contrário dos elevados custos gerados na decisão que levou ao esbulho” (CYRINO, 2014, p. 227) – ou seja, trata-se de situações em que os *settlement costs* são baixos, ao passo que os *demoralization costs* são altos, o que, segundo a teoria de Michelman tratada acima, configuraria hipótese em que se deve indenizar o particular pelos prejuízos causados pela regulação.

Mas Cyrino aponta também a necessidade de que se fixem outros critérios para identificar uma regulação expropriatória e distingui-la das regulações comuns. Segundo André Cyrino:

O esforço é de busca de parâmetros mínimos que possam ser utilizados com base na tradição jurídica brasileira e que justifiquem o remédio judicial de nulidade. Critérios de proporcionalidade, proibição do excesso, na linha do sustentado por Gustavo Binenbojm, além da vedação do uso de tributos para fins de confisco podem ser passos iniciais — mas não suficientes — na busca de parâmetros de avaliação do caráter expropriatório da regulação. (CYRINO, 2014, p. 228).

André Cyrino concorda com Gustavo Binenbojm no sentido de que toda regulação expropriatória é desproporcional. No entanto, ele afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo para se aferir o caráter expropriatório de regulações não

resolve o problema, tendo em vista que “pode ser igualmente tormentosa a aplicação do postulado da proporcionalidade” (CYRINO, 2014, p. 228).

Da mesma forma, segundo Cyrino, a noção de vedação do excesso, que está ligada a qualquer situação em que se restrinja um direito fundamental, não é suficiente para uma distinção definitiva entre regulação comum e regulação expropriatória. Segundo o autor, “devem-se investigar meios de diminuição da incerteza quanto à definição de uma expropriação” (CYRINO, 2014, p. 228).

Ao salientar a importância do desenvolvimento de uma teoria sobre as regulações expropriatórias, André Cyrino (2014, p. 229) lembra que “também é função social da propriedade a produção de riqueza e o desenvolvimento”, o que faz com que a atividade econômica não possa ser tomada para a realização de finalidades públicas que acabem por refletir a sua extinção.

Assim como Gustavo Binenbojm, André Cyrino entende que, se houver a possibilidade de repassar ao consumidor/usuário o custo gerado pela regulação, não se estará diante de regulação expropriatória. E essa possibilidade de absorção dos prejuízos da regulação pela atividade empresarial é um elemento que Cyrino (2014, p. 228) considera que deve ser objeto de maiores estudos como critério para aferição da existência ou não de confisco ou expropriação.

Ao tratar das soluções em geral já apresentadas para a identificação do caráter expropriatório ou não de regulações, André Cyrino afirma:

Em primeiro lugar, as soluções gerais de aplicação do dever de proporcionalidade, ponderação de interesses, concordância prática, limites imanentes, etc., embora possam contribuir para o equacionamento de casos concretos, não aprofundam o fenômeno da regulação econômica e social e sua relação com a extensão constitucional conferida à tutela da propriedade. Tais recursos metodológicos, aliás, já foram importados para alguns trabalhos que abordam o estudo da regulação econômica, a qual já se habituou ao exame de proporcionalidade. Todavia, referidos enfoques, de modo geral, apenas refletem, no âmbito do exame da regulação, aquilo que já se estudava para os limites de atos normativos em geral. (CYRINO, 2014, p. 204).

Segundo Cyrino (2014, p. 230), as abordagens focadas no exame da proporcionalidade, em regra, apenas reproduzem aquilo que já se estudava para os limites dos atos normativos em geral, assim como o fazem as teses que têm como foco o banimento ao

confisco e a vedação do excesso. Para o autor, há a necessidade de mais estudos específicos sobre os excessos de regulações, independentemente da sua forma.

Cyrino também faz uma crítica às concepções majoritárias do Direito Administrativo sobre limites à propriedade privada. Segundo ele, tais perspectivas:

(i) partem de pontos de vista autoritários, relacionados ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, operacionalizado num despótico poder de polícia, fundado numa etérea noção absolutista de domínio eminente; e (ii) merecem revisão para que se considerem as proteções (materiais e procedimentais) conferidas à propriedade privada no modelo constitucional brasileiro. (CYRINO, 2014, p. 204).

A necessidade de uma revisão do atual modelo de desapropriação já foi objeto de tópico anterior deste trabalho, tendo sido defendida uma releitura do instituto à luz da constitucionalização do Direito. De fato, diante do questionamento de tradicionais paradigmas centrais do Direito Administrativo e tendo em vista a centralidade em que se colocam os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, não pode ser mantido o atual modelo de desapropriação, que se encontra defasado e descolado da forma como se dá atualmente a relação entre Administração Pública e administrado.

André Cyrino (2014, p. 205) prossegue apontando a necessidade de se combinarem “ingredientes ignorados tanto pela literatura focada em teorias de direitos fundamentais quanto pela doutrina preocupada com questões relacionadas à intervenção do Estado na propriedade e na economia”. Segundo o autor, é preciso que se desenvolva no Brasil uma teoria geral de regulações expropriatórias em que se fixem limites à atuação regulatória do Estado. Essa teoria deverá levar em consideração a vedação ao confisco e os limites constitucionais à tomada de bens (CF: art. 5º, LIV, XXII-XXVI; art. 150, IV; e art. 170, II e III) (CYRINO, 2014, p. 205).

Por fim, André Cyrino salienta a falta de estudos sobre limites às regulações no Brasil, tendo em vista a insuficiência de teses focadas na proporcionalidade, na proibição do confisco e na vedação ao excesso para a fixação de parâmetros sobre o tema. O autor reconhece a contribuição das ideias já apresentadas sobre o assunto no sentido da fixação de parâmetros para se identificarem as regulações expropriatórias. No entanto, ele defende a necessidade de mais estudos específicos sobre as regulações e seus excessos, a fim de que se forme uma

teoria de limitações à atividade regulatória nas suas variadas formas – uma teoria sobre as regulações expropriatórias no Brasil (CYRINO, 2014, p. 203).

V.III. JURISPRUDÊNCIA SOBRE REGULAÇÕES EXPROPRIATÓRIAS NO BRASIL

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já julgaram inúmeros casos envolvendo desapropriações indiretas através de regulações. Da jurisprudência que se formou a partir desses precedentes, verifica-se que os dois Tribunais têm entendimentos diferentes sobre o tema, sendo, portanto, ainda inexistente uma solução definitiva (CYRINO, 2014, p. 219).

Conforme salienta André Cyrino (2014, p. 219), o STJ teve, ao longo do tempo, uma mudança da sua jurisprudência, que pode ser dividida em dois momentos. No primeiro deles, o STJ admitia a “possibilidade de caracterização de desapropriação indireta em razão de regulações gerais (geralmente rotuladas de limitações administrativas)”. Nos últimos anos, porém, o STJ tem mudado o seu entendimento.

O STF, por sua vez, “admite (ao menos em *obiter dictum*) a possibilidade de caracterização da modalidade expropriatória indireta por meio de limitações administrativas de caráter regulatório, reconhecendo que a gravidade das restrições promovidas por normas gerais poderia ensejar proteção judicial” (CYRINO, 2014, p. 219).

André Cyrino, ao tratar da jurisprudência sobre o tema, destaca os casos relativos à criação do Parque Estadual da Serra do Mar:

Os casos envolvendo a criação do Parque Estadual da Serra do Mar em São Paulo sobressaem-se pelo elevado número de precedentes que tentaram (sem sucesso) definir os requisitos do instituto. O parque da Serra do Mar do Estado de São Paulo foi criado em 1977 pelo Decreto Estadual no 10.251, alterado pelo Decreto Estadual no 13.313/1979. Tais decretos fixaram os limites geográficos do parque, provocando incidência de rigorosa legislação ambiental sobre a propriedade privada ali existente. Na dicção do Decreto Estadual nº 10.251, a criação do parque teve “a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais, recreativos e científicos” (art. 1º). O regulamento também estabeleceu que as terras compreendidas no parque fossem, desde então, “declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação, por via

judicial ou amigável” (art. 6º). Esperava-se que se expedissem novos decretos de modo a concretizar as desapropriações, inclusive com o pagamento de indenização prévia, em dinheiro. Todavia, nem todas as terras foram efetivamente desapropriadas, muito embora não mais pudessem ser economicamente exploradas.

Diante da gravidade das restrições, diversos proprietários que não tiveram suas terras expressamente desapropriadas, mas que possuíam imóveis no perímetro do parque florestal, ingressaram em Juízo pretendendo o recebimento de indenização. A alegação básica dessas demandas era a de ocorrência de desapropriação indireta. Aduziu-se que a criação do parque configurava violação ao direito de propriedade, e que os rigorosos gravames acabaram por esvaziar completamente o conteúdo econômico dos seus terrenos. (CYRINO, 2014, p. 220).

Nessa ocasião, o STJ, em um primeiro momento, reconheceu a ocorrência de desapropriação indireta através da criação do Parque Estadual da Serra do Mar. O STJ aplicou ao caso o entendimento de que, havendo a perda dos poderes que caracterizam a propriedade (usar, fruir e dispor), estaria configurada a expropriação, ainda que a atuação administrativa estivesse na forma de limitação administrativa genérica (CYRINO, 2014, p. 220). A partir da adoção desse entendimento, o STJ determinou o pagamento de indenização a diversos particulares.

No entanto, o entendimento do STJ foi alterado posteriormente. Em acórdão de relatoria do Min. Luiz Fux, colocou-se que é pacífica a jurisprudência atual do STJ no sentido de que:

[A] criação do ‘Parque Estadual da Serra do Mar’, por intermédio do Decreto no 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou qualquer limitação àquelas preexistentes, engendradas por outros atos normativos (Código Florestal, Lei de Parcelamento do Solo Urbano), que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. (BRASIL. STJ. AgRg no REsp n. 988.785/SP, 2009).¹⁷

O atual entendimento do STJ é no sentido de que as medidas determinadas pelo decreto estadual tinham caráter de meras limitações administrativas, já que não houve esbulho possessório e nem o esvaziamento de todas as faculdades inerentes à propriedade.¹⁸ Ademais,

¹⁷ Esse acórdão foi proferido pela Primeira Turma do STJ em 2009, e teve relatoria do min. Luiz Fux. No mesmo sentido: EREsp no 610.158/SP, rel. ministro Castro Meira, DJe 22-9-2008, AgRg no REsp 649183/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 4-2-2010. V. tb., mais recentemente STJ, EDcl no AREsp 150.667/SP, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 15-10-2013.

¹⁸ Em outro caso, referente à criação de área de preservação permanente, o STJ adotou entendimento no mesmo sentido, apontando que “a desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em

a criação do Parque Estadual era uma aplicação da função social da propriedade, a qual já era garantida desde 1965 pelo Código Florestal (Lei 4.771/1965) (BRASIL. STJ. REsp. 468.405/SP, 2003). Nessa ocasião, o STJ entendeu pelo não cabimento de indenização diante de regulação de caráter geral. A imposição deveria ser suportada pelos proprietários dos bens tendo em vista o interesse coletivo.

Em outros casos envolvendo a criação de área de preservação permanente, o STJ entendeu também que “a desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente” (BRASIL. STJ. Agr. Reg. nos ED no REsp nº 1417632/MG, 2014).¹⁹

Outros casos julgados pelo STJ envolveram a perda de propriedade em razão da criação de reservas indígenas. Na ocasião do julgamento desses casos, o STJ fixou o entendimento de que a demarcação de terras indígenas não configura desapropriação indireta, que dependeria de esbulho possessório.²⁰ Soma-se a esse argumento o de que, na demarcação de terras indígenas, há processo administrativo com manifestação dos proprietários envolvidos (CYRINO, 2014, p. 222).

Para o STJ, portanto, para haver desapropriação indireta, é preciso que haja esbulho possessório. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO BUSCANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE PORTARIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. RECURSO PROVIDO.

[...] 3. O procedimento de demarcação de terras indígenas não pode ser comparado ao apossamento administrativo — também chamado de desapropriação indireta —, caracterizado como verdadeiro esbulho possessório, sem a

favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1417632-MG. Relator: min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302056443&dt_publicacao=11/02/2014>. Acesso em: 17 de março de 2016.

¹⁹ Ver também o precedente citado no acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.361.025-MG. Relator: min. Humberto Martins, Segunda Turma, 29 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300001457&dt_publicacao=28/06/2013>. Acesso em: 17 de março de 2016.

²⁰ Nesse sentido, confira-se o Recurso Especial nº 767490/GO, julgado pela Primeira Turma do STJ em 2007, com relatoria do ministro Luiz Fux.

necessária garantia do contraditório e do devido processo legal. [...] (BRASIL. STJ. REsp nº 1.097.980/SC, 2009).

Como exemplos que atestam esse entendimento do STJ, André Cyrino menciona dois casos:

Assim, por exemplo, a Corte não criou óbice ao pagamento de indenização por desapropriação indireta no caso da obra do prédio da Câmara Municipal de Camaçari, do estado da Bahia, construída em terreno particular (STJ, REsp no 950.290/BA, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 5-6-2008). O mesmo para a construção de rodovia (BR-060), que passa sobre propriedade particular, (STJ, REsp 767490/GO, rel. ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7-5-2007) ressaltando-se, no entanto, as restrições administrativas que daí advenham com a imposição, por exemplo, de área *non aedificandi*, não seriam indenizáveis (STJ, REsp 760498/SC, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, DJe 12-2-2007. Há julgados em sentido contrário, e.g.: STJ, REsp no 641.725/SC, relator: Castro Meira, Segunda Turma, DJ 12-9-2005, p. 282; e STJ, REsp no 149765/GO, rel. ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 27-4-1998). (Referências de julgados citadas pelo autor).

Já o STF admite a possibilidade de configuração de desapropriação indireta através de limitações administrativas. Conforme resalta André Cyrino (2014, p. 222), pelo entendimento do STF, que é diametralmente oposto ao do STJ, a criação da Reserva Florestal da Serra do Mar, por exemplo, caracterizaria desapropriação indireta. Confira-se:

Ação de desapropriação indireta. Reserva Florestal Serra do Mar. Assente a jurisprudência do Supremo Tribunal de que é devida indenização pela desapropriação de área pertencente à reserva florestal Serra do Mar, independentemente das limitações administrativas impostas para proteção ambiental dessa propriedade. (BRASIL. STF. AI 529.698/SP, 2006).

Para o STF, como as matas têm um valor econômico e este é esvaziado pela regulação ambiental que cria áreas de proteção permanente, restaria, nesses casos, configurado o dever de indenizar. Nesse sentido, no Agravo de Instrumento nº 677.647/AP, julgado em 20 de maio de 2008, o relator ministro Eros Grau consignou no seu voto que “a parcela de cobertura vegetal sujeita a restrições administrativas é passível de indenização, segundo parâmetros de

mercado, de forma que o expropriado venha a ser ressarcido do valor correto, justo e real do bem que lhe foi retirado”.²¹

Assim, pelo entendimento esposado pelo STF, em que pese ser possível a regulação ambiental, tal regulação não pode anular a proteção à propriedade privada.

No entanto, conforme aponta André Cyrino, apesar de o STF reconhecer expressamente a possibilidade de configuração de desapropriação indireta pela criação de reservas ambientais, o Tribunal considera a matéria como infraconstitucional, reforçando a competência do STJ para o tratamento do problema.²² Nesse sentido:

Com efeito, à luz da jurisprudência desta Corte, as matas preservadas têm valor econômico que deve ser considerado na indenização relativa à desapropriação. (...) No entanto, trata-se de questão de âmbito infraconstitucional, de modo que não cabe o recurso extraordinário, dada a inexistência de ofensa direta à Constituição federal.²³

André Cyrino (2014, p. 223), tratando da jurisprudência do STF sobre o tema, afirma que “o não tratamento da matéria sob o ponto de vista constitucional é um erro a merecer reparo”.²⁴ O autor embasa o seu entendimento no fato de se tratar de tema a ser tratado sob uma ótica de debate constitucional sobre a proteção da propriedade. Conforme já se tratou neste trabalho, as regulações expropriatórias acabam por configurar burla ao sistema constitucional de proteção à propriedade privada. Tendo em vista o caráter constitucional do

²¹ Trecho do voto do min. Eros Grau, relator do AI no 677.647/AP. (BRASIL. STF. AI 677.647/AP, 2008). No mesmo sentido, AI no 278029/SP, rel. min. Moreira Alves, j. 19-2-2002, Primeira Turma, DJ 5-4-2002, p. 60. RE no 134.297, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 13-6-1995, DJ 22-9-1995, p. 30.597; e o RE no 100.717/SP, rel. min. Francisco Rezek, j. 9-12-1983, Segunda Turma, DJ 10-2-1984, p. 1019.

²² André Cyrino (op. cit., p. 223) pontua que: “Em regra, o STF não conhece do recurso, apesar de consignar seu entendimento sobre o caso. Nesse sentido, por exemplo, o citado precedente RE no 134.297, rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 13-6-1995, DJ 22-9-1995, p. 30.597. No RE no 267.817-1/SP, contudo, o STF conheceu do recurso com fundamento no art. 5º, XXIV, da Constituição, para determinar que o Juízo a quo considere a possibilidade de indenização pela cobertura florestal, no caso da criação de reserva ambiental estabelecida por norma geral (rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-10-2002, DJ 29-11-2002).”

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo de Instrumento nº 295.072-SP Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Relator: min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. DJe 218, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28295072.NUME.+OU+295072.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/znu2cn>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

No mesmo sentido: RE nº 267.817/SP rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-10-2002, Segunda Turma, DJ 29-11-2002, p. 42. Mais recentemente, v. STF, RE nº 597.897 AgR/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda turma, DJe 26-6-2013; STF, AI no 851.862 AgR/SC, rel. min. Teori Zavascki, Segunda turma, DJe 17-9-2013; STF, RE nº 629.993 AgR/DF, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, 4-12-2012.

²⁴ CYRINO, op. cit., p. 223.

tema, parece realmente que o mais razoável e acertado seria reconhecer à discussão o caráter constitucional que lhe é inerente.

Constata-se, portanto, que o STF e o STJ discordam quanto às hipóteses que configurariam ou não regulações expropriatórias. Enquanto o STJ entende ser elemento essencial à configuração da desapropriação indireta o esbulho possessório, o STF reconhece a possibilidade de ocorrência de expropriação através de meras limitações administrativas que venham a esvaziar o conteúdo econômico da propriedade.

Tal divergência jurisprudencial reforça ainda mais a necessidade do desenvolvimento de teses doutrinárias sobre o tema, a fim de que se venha a dar um tratamento adequado aos casos de regulação expropriatória, evitando-se, com isso, decisões conflitantes em casos semelhantes.

V.IV. ENTENDIMENTOS SOBRE O TEMA NO BRASIL E NOS EUA

Conforme se verificou do tópico anterior, a jurisprudência no Brasil ainda não tem entendimento pacífico sobre o tema das regulações expropriatórias.

No entanto, é de se ressaltar a dificuldade de se alcançar uma solução definitiva sobre o assunto. Mesmo nos Estados Unidos, onde a questão já é discutida há quase um século e a literatura sobre o assunto é bem mais vasta, não há ainda entendimento pacífico sobre as regulações expropriatórias. Nesse sentido, vide trechos do artigo de Richard A. Epstein publicado na página da Stanford Law Review:

Infelizmente, o direito das modernas desapropriações está em grande desordem, porque a Suprema Corte lida de forma incorreta com os interesses divididos sob a *Takings Clause* da Quinta Emenda, em que se lê: “a propriedade privada não será tomada para uso público sem compensação”. A distinção reinante da Suprema Corte nessa área se dá entre expropriações físicas e regulatórias. Em uma expropriação física, o governo ou uma pessoa privada autorizada pelo governo ocupa terra privada no todo ou em parte. No caso de uma expropriação física propriamente, o governo deve pagar ao proprietário plena compensação pelo valor da terra ocupada. As expropriações regulatórias, por sua vez, deixam os proprietários na posse, mas os sujeita a restrições na habilidade de usar, desenvolver ou dispor da terra. Sob o atual direito, expropriações regulatórias só são compensáveis quando o governo não pode demonstrar alguma justificativa social,

amplamente concebida, para a sua imposição. (EPSTEIN, 2012).²⁵

Assim, conforme ressalta Epstein em sua crítica, sob o atual direito das expropriações, uma ocupação física com consequências econômicas irrelevantes enseja compensação total. Por outro lado, medidas regulatórias não ensejam qualquer compensação, ainda que levem a enormes perdas econômicas (EPSTEIN, 2012).

A distinção entre expropriações físicas e regulatórias tem levado, nos casos julgados pela Suprema Corte, a uma proteção muito maior às expropriações físicas, tendo em vista a histórica importância da proteção contra a ocupação. Epstein (2012) cita trecho em que o Justice Thurgood Marshall escreveu que uma expropriação física “é talvez a mais séria forma de invasão dos interesses patrimoniais de um proprietário. Para usar uma metáfora, o governo não só simplesmente toma um único ‘cabo’ do ‘feixe’ dos direitos de propriedade: ele corta o feixe inteiro, pegando um pedaço de cada cabo”.²⁶

O autor segue argumentando contra a distinção entre desapropriação física e desapropriação regulatória, mais especificamente no que concerne à menor importância e proteção dada à propriedade em relação a esta última forma de desapropriação. Segundo Epstein (2012), “a distinção categórica entre expropriações físicas e regulatórias ignora todas as semelhanças relevantes, e necessariamente aumenta o custo de administrar o sistema, especialmente nos enigmáticos casos próximos da linha divisória”.²⁷

Epstein (2012) complementa afirmando que a análise correta de quaisquer expropriações em que se verifiquem interesses divididos sobre a propriedade deve considerar

1 ²⁵ TRADUÇÃO LIVRE DO SEGUINTE TEXTO: “UNFORTUNATELY, MODERN TAKINGS LAW IS IN VAST DISARRAY BECAUSE THE SUPREME COURT DEALS INCORRECTLY WITH DIVIDED INTERESTS UNDER THE TAKINGS CLAUSE OF THE FIFTH AMENDMENT, WHICH READS: “NOR SHALL PRIVATE PROPERTY BE TAKEN FOR PUBLIC USE, WITHOUT JUST COMPENSATION.” THE SUPREME COURT’S REGNANT DISTINCTION IN THIS AREA IS BETWEEN PHYSICAL AND REGULATORY TAKINGS. IN A PHYSICAL TAKING, THE GOVERNMENT, OR SOME PRIVATE PARTY AUTHORIZED BY THE GOVERNMENT, OCCUPIES PRIVATE LAND IN WHOLE OR IN PART. IN THE CASE OF A PER SE PHYSICAL TAKING, THE GOVERNMENT MUST PAY THE LANDOWNER FULL COMPENSATION FOR THE VALUE OF THE LAND OCCUPIED. REGULATORY TAKINGS, IN CONTRAST, LEAVE LANDOWNERS IN POSSESSION, BUT SUBJECT THEM TO RESTRICTIONS ON THE ABILITY TO USE, DEVELOP, OR DISPOSE OF THE LAND. UNDER CURRENT LAW, REGULATORY TAKINGS ARE ONLY COMPENSABLE WHEN THE GOVERNMENT CANNOT SHOW SOME SOCIAL JUSTIFICATION, BROADLY CONCEIVED, FOR ITS IMPOSITION.” EPSTEIN, 2012.

²⁶ Tradução livre do seguinte texto: “is perhaps the most serious form of invasion of an owner’s property interests. To borrow a metaphor, the government does not simply take a single ‘strand’ from the ‘bundle’ of property rights: it chops through the bundle, taking a slice of every strand.” Vide *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 435 (1982). In EPSTEIN, op. cit., 2012.

²⁷ Tradução livre do seguinte texto: “The categorical distinction between physical and regulatory takings ignores all the relevant similarities, and it necessarily increases the cost of administering the system, especially in the puzzling cases close to the line”. EPSTEIN, op. cit., 2012.

os benefícios e os custos para todas as expropriações - tanto para as físicas quanto para as regulatórias.

Conforme defende o autor, a abordagem correta compensa pela diminuição do valor de mercado de um bem, independentemente de se tratar de expropriação física ou regulatória (EPSTEIN, 2012).

Uma observação interessante feita por Epstein diz respeito ao efeito de contenção da atuação do Poder Público que um “sistema de preços” naturalmente teria:

Colocar o governo sob um sistema de preços (através do pagamento de justa compensação) aumenta as chances de que expropriações só ocorram quando os seus ganhos sociais excedam os seus custos sociais. Se governos sempre atuassem com boa motivação e completo conhecimento, a proteção raramente seria necessária. Mas atores com interesses próprios raramente demonstram essa medida de autocontenção – assim, socialmente, vale à pena suportar os pesados custos de administrar um sistema de compensações.²⁸

De fato, caso a Administração Pública tenha de pagar justa compensação sempre que as suas medidas causarem perdas patrimoniais a particulares cujos bens sejam atingidos pela regulação, provavelmente as regulações só acontecerão quando os ganhos excederem aos custos – considerando-se os custos como um todo, somando-se, para esse fim, inclusive os prejuízos sofridos por um particular isoladamente. Seria uma medida de autocontenção do Poder Público que teria como consequência maior proteção à propriedade privada e às faculdades a ela relativas.

No entanto, ainda persistem na Suprema Corte dos EUA casos em que a diferenciação entre expropriação física e regulatória é feita e é tomada como elemento essencial para a determinação da necessidade ou não de compensação ao particular prejudicado em seu patrimônio. Exemplo que demonstra isso é o caso de 1993 *Yee v. City of Escondido*, trazido por Epstein (2012), em que a Justice Sandra Day O'Connor afirmou que um regulamento de controle de aluguéis “não resulta, em primeiro lugar, em uma expropriação física”, apontando ainda que, como os locadores “voluntariamente abrem a sua propriedade para a ocupação por

²⁸ Tradução livre do seguinte texto: “*Placing the government under a price system (through the payment of just compensation) increases the odds that takings will only occur when their social gains exceed their social costs. If governments always acted with good motives and full knowledge, the protection would hardly be required. But self-interested actors rarely show that measure of self-restraint—so socially, it is worth bearing the heavy costs of running a compensation system*”. EPSTEIN, op. cit., 2012.

outros, os requerentes não podem reivindicar um direito per se a compensação baseado na sua inabilidade de excluir indivíduos particulares”.²⁹

Epstein (2012) conclui seu artigo afirmando que a divisão sem escrúpulos entre ocupação e regulação é manipulada para colocar diversos temas, como controle de aluguéis, direitos minerários e direitos aéreos na categoria de expropriações regulatórias, “onde o fraco nível de proteção contra regulações expropriatórias encoraja uma excessiva atividade estatal”.³⁰ Segundo o autor, não há justificativa intelectual para se fazer essa distinção categórica entre expropriações físicas e regulatórias, e, portanto essa distinção deveria ser abolida da abordagem sobre expropriações. Essencialmente, Epstein defende a aplicação de um tratamento unificado a ambos os casos, de modo que, em cada caso, a questão central a ser discutida fosse não se é devida ou não a compensação pela expropriação, mas se a compensação corresponde ou não ao valor do interesse patrimonial tomado. Por fim, o autor afirma que “ainda há muito trabalho a ser feito” em relação ao tema (EPSTEIN, 2012).

VI. CONCLUSÃO

A partir do estudo feito neste trabalho, verifica-se que as regulações expropriatórias configuram modalidade de desapropriação indireta, tendo em vista se tratar de atuação do Estado que acaba por esvaziar o conteúdo econômico de determinado bem do particular, sem respeitar o devido processo de desapropriação, e sem compensar o particular com indenização justa, prévia e em dinheiro, nos termos do art. 5º, XXIV, LIV e LV da Constituição Federal.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 confere ao direito de propriedade *status* de direito fundamental, o que justifica a necessidade da observância de limitações ao atingimento, pelo Estado, do desse direito. Tais limitações configuram balizas instituídas pela própria Constituição como garantia ao direito de propriedade dos administrados em face da atuação estatal.

De fato, dado o caráter fundamental do direito de propriedade e as garantias colocadas pela Constituição a esse direito, qualquer atuação do Estado que importe no esvaziamento

²⁹ Tradução livre do seguinte texto: “*Because they voluntarily open their property to occupation by others, petitioners cannot assert a per se right to compensation based on their inability to exclude particular individuals*”. 503 U.S. 519, 532 (1992) In EPSTEIN, op. cit., 2012.

³⁰ Tradução livre do trecho: “*where the weak level of protection against regulatory takings encourages excessive government activity*”. EPSTEIN, op. cit., 2012.

econômico da propriedade sem a correspondente compensação configurará desapropriação indireta, independentemente da forma de que se revista.

Conforme se demonstrou, prevalece na doutrina o entendimento de que a configuração de expropriação não exige a transferência da propriedade à titularidade do Estado, e tampouco exige que a medida tenha sido veiculada por norma de efeitos concretos, voltada ao atingimento de bem ou bens específicos. Portanto, pode haver expropriação através de norma genérica e abstrata que não transfira a propriedade do bem atingido ao patrimônio estatal, desde que tal medida enseje esvaziamento da utilidade ou valor econômico da propriedade. Nesse caso, se estará diante de regulação expropriatória.

Sobre a natureza e fundamento da indenização em casos de regulação expropriatória, parece acertado o entendimento de Alexandre Aragão no sentido de que, nos casos de regulações expropriatórias, assim como nos casos de esbulho possessório, a indenização devida ao particular terá fundamento no art. 37, § 6º, CF, ou seja, será compensação pelo prejuízo causado por comportamento estatal lícito ou ilícito, tendo em vista a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Quanto à necessidade de maior estudo do tema, de fato, conforme salienta André Cyrino, faz-se necessária a construção de uma teoria sobre as regulações expropriatórias no Brasil. Com a constitucionalização do Direito Administrativo e a conseqüente perda de força de paradigmas clássicos como a prevalência do interesse público sobre o privado, cria-se a necessidade de se dar atenção ainda maior a temas como as regulações expropriatórias.

Com a constitucionalização, a alteração na relação entre Administração Pública e administrado, marcada pela centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, exige novo tratamento normativo ao instituto da desapropriação, conforme ressalta Jessica Acocella. Por outro lado, conforme se demonstrou neste trabalho, se há a necessidade de uma releitura do instituto da desapropriação para que se evitem excessos do Estado diante da sua nova relação com o administrado, maior ainda é a imprescindibilidade de uma reforçada atenção ao instituto das regulações expropriatórias, que carece até mesmo de tratamento normativo específico.

De fato, a ausência de uma sistematização no tratamento das regulações expropriatórias deixa o direito de propriedade desprotegido em relação a possíveis excessos regulatórios do Estado, o que não se pode admitir, notadamente tendo em vista as garantias que a Constituição Federal quis atribuir a esse direito.

Se, por um lado, é certo que as regulações expropriatórias merecem ser alvo de mais estudos, por outro lado também não há dúvidas de que se trata de tema extremamente complexo. E a complexidade do tema se verifica pela dificuldade da doutrina e da jurisprudência em fixar parâmetros para o reconhecimento das regulações expropriatórias, bem como em colocar limites à atuação regulatória do Estado para evitar essa categoria de expropriações.

Como visto, se, no Brasil, o STF e o STJ discordam quanto à possibilidade de configuração de expropriação através de regulações, também nos EUA, onde as discussões doutrinárias e jurisprudenciais são bem mais vastas e antigas, o tema ainda é controvertido, conforme se demonstrou acima, notadamente a partir da análise da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e dos estudos de Richard Epstein.

O entendimento no sentido da necessidade de esbulho possessório para que seja devida a indenização, tanto no Brasil como nos EUA, deve-se ao fato de a desapropriação historicamente mais antiga e, a princípio, mais comum, ter sido a física. Isso fez com que essa forma de desapropriação recebesse maior atenção e fez também com que em face dela se construíssem maiores garantias à propriedade.

No entanto, esse entendimento no sentido da necessidade de esbulho para que se configure expropriação é, ao nosso ver, equivocado, conforme se demonstrou neste trabalho, com respaldo na melhor doutrina sobre o tema³¹. É certo que novas situações e contextos exigem novo tratamento jurídico, sendo necessário verificar a *ratio* da norma, ao invés de prender o tratamento jurídico dessas novas situações a um formalismo sem embasamento na *mens legis*.

O objetivo da indenização pela desapropriação é compensar o particular por uma perda exagerada do direito de usar, fruir e dispor da sua propriedade que se deu em prol de um interesse coletivo. Independentemente da forma como essa perda se deu (se por desapropriação física ou travestida de regulamentação), verificado o dano desproporcional à propriedade, verificado o seu esvaziamento econômico, deverá haver indenização. Como observa Richard Epstein (1984), a diferenciação entre a desapropriação física e a regulatória levaria ao absurdo, na prática, de ser dada uma solução diferente para o caso de o Poder Público utilizar ou não a propriedade que foi retirada do particular, o que não é razoável. O

³¹ Nesse sentido, Gustavo Binenbojm, Alexandre Aragão e André Cyrino, bem como a jurisprudência do STF.

que se protege através da justa indenização é o direito de propriedade e, portanto, o que se deve compensar é o prejuízo causado ao particular, independentemente da forma como ele foi causado. A diferenciação entre expropriação física e regulatória, conseqüentemente, é descabida.

No atual contexto do Direito Administrativo, em que as normas constitucionais prevalecem sobre a legalidade estrita; nesse contexto em que preponderam a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais à luz, notadamente, dos princípios constitucionais que se irradiam, não se pode admitir, com base em um formalismo exacerbado, que haja excessos do Estado em prejuízo de um direito fundamental.

Não se pode, portanto, admitir que a proteção ao direito de propriedade só se efetive caso a violação a esse direito se revista de determinada forma (esbulho possessório). Em proteção ao direito de propriedade, consagrado como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, deve-se dar às regulações expropriatórias a atenção que elas merecem enquanto forma de expropriação, de desapropriação indireta que são.

Para isso, cumpre realizar maiores estudos sobre o tema, de modo a criar parâmetros que permitam melhor identificar os casos em que se dá a regulação expropriatória. Faz-se necessário também definir limitações à atuação estatal que possa configurar esse tipo de expropriação.

Por outro lado, no Brasil, também urge que o Superior Tribunal de Justiça avance o seu entendimento no sentido de vislumbrar e admitir a possibilidade de configuração de expropriações através da atividade regulatória do Estado. Fala-se aqui em necessidade de avanço porque, com as devidas vênias, o atual entendimento do STJ não se harmoniza com o hodierno contexto de constitucionalização do Direito e com o entendimento amplamente majoritário na doutrina acerca do tema.

Conforme se demonstrou neste estudo, à luz da constitucionalização do Direito Administrativo e dos seus efeitos sobre os institutos clássicos desse ramo do Direito e sobre a relação entre o Poder Público e os administrados, a atividade regulatória do Estado pode sim configurar expropriação ao esvaziar o direito de propriedade do particular, o que lhe dará o caráter de desapropriação indireta. Tendo em vista a centralidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais que vige atualmente, não restam dúvidas de que a proteção ao direito de propriedade deve receber o tratamento normativo e jurisdicional adequado, o qual deverá

abranger as diversas formas de atingimento desse direito, inclusive as regulações expropriatórias.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jessica. **O significado constitucional da justa indenização expropriatória.** Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD, N. 27, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** In: Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Organizadores: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BAPTISTA, Patrícia. **A evolução do Estado regulador no Brasil – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional.** Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1939.

BINENBOJM, Gustavo. **Regulações Expropriatórias.** Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2010/04/regulacoes-expropriatorias/>>. Acesso em: 17/01/2016.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo No Brasil: Um Inventário De Avanços E Retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 13. Março/abril de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016, p. 6.

CYRINO, André Rodrigues. **Regulações Expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

EPSTEIN, Richard A. **Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain.** Cambridge: Harvard University Press, 1984.

EPSTEIN, RICHARD A. **PHYSICAL AND REGULATORY TAKINGS: ONE DISTINCTION TOO MANY.** STANFORD LAW REVIEW ONLINE 99, 2012. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.STANFORDLAWREVIEW.ORG/ONLINE/PHYSICAL-REGULATORY-TAKINGS#FOOTNOTE_6](http://www.stanfordlawreview.org/online/physical-regulatory-takings#footnote_6)>. ACESSO EM 10 DE FEVEREIRO DE 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Tombamento e dever de indenizar.** Revista de Direito Público nº 81. São Paulo: Malheiros Editores, 1987.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **A desapropriação no Estado Democrático de Direito.** ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 593-618.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria geral do Estado.** In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 469-537.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

**AS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS QUANTO À NATUREZA DA
CFEM, A DECISÃO PROFERIDA PELO STF E RESPECTIVOS REFLEXOS NA
GESTÃO DOS RECURSOS**

**THE DOCTRINAL CONTROVERSIES REGARDING THE NATURE OF THE
CFEM, THE DECISION PRONOUNCED BY THE STF AND ITS REFLEXES IN THE
MANAGEMENT OF THE RESOURCES**

CLEBER LUCIO SANTOS JUNIOR

*Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento
Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara de
Minas Gerais.*

RESUMO: O presente trabalho pretende contribuir para o estudo sobre um instituto do Direito Minerário, qual seja, a compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais – CFEM, ligeiros apontamentos sobre o referido instituto, a importância da definição no que tange à sua natureza jurídica, especialmente para seus fins de arrecadação e fiscalização, bem como e, precipuamente, a busca por auxiliar na gestão de seus recursos de maneira íntegra e coerente com o(s) objetivo(s) pelo(s) qual(is) motivou sua implementação no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto foi analisada doutrina sobre a matéria, principalmente relativas às divergências existentes sobre as diversas questões acerca da referida compensação.

PALAVRAS-CHAVE: Mineração. CFEM. Direito Ambiental. Meio Ambiente. Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT: This paper aims to contribute to the study of an institute of Mining Law, namely, the financial compensation for the exploitation of mineral resources - CFEM, light notes about the institute, the importance of defining the terms of their legal nature, especially to their collection and inspection purposes, as well as and, primarily, the search for help in managing their resources fully and consistently with the (s) objective (s) by (s) which (is) led to its implementation in order legal parental rights. For this was analyzed doctrine on the matter, especially regarding existing differences on the various issues concerning the compensation payments

KEYWORDS: Mining. CFEM. Environmental Law. Environment. Sustainable development.

I. INTRODUÇÃO

A atividade de mineração possui uma importância social e econômica para o desenvolvimento do Brasil que não pode ser desprezada; pelo contrário, é digna de destaque no panorama nacional em seus mais diversos contextos históricos, desde a colonização portuguesa. Nos últimos anos, em especial, é notável o crescimento da participação e a contribuição da mineração na economia nacional, como revelam os contundentes índices de evolução do Produto Interno Bruto (PIB) da indústria mineral em comparação com o PIB total do Brasil. Nos últimos anos, considerando o período compreendido entre 1997 e 2007, em apenas dois exercícios (1999 e 2007) o PIB da indústria mineral teve desempenho inferior ao do PIB total. Ressalvadas essas oscilações pontuais, mercê dos dados apresentados, observa-se que em alguns anos o crescimento do PIB mineral ultrapassou 10% (dez por cento) – 2002, desvelando a significativa influência exercida pela atividade minerária sobre a pauta comercial brasileira.

A significativa relevância do setor mineral e suas características próprias, levaram quase a totalidade dos países de tradição em extração minerária a implantar, de alguma forma, meios de compensar a sociedade pela exploração de seus recursos minerais. No caso brasileiro, a participação no resultado ou Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais (CFEM), assegurada aos entes federados no artigo 20, §1º, da Constituição da República de 1988, foi instituída pela Lei n.º 7.990, de 28.12.1989, em cujo artigo 6º definiu-se a sua incidência sobre a exploração de recursos minerais voltada a “fins de aproveitamento econômico”, com uma alíquota, em média, de 3% (três por cento), esta incidindo “sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial [...]”. A dimensão economicamente apreciável do aspecto material de sua hipótese de incidência, alcançando o resultado da exploração, conduz à conclusão de, *primus*, se considerar o faturamento líquido – eleito como base de cálculo da CFEM – como uma alusão ao próprio resultado, do qual participaria o Estado; e de que, *secundus*, no caso de não ser apurado resultado (positivo), não seria devida a exação em foco. Tal digressão, muito embora não seja objeto do presente introito, contém inegável relevância para o estudo sistemático da CFEM.

Pouquíssimo tempo depois foi publicada a Lei n.º 8.001, em 13 de março de 1990, que parece haver promovido uma genuína interpretação, ao definir faturamento líquido como o “total das receitas de vendas”, após o expurgo – eis o esclarecimento propiciado pelo legislador –, (i) dos tributos incidentes sobre a comercialização, (ii) das despesas de transporte e (iii) de seguros. Além disso, discriminou as alíquotas incidentes sobre essa base imponible, em razão da substância mineral explorada, e determinou em qual proporção deve ser distribuído o produto da arrecadação entre os diferentes níveis de federação pátria. Essa divisão demonstra a clara intenção de prestigiar o federalismo brasileiro, privilegiando o local onde a atividade mineral foi fisicamente realizada, haja vista o percentual destinado aos municípios, qual seja, 65% (sessenta e cinco por cento).

Debalde à louvável iniciativa em prestígio da novel unidade federativa criada pela CR/1988, em geral, no arcabouço da arquitetura federalista do País não se pejaram os legisladores nacionais de caminhar no sentido de concentrar as receitas tributárias (que representam, de largo, a principal fonte das receitas públicas) nas mãos da União, quedando os Municípios – entidades mais próximas das carências diuturnas dos cidadãos –, com uma parca participação do total arrecadado. À burra da União atualmente convergem cerca de 70% (setenta por cento) das receitas públicas, enquanto os Estados e Distrito Federal arrecadam 25,6%, restando aos Municípios módicos 4,4% de toda receita tributária. Nesse sentido, sobreleva-se a altaneira relevância da CFEM como importante fonte de recursos para os Municípios em cujo território se desenvolve as atividades sujeitas à sua incidência.

Diante disso, indaga-se: Afinal, qual é a natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, a CFEM? Trata-se, a CFEM, de um instrumento financeiro eficaz na efetivação de política (s) ambiental (ais) com observância ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável? A (s) finalidade (s) que motivou sua implementação tem sido cumprida (as)? E, quanto à gestão dos referidos recursos, essa tem sido feita de maneira responsável e coerente aos fins pela qual a referida compensação foi instituída?

A relevância da pesquisa evidencia-se na medida em que revela os argumentos controversos na doutrina acerca da natureza jurídica do instituto da CFEM, o entendimento quanto a esta firmado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do REExt n.º228.800-5/DF, bem como no que tange à gestão desses recursos, a sua fundamental importância para a efetividade do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, e, por fim, sugere a “readequação

da rota” desde o recolhimento de tais recursos pela Administração Pública até a sua aplicação coerente aos fins nos quais motivou a sua implementação, cuja finalidade de encontrar mais uma forma de tutela do meio ambiente, sem olvidar o progresso social e, conseqüentemente, concluindo que, o gestor público, especialmente, necessita estar atento às necessidades do ente federativo a qual está vinculado, a fim de criar alternativas viáveis e exequíveis para aplicação desses recursos.

Utilizam-se como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental com o levantamento de decisão judicial e análise da legislação aplicável. A partir destes procedimentos, conclui-se que existe no ordenamento pátrio uma lacuna na forma de recebimento/repasso dos recursos da CFEM, ou seja, que poderão se dar nos chamados “caixas únicos” do ente federativo, ou nos fundos especialmente criados para tal finalidade, bem como a gestão improdutiva presidida pelo gestor dos mesmos.

Nesse sentido que procurou-se realizar este trabalho acerca da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, verificando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência quanto à sua definição, um de seus temas mais divergentes e problemáticos, objetivando um melhor entendimento sobre o assunto e verificando quais os aspectos positivos e negativos do trabalho que vem sendo desenvolvido na legislação e doutrina, além de observar como tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, nessa busca de proteção e preservação do meio ambiente, bem fundamental na vida de todas as espécies.

II. LIGEIOS APONTAMENTOS SOBRE A ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO MINERAL E A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA SOBRE A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS - CFEM

A atividade de mineração integra um setor da economia que reconhecidamente apresenta peculiaridades, observadas também em vários outros países, em virtude de determinadas especificidades não contempladas em outras searas, notadamente a característica da *rigidez locacional* e do conhecimento prévio da *vida útil* do empreendimento. A *rigidez locacional* consiste na indisponibilidade do bem mineral em um local previamente desejado ou planejado, mas sim sua configuração em sítios nos quais convirjam diversas variáveis de ordens física, química e geológica, determinantes do acúmulo de recursos

minerais em quantidades e teores economicamente viáveis. Já a *vida útil* da mina é consequência do aproveitamento econômico da jazida, conceito ligado à quantidade finita de minério, o que, obrigatoriamente, leva ao seu esgotamento no futuro, culminando na exaustão do depósito mineral.

A despeito da notoriedade do precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) firmado no julgamento do RExt n.º228.800-5/DF, no qual se assentou, de forma lacônica, a definição da natureza jurídica da CFEM, mercê da magnitude e de seus relevantes desdobramentos, não deve a *quaestio iures* ser abandonada, mormente ao se considerar a superficialidade com a qual foi versada no aludido arresto. O tema ainda demanda maiores reflexões da doutrina e da jurisprudência, porquanto se revela decisivo para a identificação do regime jurídico aplicável à exação, determinante da disciplina jurídica de seus mais variados aspectos.

Por certo, a relevância da natureza jurídica CFEM exsurge sob vários prismas, seja a partir de sua importância jurídica, econômica ou social, dentre outras.

A título exemplificativo de sua relevância econômica e social, vale destacar a louvável política de fomento adotada em alguns países para estimular o processamento local dos minérios, geração de empregos, riquezas, maior capacidade de consumo, etc., notadamente levada a cabo por países africanos e pela Austrália. Revela-se, pois, a CFEM como um valioso instrumento de indução de investimentos e impulso da economia nacional/local.

A par disso, as receitas públicas auferidas em decorrência da arrecadação da CFEM revelam-se expressivas e significativas, ensejando, apenas para o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), receitas que se aproximam a R\$900 milhões/ano. Considerando que a menor parte do volume arrecadado se destina ao órgão federal, mediante um simples cálculo de aritmética se conclui que os Municípios receberam mais de R\$5 bilhões, enquanto os Estados perceberam quase R\$2 bilhões.

De forma geral, aqui e alhures, a indústria da mineração é digna de tratamento peculiar, merecendo gravames especiais em virtude de implicar a exploração econômica, potencialmente ofensiva ao meio ambiente, de um bem finito, não renovável e de titularidade do Estado.

Contudo, não se pode olvidar que se não houver atividade de extração mineral, os recursos minerais acumulados pela natureza no sítio geológico não são suscetíveis de qualquer valoração econômica.

Nos termos do artigo 20, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, os recursos minerais não se confundem com a titularidade do solo (superfície), mas são bens reservados à União. Os depósitos minerais (jazidas) não são do minerador, contudo, é ele quem se responsabiliza por todos os investimentos de pesquisa, prospecção, análise, viabilidade, enfim, de todos os custos necessários para a consecução do empreendimento, de modo a atribuir ao recurso mineral uma utilidade ou valor economicamente apreciável. Significa dizer que o valor da substância mineral que pertence à União guarda pouca relação com o valor do produto mineral *per se in loco et in natura*, mas deriva das atividades de sua prospecção, exploração e industrialização. Nesse diapasão, Gomes de Souza assevera que “[...] o recurso mineral in situ está totalmente dissociado do produto mineral, pois é o minerador que atribui valor econômico ao bem escondido na natureza, ao investir seus recursos para descobri-lo e transformá-lo em riqueza, por meio da pesquisa e da lavra autorizada pela União Federal”.

Nessa ordem de ideias, Gomes de Souza entende ser mais adequado compreender a CFEM como uma participação estatal no resultado da exploração do recurso mineral de sua titularidade, e não como uma participação no lucro do minerador, pois enquanto a primeira decorreria da relação jurídica entre o titular do bem (União) e o concessionário privado, o lucro nasceria da exposição ao risco tomado pelo empreendedor, sem qualquer participação estatal. Em sentido oposto, milita o reconhecimento de dois pressupostos fáticos cumulativos ao nascimento da obrigação de recolher CFEM, quais sejam, (i) a operação de exploração de recursos minerais para fins econômicos e (ii) a auferição de resultado positivo ou lucro nessa operação, de forma a não bastar a exploração, uma vez que se houver resultado positivo, não haveria do que o Estado participar.

III. DA NATUREZA JURÍDICA DA CFEM

Na aceção assentada pelo STF no julgamento do RExt n.º228.800-5/DF, restou definida laconicamente a natureza jurídica da exação. Tal decisão da Suprema Corte causou surpresa no meio jurídico brasileiro por haver não mais que tangenciado a discussão sobre a CFEM, porquanto tal acórdão é praticamente desprovido de fundamentação, induzindo à conclusão de não terem merecido atenção a grande controvérsia carregada pelo tema e seus relevantes desdobramentos.

Importa ressaltar que a natureza jurídica da CFEM é relevante pelo fato de ser decisiva e determinante para a identificação do regime jurídico que lhe é aplicável, ou seja, pode-se afirmar que o regime jurídico aplicável (tributário, administrativo, cível, etc.) decorre da natureza jurídica de que lhe for reconhecida. Por certo, a escorreita e coerente resposta à várias importantes questões não prescindem de uma definição da natureza jurídica da CFEM, por exemplo:

- 1) Quais os seus prazos decadenciais e prescricionais? Qual é o *dies a quo* do cômputo de cada um deles?
- 2) Afinal, há que se falar em decadência, ou apenas prescrição?
- 3) A exigência da CFEM se sujeita ao primado da estrita legalidade? Pode a definição de seus contornos ser delegada ao Poder Executivo? Em qual medida? Podem os elementos de seu critério quantitativo (base de cálculo e alíquota) ser definidos ou alterados por ato normativo infralegal, a exemplo do ocorre nos casos das tarifas ou preços públicos? Devem seus elementos quantitativos guardar relação de pertinência ou equivalência a eventual dilapidação do patrimônio da União como ocorrem nas indenizações?

Da forma como a CFEM vem sendo manejada e cobrada, em alguns momentos pode-se inferir que a Administração confunde os conceitos de resultado, beneficiamento, industrialização e transporte, dentre outros, bem como o risco de uso do artifício das sanções políticas, morais e indiretas, tão combatidas na seara do Direito Tributário, para viabilizar arrecadações através da instrumentalização do poder de polícia e sua variante regulatória, e até mesmo através de enviesado uso da imprensa com fins ideológicos, o que acarreta perdas no valor do empreendimento e influencia os mercados. Some-se a isso o cenário de insegurança jurídica gerado pela demora nas fiscalizações; as incertezas quanto ao seu escopo e na produção dos relatórios e cumprimentos de obrigações acessórias; a pressão exercida pelas administrações municipais, cada vez mais interessadas no volume gerado pela CFEM, dentre vários outros.

Os efeitos de uma decisão do STF sobre a natureza jurídica da CFEM podem inibir investimentos em novas fronteiras minerais, pois pode gerar considerações de cenários institucionais no futuro em que há (a) um aumento desproporcional da exação, (b) sua redução, ou mesmo (c) maior ou menor autonomia regulatória do Poder Executivo sobre a

atual compensação. Acresça-se a isso a influência que incertezas jurídicas, econômicas e regulatórias têm sobre recursos dos potenciais investidores, pois, como bem ressaltado pela literatura econômica, as decisões de investimentos de capital dependem basicamente, mas sem se esgotar, de alguns fatores fundamentais, a saber: *primus*, da demanda, *secundus*, dos juros e tributos que oneram a atividade, e, *tercius*, da estabilidade e expectativas sobre a situação da economia. No caso da CFEM é certo que a definição de sua natureza jurídica e, *ipso iure*, de seu regime jurídico, exercerá influência nas decisões de inversão de capital em função da estabilidade, do aumento (ou não) dos custos de operação e de oportunidade envolvidos em qualquer exploração mineral. Acredita-se, pois, que a relevância da investigação da natureza jurídica da CFEM é ponto nuclear, determinante e decisivo para a identificação do regime jurídico aplicável à exação, o que implicará em desdobramentos fiscalizatórios, tributários, econômicos, sociais e políticos na evolução da mineração brasileira.

III.I. A CFEM COMO CONTRAPRESTAÇÃO PELO USO DE BEM PÚBLICO

A melhor apreensão do instituto em comento requer uma interpretação sistemática do texto constitucional. Conforme demonstrado, há previsão constitucional da propriedade dos recursos minerais pela União e da sua garantia de sua exploração pelos particulares. Tudo isso, aliado à possibilidade de instituição de uma compensação financeira ou de participação nos lucros decorrentes de tal exploração, só pode levar à conclusão de que o uso de aludidos bens públicos somente poderá ser outorgado de forma onerosa.

É de se salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal (STF), nessa mesma esteira, já decidiu que, a despeito da denominação “*compensação financeira sobre a exploração mineral*”, a CFEM representa, na realidade, verdadeira participação nos lucros, o que corrobora a tese esposada.

O uso especial ou privativo possui conteúdo amplo, abrangendo faculdades tais como a ocupação, exploração, poderes de transformação e até disposição do bem.

Em razão deste vasto espectro de situações que o uso de bem público contempla, mostra-se possível estabelecer uma analogia simples, para fins didáticos, entre o uso especial dos recursos minerais e a utilização dos terrenos de marinha pelos particulares.

Da mesma forma que, no tocante aos terrenos de marinha, se cede o uso do imóvel mediante pagamento de taxa de ocupação marinha, foro e laudêmio, no que tange aos recursos

minerais cede-se o uso de bem público mediante o pagamento de percentual sobre o faturamento líquido, verificando-se, em ambos os casos, uma retribuição pela utilização do bem público.

Desta feita, a CFEM configura verdadeira contraprestação pelo uso especial dos recursos minerais, sendo certo que, vez que o *quantum* devido, *in abstracto*, é fixado de forma percentual sobre o valor do faturamento líquido, tem-se uma contraprestação ilíquida, a princípio – já que seu valor não pode ser fixado aprioristicamente -, mas determinável quando de seu cumprimento.

Assentada a premissa da CFEM enquanto contraprestação pelo uso de bem público, remanesce o questionamento sobre definir em qual das espécies contraprestacionais ela se enquadraria. Há correntes que defendem sua subsunção às taxas, ao preço público e aos *royalties*.

III.II. A CFEM COMO INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

O verbo compensar possui os sinônimos “reparar”, “ressarcir” e “indenizar”. Assim, necessário se faz o reconhecimento da similaridade dos termos “compensação” e “indenização”.

Neste ponto não se pode discordar, pois, ao utilizar o termo “Compensação”, o constituinte determina a instituição de verdadeira indenização. Comprovando tal assertiva, insta transcrever o disposto no artigo 27, da Lei n.º2.004/53, que sinalizava ser necessária uma indenização ao ente federativo, pela extração dos minerais ali mencionados, *in verbis*:

“Art.27. **A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios** onde fizerem a lavra do petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, “INDENIZAÇÃO” correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás.
(...)

3º. Os Estados e Territórios distribuirão 20% (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos

Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles devendo este pagamento ser efetuado trimestralmente. (...)”

Isso porque, somente com o advento da Lei n.º 7.990/90, e seguindo orientação contida na Constituição Federal, o termo “indenização” foi alterado por “compensação financeira” já que, no entendimento do legislador pátrio, seria um ressarcimento, ou melhor, uma compensação, pela utilização dos recursos minerais, insista-se, de propriedade da União. Nesta ordem de ideias, este valor recebido seria, por conseguinte, uma receita originária.

Mas, como dito, a alteração do vocábulo não foi capaz de alterar a natureza jurídica da CFEM, mantida como uma verdadeira indenização.

Neste aspecto podemos traçar uma similaridade com a moderna teoria do usuáriopoluidor, nova denominação do poluidor-pagador.

Este princípio significa que o poluidor deverá ser imputado das despesas relativas às medidas, emanadas pelo poder público, para que o meio ambiente permaneça num estado aceitável, sendo um princípio de aplicação universal.

Tal princípio dá ensejo à instituição de mecanismos capazes de fazer com que, na cadeia de produção, sejam internalizados os custos decorrentes da utilização de recursos naturais. Esses mecanismos podem ter natureza reparatória, compensatória e até mesmo preventiva.

Isso porque toda atividade produtiva ou de exploração dos recursos, gera, além dos danos ambientais, impactos sociais e econômicos, chamados em linguagem econômica de “externalidades”.

Neste sentido, a CFEM nada mais seria do que valorização monetária destas externalidades, sendo naturalmente calculadas sobre a remuneração gerada pela exploração dos minerais.

Assim como o princípio do poluidor-pagador ou usuário-pagador que não visa contestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação, a CFEM se dá da mesma maneira, tentando reparar os danos outros causados à localidade onde se dá a exploração.

Desta forma, a CFEM pode ser entendida como recurso econômico utilizado para que o explorador arque com os custos da atividade, ou seja, haja a internalização dos efeitos externos (externalidade), passando assim a repercutir nos custos finais dos produtos e serviços

oriundos da atividade. Por outro ângulo “*busca-se fazer com que os agentes que originaram as externalidades assumam os custos impostos a outros agentes, produtores e/ou consumidores*”.

III.III. A CFEM COMO INDENIZAÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Federal, tanto no artigo 20, inciso IX, quanto no artigo 176, estabelece que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens de propriedade da União.

Por sua vez, o artigo 177, inciso V, da CR/88, estatuiu como monopólio da União: a pesquisa; a lavra; o enriquecimento; o reprocessamento; a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Com base nesses dispositivos, infere-se que, no Brasil, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são de propriedade da União, porquanto esta detém o monopólio de sua exploração. Além disso, a pesquisa ou a lavra de tais recursos só podem ser desempenhadas por brasileiros ou empresas de capital nacional, na forma da lei, e mediante autorização ou concessão da União, com vistas ao interesse nacional.

Por conseguinte, a exploração das riquezas do subsolo, nas condições acima, pode acarretar danos ao patrimônio público, mais especificamente aos Estados e aos Municípios. Nesse sentido, o artigo 20º, §1º da CR, estabeleceu que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos da Administração Direta da União têm legitimidade para usufruir da compensação financeira devida frente aos riscos de dano decorrentes de tal atividade de exploração.

Com vistas a assegurar tal ressarcimento, temos a CFEM – Compensação Financeira pela Exploração Mineral – que se enquadra na hipótese de compensação financeira paga por aqueles que exercem atividades mineradoras, em razão dos danos causados ao meio ambiente pela prática de tal atividade.

III.IV. A CFEM COMO PREÇO PÚBLICO

Caso a Carta Magna permitisse simplesmente a criação de taxas, a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios poderiam criar quaisquer modalidades de taxas.

Entretanto, a Constituição autorizou as pessoas políticas a criarem taxas de serviço e de polícia, implicitamente proibindo-as de instituir quaisquer outras modalidades desse tributo.

Considerando a vedação demonstrada, verifica-se a impossibilidade de se caracterizar a CFEM como uma taxa, vez que ela deriva da venda do bem público, qual seja, os recursos minerais extraídos pelo particular.

Conforme anteriormente explicitado, a concessão do título de direitos minerários consiste em um contrato de promessa de compra e venda, que se transforma em um efetivo contrato de compra e venda no momento da extração dos recursos minerais, quando ocorre a tradição do bem para o patrimônio do particular. Como qualquer contrato de compra e venda, pressupõe-se o recebimento de uma soma em dinheiro, denominada preço. Como no caso em tela o credor é o Poder Público, chama-se essa contraprestação de preço público.

O preço público representa o pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial, ou a retribuição pela utilização e consumo de serviço ou bem, de natureza comercial ou industrial, que o Estado fornece.

Dessa assertiva, conclui-se pela existência de dois requisitos essenciais para a caracterização de preço público, quais sejam, a prestação de um serviço ou a venda de um bem (elemento financeiro) e o fato de a contraprestação ser decorrente de obrigação contratual, ou autônoma (elemento jurídico), que se distingue das obrigações *ex vi lege* (heterônomas).

Embora o preço público se caracterize como uma contraprestação, não é possível afirmar que exista equivalência econômica entre o bem vendido e o montante exigido pelo Estado. A relação preço-custo não afeta a natureza contraprestacional do valor pago pelo particular, uma vez que o preço público atende a anseios da economia pública, quando o objetivo de lucro pode até mesmo inexistir.

Por esse motivo, a CFEM é definida por critérios objetivos, com base no faturamento líquido do explorador, podendo-se afirmar que sua quantificação se baseia no princípio da capacidade econômica.

Nessa ordem de ideias, vale destacar que a jurisprudência tem entendido não ser a CFEM um tributo, reconhecendo-a como uma receita originária, decorrente de alienação (ou exploração) do patrimônio público.

Por tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira

previstas no artigo 20, §1º, CR, que configuram receita patrimonial”. (STF. RE n.º228.800. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 16/11/2001).

Interessante observar que, em sendo a CFEM considerada receita patrimonial, aplicar-se-ão aos créditos dela derivados os prazos previstos na Lei n.º9.636/98, alterados pela Lei n.º10.852/04, quais sejam, o decadencial de dez anos para sua constituição, mediante lançamento, e o prescricional de cinco anos para sua exigência, contados do lançamento. Note-se que o lançamento, ou a constituição do crédito, no caso da CFEM consiste na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito para Pagamento.

III.V. A CFEM COMO *ROYALTY*

A classificação da CFEM como receita pública originária, ou como *royalty* corresponde à remuneração pela exploração de bem público, encontra ainda alguns outros aparentes obstáculos face à forma como foi prevista pelo constituinte e pelo legislador ordinário.

Uma das eventuais dificuldades dessa tese é a alegação de que, como remuneração pela exploração de bem público, a CFEM teria que ser recebida e utilizada pela União, haja vista que os recursos minerais lhe pertencem de maneira exclusiva.

Contudo, a própria Constituição (artigo 20, §1º) assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração ou a compensação financeira por essa exploração. Em princípio, haveria, portanto, uma incongruência, uma vez que não é possível atribuir receita originária a quem não seja proprietário do bem.

Com o objetivo de atender ao mandamento constitucional é que se promoveu um compartilhamento da CFEM entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, haja vista que somente com recursos adequados é que se pode ter uma efetiva autonomia administrativa, descentralizar o poder e, assim, fortalecer o federalismo.

A Lei n.º8.001/90, ao definir percentuais de distribuição da CFEM, estabelece (artigo 2º, parágrafo 2º) que 23% serão destinados aos Estados e ao Distrito Federal, 65% aos Municípios, 2% ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT -, 10% ao Ministério de Minas e Energia, a serem integralmente repassados ao Departamento

Nacional de Produção Mineral (DNPM), que, por sua vez, destinará 2% de sua parte para a proteção mineral das regiões mineradoras, por intermédio do IBAMA.

Diante da ausência de restrição, observa-se, portanto, que Estados e Municípios têm liberdade de empregar esses recursos segundo suas atribuições, enquanto os órgãos federais têm a discricionariedade de empregá-los conforme seus fins, estando apenas o IBAMA limitado a destinar os recursos à proteção mineral e o FNDCT vinculado à destinação dos recursos para o desenvolvimento científico e tecnológico do setor mineral.

É natural que os recursos possam ser empregados na proteção do meio ambiente, haja vista que tal proteção é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme estabelecido no texto constitucional (artigo 23); entretanto, o administrador tem a discricionariedade na utilização desses valores.

Ainda que grande parte da arrecadação tivesse um uso expressamente previsto na legislação, essa simples atribuição não ensejaria uma alteração da natureza jurídica do instituto.

III.VI. A CFEM COMO TRIBUTO - CIDE

As Contribuições Especiais são tributos autônomos, categoria singular com critério distinto de validação e regulamentação. Consistem em uma espécie tributária distinta da vinculada a uma atuação estatal em benefício ou pertinência em favor de um grupo de contribuintes.

Em princípio, aduz-se que somente a União é competente para a instituição das contribuições. Cristalino que a CFEM é instituída exclusivamente pela União, embora esta tenha delegado a arrecadação e fiscalização à entidade autárquica, o DNPM.

Contribuição Social destina-se à atuação da União no custeio de metas fixadas na Ordem Social, ou seja, se destinam ao custeio da sociedade no atendimento aos direitos sociais elencados pela Constituição Federal, razão pela qual, não guardando estas características únicas, não poderia certa exação ser classificada como essa espécie de Contribuição.

A CFEM se enquadraria na distinta espécie de Contribuição Especial que visa resguardar a Ordem Econômica quando o Estado entende conveniente a intervenção direta ou

indireta no domínio econômico para alcançar certos objetivos que poderiam se mostrar prejudiciais à livre iniciativa praticada no mercado brasileiro.

Pelo exposto, verifica-se que a Compensação em destaque apresenta todas as características de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), haja vista assumir a natureza jurídica tributária a se enquadrar perfeitamente na intervenção do Estado na proteção ambiental.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Compensação Financeira pela Exploração Mineral possui natureza jurídica tributária, tendo em vista preencher as características constantes do artigo 3º, do Código Tributário Nacional, bem como se enquadrar perfeitamente no conceito de receita derivada, sujeitando-se às regras do Sistema Tributário Nacional.

Importante relembrar que, entre as espécies tributárias presentes no ordenamento nacional, a CFEM apresenta todas as características de uma contribuição especial, mais precisamente em uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, demonstrando, de forma incontestável, sua natureza jurídica tributária.

IV. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou realizar uma análise sobre a esfera de um instituto do Direito Minerário, qual seja, o da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, buscando através da doutrina e jurisprudência buscar informações de como vem sendo trabalhada a questão, com o objetivo de ampliar o conhecimento da matéria e verificar seus pontos positivos, negativos e as divergências que ocorrem entre os operadores do Direito.

Após, buscou-se um aprofundamento acerca da questão da natureza jurídica da CFEM, as controvérsias doutrinárias existentes ao que tange à mesma, tendo esta sido objeto de decisão em sede de Recurso Extraordinário (REExt n.º228.800-5/DF) a qual foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Pela pesquisa realizada, pode-se observar que está cada vez mais sendo percebida a importância fundamental do meio ambiente e que é crescente a preocupação com o mesmo. Esta preocupação vem refletida na legislação, ficando clara em artigos como o artigo 225, da Constituição Federal de 1988, onde diz que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à vida e impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-los.

Percebe-se que há a necessidade de se atualizar o instituto da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, visando alcançar um Estado, interna e externamente, mais aparelhado e mais justo, do ponto de vista ambiental.

Assim, fica clara também a necessidade de uma melhora na educação ambiental, para que todos tenham conhecimento da extrema importância de um meio ambiente saudável e que é preciso preservá-lo para que também se preserve a vida.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários À Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente e Suas Sanções Administrativas**. São Paulo: J. H. Mizuno. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º228.800-DF. Requerente: Mineração Taboca Ltda. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence**. Brasília, 25 de dezembro de 2001.

COPOLA, Gina. **A Lei dos Crimes Ambientais Comentada Artigo por Artigo – Jurisprudência sobre a Matéria**. São Paulo: Fórum. 2012.

DIAS, Edna Cardozo. **Direito Ambiental no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Fórum. 2013.

DNPM. Sumário Mineral 2007: **Desempenho da Economia Mineral Brasileira**. Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br>. Acesso em 12/06/2016.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Fórum. 2015.

FERRARA, Marina, GALLO, Luciana Drumond, WERKEMA, Maurício Sirihal, PERSECHINI, Sílvia Ferreira. **Estudos De Direito Minerário – Volume 1**. São Paulo: EDUSP. 1981.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 9ª ed. Atualizada por Izabel Camargo Lopes e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 229.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA et al. **Análise e avaliação de impactos ambientais**. 2001.

REIS, Nelson Lara dos, BARRETO, Maria Laura. **Desativação de empreendimento mineiro no Brasil**. São Paulo: Signus, 2001.

REIS, L. B. dos; FADIGAS, E. A. A.; CARVALHO, C. E. **Energia, recursos naturais e a prática do desenvolvimento sustentável**. Barueri: Manole, 2005.

REZENDE, Leonardo Pereira. **Avanços e Contradições de Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétricas**. São Paulo: Fórum. 2015.

RIZZINI, C. T. **Preliminares acerca das formações vegetais e de reflorestamento no Brasil Central**. Rio de Janeiro: SAI, 1962.

ROSA, L. P.; Sigaud, L.; La Rovere, E. L. **Estado, energia elétrica e meio ambiente**. Rio de Janeiro: La Rovere Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.

SCLIAR, Cláudio. **Geopolítica das minas do Brasil: a importância da mineração para a sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. P. 35.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; HARTMANN, Débora; SILVEIRA, Thaís Alves da. **Dano Ambiental e a Necessidade de uma Atuação Proativa da Administração Pública**. Revista Veredas do Direito. Vol. 12. P. 343-373. Belo Horizonte: ESDHC, jul/dezembro. 2015.

SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. **A Compensação Financeira pela exploração dos recursos minerais - CFEM**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 314 p

TÔRRES, Heleno Taveira. **A compensação financeira (art. 20, §1º, da CF) na discriminação constitucional de rendas – regime jurídico e aspectos tributários**. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, n.º3. Belo Horizonte: Del Rey, maio/ago 1999. Ano II.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: ALGUNS ELEMENTOS E UM POSSÍVEL CONTROLE JUDICIAL

ADMINISTRATIVE DISCRETION: SOME ELEMENTS AND POSSIBLE JUDICIAL CONTROL

PHILLIP GIL FRANÇA

Pós-doutor Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor dos cursos de Especialização em Direito IDP (Brasília), Abdconst (Curitiba) e Unibrasil (Curitiba).

RESUMO: O fator humano no agir administrativo é, e sempre foi, o eixo da balança que determina quando, como e de que forma o ato administrativo estará em conformidade com os constitucionais padrões de legalidade impostos para que o Estado flua de forma republicana, democrática e, principalmente, a promover o concreto desenvolvimento intersubjetivo dos cidadãos, na condição de protagonistas do sistema de direitos e deveres fundamentais que determina os rumos do país. Logo, para um possível controle da discricionariedade administrativa, não se poder afastar o ato administrativo da sua criação pelo homem.

PALAVRAS-CHAVES: Discricionariedade; ato administrativo; controle judicial.

ABSTRACT: The human factor in administrative action is, and always was, the axis of the scale that determines when, how and in what form the administrative act will be in conformity with the constitutional standards of legality imposed for the state to flow in a republican, democratic way And especially to promote the concrete intersubjective development of citizens, as protagonists of the system of fundamental rights and duties that determines the country's course. Therefore, for a possible control of administrative discretion, the administrative act of its creation by man can not be removed.

KEYWORDS: Discretionary; Administrative act; Judicial control.

O Estado funciona a partir de escolhas. A possibilidade de optar por um caminho, dentre alguns, que estão à disposição do gestor público, mediante um contexto de legalidade para o alcance de um concretizável interesse público, pode indicar o que se denomina *discricionariedade administrativa*.

Mas, não apenas isso. Discricionariedade administrativa sugere a margem legal de atuação estatal³², conforme a realização dos valores que constituem o Direito, sob o eixo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, em que pese a utilização desta expressão por respeitada doutrina³³, nenhuma *liberdade* (ou faculdade) existe para a efetivação das *escolhas públicas* que fundam o aspecto discricionário administrativo.

Na verdade, não há a faculdade³⁴ do administrador público para escolher entre duas ou mais opções legais, mas, sim, existe a apresentação legal de dois caminhos possíveis a serem seguidos e, de acordo com o caso concreto, um deles será o melhor a ser realizado. A opção (escolha, liberdade ou faculdade) não está no administrador.

O que se tem é a possibilidade legal de se promover um determinado (ou determinável) interesse público por meio de duas ou mais possibilidades legais que, apenas após o juízo de *conveniência e oportunidade* do administrador, conforme os valores do Direito – por meio de uma racional ponderação dos valores envolvidos em dado caso concreto – o administrador poderá prosseguir na construção da melhor resposta à situação com que se defronte.

Assim exposto, entende-se por *discricionariedade administrativa* o revestimento discricionário do ato administrativo, conforme todas as prerrogativas e sujeições estatais inerentes ao regime jurídico administrativo próprio desta atividade pública. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, discricionariedade é compreendida como latitude de poder.³⁵

O poder discricionário da Administração Pública (ou a característica discricionária do ato administrativo) se conforma no momento em que a lei estabelece a possibilidade de o gestor público escolher como poderá realizar o interesse público a ser concretizado a partir dos

32 Discricionariedade administrativa é a margem legal de atuação administrativa do Estado. É diferente de margem legal de atuação política do Estado. Porque uma se refere à atuação do Estado, como Administração (seja na Função Legislativa, Jurisdicional ou Executiva) e outra à atuação do governo.

33 Como, por exemplo, nos cursos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro.

34 Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo, assim leciona sobre discricionariedade: "Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.67).

35 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.161.

valores do Direito; como proporcionalidade, por exemplo. A discricionariedade administrativa determina a necessária abertura do sistema para que possa desenvolver-se, a partir da superação de situações que a dicção legal vinculada não supre. Entretanto, tal escolha não significa liberdade, tampouco insindicabilidade pelos legítimos meios de controle da Administração Pública.

Vladimir da Rocha França leciona que "a discricionariedade administrativa compreende um processo de decisão regulado pela lei, no qual se autoriza à autoridade estatal, no exercício de competência administrativa, o emprego de critérios de conveniência e oportunidade na concretização do interesse público"³⁶. Afirma o autor que "na discricionariedade administrativa há a convivência entre o juízo de juridicidade e o juízo de oportunidade da Administração, em razão de sua proximidade com a realidade social e da insuficiência da lei para prever todos os pressupostos de ação necessários para as demandas dos casos enfrentados pela Administração"³⁷.

É cediço que o conceito de discricionariedade não permanece estático no tempo. Sua evolução acompanha a evolução do princípio da legalidade. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a amplitude do aspecto discricionário do ato administrativo.³⁸

Nesse contexto, quando a atividade administrativa do Estado é questionada, ainda cabe imaginar que existem zonas sombrias de controle da discricionariedade administrativa?

De forma geral, é próprio de um *liberalismo positivista* o discurso de que a discricionariedade administrativa não pode ser alvo de controle jurisdicional. Isto porque,

36 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.85.

37 *Id.*

38 No período do Estado Liberal de Direito, a legalidade somente se aplicava a uma esfera restrita de atuação administrativa, naquilo que dissesse respeito às restrições aos direitos individuais; em tudo o mais, a Administração Pública era livre para agir; ela dispunha de ampla margem de discricionariedade. Nesse período, a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representa a vontade geral do povo. Com o Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, com a outorga de novas funções na área social e econômica e, paralelamente, com a atribuição de competência normativa, envolvendo a possibilidade de editar normas com a força de lei (medidas provisórias, regulamentos autônomos, decretos-leis, leis delegadas ou outras modalidades). [...] o princípio da legalidade ampliou-se para abranger as leis e os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo. Além disso, passou a abranger toda a esfera de atuação da Administração Pública, dando origem ao postulado segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Com o Estado Democrático do Direito, conforme assinalado, a legalidade passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios). Além disso, verifica-se nova ampliação da função normativa, agora não do Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, mas da Administração Pública, com a chamada função reguladora exercida pelas agências. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24.ed., p.32).

partem da noção de que a dicção do Estado – a *voz pública* – é absoluta no campo de sua incidência.

Em outros termos, tal linha de pensamento transparece a compreensão de que apenas pode ser plenamente adequado ao ordenamento positivado os reflexos daquilo que a norma delimita em seu *retrato*. Inclusive, quando o mesmo ordenamento expressa certa “*liberdade*” de escolhas de caminhos a se percorrer. Logo, salvo “*estriduloso erro formal*”, a Administração sempre atuará nos limites dos trilhos preestabelecidos por uma lei formalmente legítima.

Ora, se tal raciocínio fosse verdadeiro, não se precisaria de pessoas para realizar o *agir administrativo*. Até porque, o grau de eficiência administrativa, conforme este discurso de atuação nos estritos trilhos da lei positivada, seria muito maior no afastamento dos seres humanos das decisões da Administração.

E é o que parece, por exemplo, nos sistemas de arrecadação tributária nacional, como o da Secretaria da Receita Federal. Lá, um “*ultrassofisticado*” sistema de informática consegue cruzar dados, construir fatos e chegar a conclusões que certamente o homem, sozinho, não conseguiria – ou demoraria muito tempo para conseguir; e assim o faz, integralmente, conforme a lei.

Pergunta-se, no entanto, o cego agir estrito conforme a lei traz desenvolvimento ou estabelece a estagnação do país? *Neste mesmo caminho, ignora-se o conteúdo estabelecido no art. 3.º da Constituição, ou se promove a sua concreta efetividade, buscando a superação da simples atuação positivista?*

A resposta, por certo, precisa ser salomônica. Isto porque, determinados nichos da Administração atuam mediante um alto grau de vinculação legal, pois existe a possibilidade de se prever fortemente as consequências daquela lei que sustenta tal atividade.

Outros, pelo contrário, precisam de um espaço para desenvolvimento, realizado apenas a partir da superação de questões concretas pelo indivíduo. E, neste universo de crises e *superações*, ainda não se encontram máquinas hábeis o suficiente para compreender as reais consequências que a atuação humana pode refletir em outro humano.

Não se afirma, assim, que os agentes administrativos – na sua totalidade – conseguem alcançar tais conclusões. Mas se aceita, destarte, que as falhas dos humanos possam ser superadas para que novas realidades sejam criadas – pois foram ocasionadas por seus semelhantes.

Logo, numa eventual estrutura administrativa afastada do caráter humano, *artificialmente ótima*, não há como se aceitar a falha, pois a sua construção é voltada para que *atenda a lei em sua literalidade*.

Opostamente, a partir do reconhecimento da Administração feita por pessoas, para pessoas, abstrai-se da única e inatingível resposta correta de Dworkin e caminha-se para o alcance da melhor resposta de Alexy.

Tal fato, no reflexo do Direito no cotidiano social, importa em admitir que não há possibilidade de se aceitar atos administrativos insindicáveis pelo Estado-juiz (inclusive, os discricionários), pois seria medida frontalmente contrária ao atual sistema constitucional – com destaque aos fundamentos do Estado (art. 1.º da CF/1988); regime de tripartição de Funções (Poderes) do Estado (art. 2.º da CF/1988); objetivos do Estado (art. 3.º); regime de direitos fundamentais expressos (na sua maioria no art. 5.º da CF/1988) e implícitos.

Isto porque, do contrário, o Estado teria que se apresentar como o sistema infalível de ações e resultados, bem como, fruto de atividades que, sem a necessária superação de falhas, não se desenvolveria e não realizaria seu mister fundamental de proteção e promoção do cidadão.

A cada verificação de conformação do ato administrativo com os valores do direito, novos anseios surgem para, assim, serem novamente verificados e, desse modo, tornar a máquina administrativa apta a atender ao cidadão e à sociedade, os quais estão em constante movimento.

Isto é, precisa-se superar a ideia do máximo afastamento do Estado no atendimento dos anseios do cidadão, conforme discurso liberal que já não retrata os fenômenos atuais. Igualmente, afastar o discurso de que a dicção legal, em seu sentido estrito, é suficiente para se superar todos os casos jurídicos. Defende-se, então, o caminho do Estado passível de desenvolvimento sustentável – próprio de um regime socioambiental –, mediante a superação das questões enfrentadas e absorvidas como degraus de sua evolução, assim como de todos os seus partícipes.

Nesse regime de crescimento, conforme sua capacidade de regeneração diante dos problemas superados – *sustentabilidade* –, inexistente espaço para atos administrativos não passíveis de controle jurisdicional.

Não há margem legal que não possa ser verificada e, assim, legitimada pelos entes controladores da Administração Pública (inclusive, pela sociedade). Pelo simples fato de que

questões não superadas, aceitas por meio de uma legitimação *puramente formal*, não condizem com o sistema de responsabilidade da República Federativa do Brasil; com o núcleo duro estabelecido a partir dos fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana; com o poder-dever que o Estado-juiz detém de verificação de toda reclamada ameaça ou lesão ao direito; e pelo regime de garantias fundamentais que o cidadão possui ante o Estado.

Destaca-se, nesse entendimento, o mencionado aspecto da suposta discricionariedade técnica resultante da construção do mérito de alguns atos oriundos da Administração, uma vez que – *de forma descabida – agentes administrativos equivocadamente acreditam que não há*, no atual ordenamento jurídico, formas de atingir tal mérito extremamente técnico de atos provindos do Executivo.

Isso posto, considerando o exercício de sua técnica específica sobre as competências sob as quais estão adstritos, tornar-se-ia impossível aferir eventuais exageros acerca da razoabilidade e proporcionalidade do conteúdo dos respectivos atos administrativos produzidos – conclusão que deve ser afastada, em respeito ao acato do direito fundamental de ação e do dever de adequada prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

Mediante o exposto, o caminho para a *melhor* resposta exarada pelo Judiciário – conforme critérios de *proporcionalidade* na operacionalidade jurisdicional, em um sistema de *ponderação* racional dos princípios – é essencial para o estabelecimento do devido lugar da primazia dos direitos fundamentais.

Desse modo, é dever de todos os partícipes do Estado a busca permanente de afastar eventuais levantes tirânicos e antidemocráticos voltados à persecução de uma resposta correta – concedida pelo agente administrativo *Hércules* (conforme doutrina de DWORKIN, Ronald. *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984 –, tais como se apresentam (em determinadas ocasiões) na atuação administrativa atual. Para tanto, a incansável vigilância de cada envolvido e interessado na realização do Estado é essencial.

Nesse cenário, o Judiciário precisa firmar o seu papel na sociedade que protege, impondo o seu poder-dever de coibir atos que ameacem ou agridam o direito, tendo em vista sua prerrogativa de aplicabilidade coativa das normas jurídicas aos litigantes. Assume, então, sua posição como um dos órgãos de controle das atividades normativas do Executivo e como uma das peças centrais da manutenção da estabilidade social do Estado.

A inafastável atuação do Judiciário na aplicação do direito ao caso concreto é capital para a estrita observância da segurança jurídica dos atos da Administração Pública e para a

proteção do cidadão, mesmo considerando as atuais limitações que este Poder encontra para a revisão da mecânica estatal administrativa.

No contexto desenhado, é vital que os operadores do direito passem a se preocupar de que forma os atos administrativos deverão ser tratados na prática contenciosa. Uma vez que a máquina estatal existe para determinado escopo, entre outros, de dinamizar a atuação do Estado. Destarte, o controle exercido pelo Judiciário deve ser verificado com cautela para que seus efeitos, dentro de uma sistemática lenta e burocrática, não sejam usados com objetivos não tão nobres quanto o é a segurança jurídica dos atos administrativos em prol do cidadão.

Dentro dessa necessária reflexão, sugere-se o estudo da doutrina, inclusive, de R. Alexy, com o fito de encontrar um resultado racionalmente eficiente para o dilema da atuação da Administração Pública e o indispensável controle do Poder Judiciário (notadamente: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003).

Alexy defende uma sistematização racional de ponderação de valores, com o desiderato de conceder instrumentos ao juiz para o alcance da melhor resposta. A relação da doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário sugerida apontam ao caminho do abandono da mera blindagem do aspecto discricionário do ato administrativo.

Como já tratado, é insuficiente verificar apenas a formal adequação legal do mérito do ato administrativo, pois, também, faz-se necessário que seu núcleo essencial esteja em conformidade com a ponderação racional e proporcional definidas por uma interpretação sistemática e consequencialista dos valores que estruturam o direito – estabelecida, repita-se de forma final pelo Judiciário, conforme expressa escolha constitucional para que assim ocorra (art. 5.º, XXXV, da CF/1988).

Não se propugna a mera *judicialização da máquina administrativa do Estado*, mas sim a *constitucionalização da Administração Pública* a partir de uma real interpretação, inclusive, consequencialista de sua atividade. Da mesma forma, a legitimação de suas ações mediante *critérios objetivos passíveis de sindicância jurisdicional*, dentre outras possíveis e fundamentais para construção e manutenção de uma verdadeira República Democrática de Direito.

Nessa esteira, o juiz efetivamente atua (ou deveria atuar) conforme a referida proposta, a partir de uma ponderação racional dos valores postos. Desse modo, impõe-se a busca de uma ponderação humanamente racional dos valores envolvidos (não há como escapar de uma

subjetividade mínima), de igual forma, precisa-se estabelecer quais são os princípios aplicáveis para o alcance da resposta. Finalmente, deve-se definir qual é a resposta melhor para o caso posto (não há como se furtar da hierarquização, quando desta interpretação). *Busca-se sempre, então, a superação da questão, não sua mera eliminação.*

Assim, na solução de determinado caso concreto – em que se reconheça colisão de valores fundamentais – deve-se verificar, conforme o processo narrado, qual caminho (ou solução) prepondera perante o outro, sem que, para isso, resulte na eliminação do remanescente. Objetiva-se, portanto, filtrar o que há de bom e alcançar a almejada *melhor resposta*.

Na prática, em questões difíceis que envolvem atos administrativos (notadamente aqueles preponderantemente técnicos), ainda não se observa tal regra no agir jurisdicional, apenas iluminadas exceções. Isto porque – frisa-se – é vivo o *imperialismo da discricionariedade do Executivo afastados do essencial 'fator humano' que (deveria) coordenar todas as atividades do Estado.*

Desse modo, vale ressaltar a importância da utilização de instrumentos jurídicos adequados para estancar esse inapropriado *dogma* do ordenamento jurídico pátrio como, por exemplo, o emprego da objetiva verificação da adequação do ato administrativo conforme a perspectiva sistemática e consequencialista do Direito.

Outrossim, tem-se que a relação sugerida entre a doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário – perante os *hard cases* advindos de atos administrativos – deve servir como um possível caminho para a efetiva e a adequada prestação jurisdicional pelo Estado.

Como exposto, tal demanda será atendida quando a Função estatal competente para definir a resposta no sistema jurídico nacional adotar a plena ideia de adequação do ordenamento legal aos valores que *sustentam, justificam e conformam* o Direito.

Desse modo, quem sabe, será possível deixar de imaginar que a tal perfeição do sistema contrasta com ignorada imperfeição humana, quando esse próprio humano se torna responsável por seus atos e pelas consequências de tais atos no mundo real.

Logo, o fator humano no agir administrativo é, e sempre foi, o eixo da balança que determina quando, como e de que forma o ato administrativo estará em conformidade com os constitucionais padrões de legalidade impostos para que o Estado flua de forma republicana, democrática e, principalmente, a promover o concreto desenvolvimento intersubjetivo dos

cidadãos, na condição de protagonistas do sistema de direitos e deveres fundamentais que determina os rumos do país.

Assim, para um possível controle da discricionariedade administrativa, não se poder afastar o ato administrativo da sua criação pelo homem.

Até porque, o Estado só existe nos limites da compreensão da necessidade de seus préstimos nas vidas de cada titular de vontade pública: o *cidadão*. Assim, no atendimento mínimo das necessidades do homem, como a consideração do fator humano na gestão pública, a crença de manutenção do Estado cidadão se manterá viva, do contrário, morre o Estado, mas não o *cidadão*.

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A CAPTURA: UM ENSAIO SOBRE
OS DESVIOS REGULATÓRIOS NA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA
ELÉTRICA**

**REGULATORY AGENCIES AND CAPTURE: AN ASSAY ON
REGULATORY DEVIATIONS AT THE NATIONAL ELECTRICAL ENERGY
AGENCY**

SOPHIA FÉLIX MEDEIROS

*Mestranda em Economia pela Universidade Estadual de
Campinas (UNICAMP). Economista.*

RESUMO: A criação das agências reguladoras no Brasil baseou-se nos modelos Americano e Britânico de regulamentação os quais, apresentavam condições históricas, sociais, políticas e sistema jurídico distintos do Brasileiro. Considerando este importante aspecto, o artigo tem por objetivo retomar o cenário de implantação das agências nestes países, apontando as particularidades do setor elétrico. O estudo avaliará ainda a assimetria de informações e o poder de coesão e influência regulatória dos agentes do setor, em relação à possibilidade de desvios de finalidade da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). A discussão sobre o conceito de regulação e sua eficácia se inicia nos EUA na década de 1970 quando seus principais teóricos (Stigler, Posner e Peltzman) criticam a ideia de que as agências são eficientes em corrigir os desequilíbrios dos mercados e que atuam em prol do interesse público. Assim, as agências deste país, a partir da década de 1980, sofrem restrições à sua autoridade, controle judicial e competências. Na contramão deste movimento nas décadas de 1980 e 1990, são criadas na Inglaterra e no Brasil respectivamente, as agências de regulação como autarquias especiais as quais possuem autonomia administrativa e financeira além de estabilidade dos dirigentes. Sua criação se fez necessária com a privatização das empresas estatais.

PALAVRAS-CHAVES: Regulação; Agências; Desvio Regulatório; Captura; ANEEL.

ABSTRACT: The creation of regulatory agencies in Brazil was based on the American and British regulatory models which, however, had historical, social, political and legal system completely distinct from the Brazilian. Considering this important aspect, this study aims to resume the scenario that occurred the implementation of the regulatory framework in these countries, pointing to the particularities of the electricity sector. The study will also assess information asymmetry and power of cohesion and regulatory influence of the agents of the sector, related to deviations from the National Electric Energy Agency (ANEEL). The discussion on the concept of regulation and its effectiveness begins in the US from the 1970s when its main theoreticians (Stigler, Posner and Peltzman) criticized the idea that the regulatory agencies are effective in correcting the imbalances of markets and act in the public interest. For this reason, agencies of this country, from the 1980s, are restricted to their authority, and judicial powers. Against this act, England and Brazil in the late 1980s and 1990s, respectively, created the regulatory agencies as special municipalities which have administrative and financial autonomy as well as stability leaders and fixed term. Their creation was necessary given the privatization of state companies.

KEYWORDS: Regulation; Agencies; Regulatory Deviation; Capture; ANEEL.

I. INTRODUÇÃO

O acesso à energia elétrica de qualidade e a preços módicos é de suma importância para o desenvolvimento de um país. Trata-se de uma variável fundamental na medida em que é um serviço de relevância social (redução das desigualdades e melhoria da qualidade de vida), ambiental (devido a seu impacto no meio ambiente) e produtiva (insumo indispensável para a indústria), além do fato de tratar-se de um setor estratégico militar.

Assim, a existência de serviços públicos como a energia elétrica deve coincidir com a busca da coesão social e da dignidade humana. Neste sentido, é importante ressaltar a definição de Léon Duguit de 1913 (apud DAL MOLIN 2005, p.21), em que serviço público é:

[...] atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governo.

Conforme posto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 21, inciso XII, compete à União explorar, diretamente (Estado produtor) ou mediante autorização, concessão ou permissão³⁹ (Estado regulador): “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” (BRASIL, 1998). Assim, não obstante o estado delegar à iniciativa privada, a prestação deste serviço é mormente sua responsabilidade (direta ou indiretamente) cabendo a ele cuidar para que o mesmo seja prestado de forma adequada⁴⁰.

No Brasil, esta atuação regulamentadora e fiscalizatória ficou a cargo das Agências Reguladoras criadas a partir de meados da década de 1990, nos moldes do ocorrido nos Estados Unidos com o *New Deal* e na Inglaterra, quando da privatização de empresas Estatais, em especial as de serviços públicos na década de 1980. Caberia, portanto, a estes entes, entre

³⁹ Grosso modo, a concessão transfere a prestação de serviços públicos a particulares conferindo um prazo certo e determinado para sua atuação enquanto a permissão é precária, ou seja, não é firmado um prazo determinado. A permissão, portanto, pode ser desfeita a qualquer momento sem a necessidade de pagamento de indenização.

⁴⁰ O mesmo artigo 175 em seu parágrafo único, dispõe as regras a serem observadas pelo Estado quando da privatização dos serviços públicos: i) tipo de regime (concessão ou permissão), ii) caráter do contrato e sua prorrogação iii) condições de caducidade e rescisão, iv) fiscalização, v) os direitos dos usuários, vi) tarifas e vii) qualidade do serviço.

eles a ANEEL, coordenar interesses muito diversos de forma imparcial com intuito de possibilitar condições favoráveis para que o mercado se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em proveito da sociedade e do interesse público.

Necessário se faz observar, no entanto, que estas mudanças ocorreram no país sem um devido planejamento e organização prévia das estruturas jurídicas e administrativas do Estado. Em outras palavras, no Brasil, as novas instituições de controle Estatal e os mecanismos jurídicos, de modo geral, não se anteciparam à reforma que estava em curso no setor elétrico, mas ao contrário surgiram contemporaneamente e até posteriormente a ela. Neste cenário, houve o recrudescimento de questões relacionadas à *accountability*⁴¹ a que estes novos entes estariam submetidos. Argumentava-se que dado o contexto histórico, político e econômico que se deu surgimento das Agências, era de se esperar que sua atuação regulamentar estivesse submetida a falhas as quais podem gerar a captura do ente regulador.

A captura ocorre quando “a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados [...] ‘a beneficiar os segmentos empresariais destinatários da regulação’ ”. (MARTINS, 2010, p. 12 apud JUSTEN, 2002, p. 370). No conceito mais moderno de BAGATIN (2010, p. 5) a captura é definida como o “comprometimento da imparcialidade da autoridade responsável pelo exercício da Regulação Econômica”. Circunstância fulcral que se somava à conjuntura anteriormente mencionada é que a criação destas agências se baseou nos modelos Americano e Britânico de regulamentação os quais apresentaram condições históricas, sociais, políticas bem como sistema jurídico distinto do Brasileiro.

Dessarte, após passados quase 20 anos da implementação deste aparato regulatório nos incumbe avaliar estas diferentes condições questionando se elas podem originar imperfeições no sistema regulatório Brasileiro, que possibilitam desvio de finalidade, ou seja, o comprometimento da imparcialidade na atuação da ANEEL. Para tentar responder este questionamento, este trabalho se propõe inicialmente a avaliar o contexto histórico bem como as motivações que levaram à implantação das agências de regulação Inglesas, Americanas e também a Brasileira. Esta análise contribuirá para caracterizar a atuação destas agências. Também será objetivo deste trabalho realizar uma análise investigativa quanto à existência de poder de coesão e influência regulatória dos grandes agentes e a assimetria de informações.

⁴¹ A *accountability* é entendida como responsabilidade de atender aos objetivos para os quais elas foram criadas; sua “prestação de contas”.

A discussão sobre o conceito de regulação e sua eficácia se inicia nos EUA na década de 1970 durante o período de desregulamentação tendo como principais expoentes Stigler (1971), Posner (1974) e Peltzman (1976)⁴². Estes teóricos questionavam a eficiência das agências de regulação, em especial sua capacidade de corrigir externalidades que causavam desequilíbrios dos mercados. Assim, as agências deste país, a partir da década de 1980, sofrem restrições à sua autoridade, controle judicial e competências. Na contramão deste movimento nas décadas de 1980 e 1990, são criadas na Inglaterra e no Brasil respectivamente, as agências de regulação como autarquias especiais as quais possuem autonomia administrativa e financeira além de estabilidade dos dirigentes.

A despeito das reformas no setor elétrico terem se iniciado nos EUA na década de 1970, foram as reformas realizadas na Inglaterra na década de 1990 que serviram de base para o novo modelo do setor elétrico Brasileiro. Neste país assim como no Brasil houve a segregação de atividades (distribuição, transmissão, comercialização e geração), a introdução de concorrência e a privatização de empresas estatais (AMARAL FILHO, 2007). A formulação da Agência de controle para o setor, ANEEL baseou-se na Ofgem (*Office of Gas and Electricity Markets*) atual regulador do setor elétrico Inglês.

II. A FORMAÇÃO DAS AGÊNCIA REGULADORAS – PRINCIPAIS EXPERIÊNCIAS

O embrião das agências de regulação pode ser encontrado na Inglaterra nos chamados “*Quangos*”, ou seja, *quasi autonomus non governmental organizations* (organizações não governamentais quase autônomas). Estas organizações, criadas pelo parlamento inglês ou por cartas reais, começaram a surgir a partir de 1834 com intuito de implementar determinações legais, bem como fiscalizar a qualidade e preços de serviços como médicos, dentistas, etc.

A forma de atuação destas organizações serviu de inspiração para construção da Administração Pública norte americana durante o *New Deal*. Desde sua criação, a estrutura e forma de atuação dos *quangos* ingleses sofreu enormes avanços até a reforma administrativa neoliberal de Thatcher nos anos 80, quando se firmou seu atual padrão de atuação. Neste

⁴² Todos estes textos encontram-se traduzidos em Mattos (2014).

momento, criou-se novos “quangos” com competência regulatória para regulamentar os serviços privatizados. (ARAGÃO, 2002)

Nos Estados Unidos o surgimento das *Commissions* independentes e especializadas que contavam com procedimentos mais flexíveis se tornou uma das alternativas para superar crise que se instaurara em 1929. Naquele momento eram necessárias intervenções setoriais as quais não poderiam ser realizadas pelo Legislativo ou Executivo de forma rápida e eficaz. (BINENBJM, 2005). Conforme veremos, sua atuação ao longo do tempo se modifica para adequar-se à desregulamentação que se instaura a partir de 1970, além disso, ela passa a submeter-se à maiores controles seja do Legislativo, Executivo, bem como o Judiciário.

O modelo de agências reguladoras independentes foi implementado nos EUA, Inglaterra e Brasil, em momentos diferentes e atendendo a demandas específicas de cada país. No entanto, com o passar de tempo caminharam no sentido de conformar uma estrutura e forma de atuação muito semelhantes. Assim, a moderna agência reguladora que surgiu com a difusão do ideal liberal pós 1970, foi concebida como uma "autarquia especial criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de um setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta." (JUSTEN, 2002, p. 344)

II.I. A VANGUARDA AMERICANA – O NEW DEAL

Nos Estados Unidos, a história de intervenção estatal na economia e, em certa medida, do surgimento do Direito Administrativo com a proliferação do sistema regulatório, inicia-se após a crise de 1929 com a concretização do *New Deal*. Este programa tinha por objetivo recuperar a economia americana e contemplava uma série de ações intervencionistas de cunho político, econômico e social implantadas entre 1933 e 1937.

Neste período de crise, tornou-se latente a insatisfação geral com os ideais liberais, com a ordem privada da *common law*⁴³ e com a distribuição dos poderes institucionais, o que

⁴³ Conforme aponta Oliveira (2009), esta ordem privada possibilitava a criação do direito pelos juízes (muitas vezes em nome do *laissez-faire*) e por diversas vezes invalidou tentativas de regulação Estatal. Binbenbojm (2005) relata ainda que esta ordem protegia os interesses estabelecidos em especial da propriedade e da riqueza enquanto dispensava proteção insuficiente aos interesses de pobres, desempregados, etc.

permitiu a implementação de uma estrutura em que o poder Executivo⁴⁴ tomava a frente, criando burocracias e intervindo na economia. (OLIVEIRA, 2009) Não por outro motivo que a “proliferação das modernas agências reguladoras coincidem com os movimentos políticos, econômicos e sociais de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal dito puro” (BINENBOJM, 2005, p. 2).

Assim, o Estado se fez presente de forma enérgica por meio do modelo de agências reguladoras que intervinham na ordem econômica e social para corrigir falhas de mercado. Esta atuação independente e altamente especializada, buscava além da eficiência, reduzir eventuais interferências políticas na regulação. (OLIVEIRA, 2009). Entre 1930 e 1940 dezessete agências federais foram erigidas, um número muito maior do que em qualquer outro período, tornando a moderna agência reguladora um elemento característico da Administração Pública norte-americana. (BINENBOJM, 2005).

A Regulação para o setor de energia norte americano foi organizada em 1930 com a criação da *Federal Power Commission* (FPC). Em 1935, esta comissão tornou-se uma agência reguladora independente, com cinco membros nomeados pelo presidente e confirmados pelo Senado. Entre seus principais objetivos estavam: regulamentar a atuação das concessionárias de transmissão e geração de energia elétrica interestaduais e a indústria do gás natural além da concessão de outorgas para construção de projetos hidrelétricos.

No entanto, com o passar do tempo, esta independência passou a ser questionada gerando um acréscimo de controles “político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados [...]” (BINENBOJM, 2005, pg. 5). A crescente fiscalização da sociedade sobre as agências notadamente a partir de meados do século XX contribuiriam para efetivar sua legitimidade democrática. No entanto, conforme superava a fase crítica da crise de 1929 e a economia se recuperava, cresciam as críticas a este modelo de agências em especial quanto a possibilidade de captura das mesmas pelos entes regulados.

A partir da década de 1970 inicia-se um amplo processo de desregulação motivado pelos principais teóricos da regulação - Stigler, Posner, e Peltzman⁴⁵ - que criticam a ideia de

⁴⁴ Oliveira (2009) afirma que devido à desconfiança no executivo, durante as revoluções liberais da década de 1770 os revolucionários americanos atribuíram maiores poderes ao Legislativo e ao Judiciário. Há, portanto, durante o *New Deal* uma revisão de papéis que concedeu maiores poderes ao Executivo.

⁴⁵ Para uma discussão aprofundada das críticas ver MATTOS, Paulo T. L. (coord.). et al. Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano, São Paulo, Editora 34, 2004.

que as Agências Administrativas são eficientes em corrigir os desequilíbrios dos mercados e que atuam em prol do interesse público. Acompanhando este movimento, em 1978 é promulgada a *Public Utility Regulatory Policies Act*, umas das primeiras leis que tinha o intuito, entre outros, de promover o aumento da desregulamentação e incentivar a concorrência.

A desconfiança quanto à eficiência e interesse das Agências em mitigar falhas de mercado, denominada por Reich (2006) de “crise regulatória”, além de incentivar a desregulamentação, provocou um arrefecimento do controle Judiciário, Legislativo e do próprio Executivo sobre estas instituições que predominam até hoje.⁴⁶ Com a crise do Petróleo em 1973 o governo cria o *Department of Energy* (DE - equivalente a um ministério Brasileiro) com propósito de centralizar a administração, produção, e segurança energética. Em 1977 é instituída a *Federal Energy Regulatory Commission* (em substituição à FPC) que passou a atuar juntamente com o DE, no entanto, sem estar subordinada a ele. Esta comissão, além de manter as responsabilidades de sua antecessora, recebeu novos atributos como monitorar os mercados de energia, conduzir audiências públicas para tratar assuntos do setor⁴⁷.

II.II. A EXPERIÊNCIA BRITÂNICA

Administração Pública inglesa caracterizava-se por apresentar inúmeros centros de decisão todos eles com autonomia, denominados *Quasi Autonomous non Governmental Organizations* (Quangos), *boards* ou *quasi tribunals*. Estes órgãos se prestavam a implementar e administrar as políticas públicas definidas pelo órgão central (ministérios) e, não obstante serem uma organização exterior ao serviço público (aparte do governo central), eram “dotadas de poderes, de responsabilidades e de recursos financeiros outorgados pelo Estado” (ARAGÃO, 2002, p. 294). Os primeiros Quangos foram criados no século XIX para dar conta de interesses públicos dos mais diversos (assistenciais, de controle, reguladoras, etc.) e desde então proliferaram na Inglaterra. Estas organizações eram encarregadas das mais

⁴⁶ Reich (2006) define a crise regulatória como a redução do reconhecimento dos eleitores quanto à capacidade das agências em manter os mercados funcionando e eficientes. Está relacionada em última instância ao reconhecimento da legitimidade das agências.

⁴⁷ Diferente do Brasil, neste país os serviços de distribuição de energia, ou seja, os serviços locais e a distribuição fica sob a responsabilidade das agências estaduais - *State Public Utility Commissions*.

variadas finalidades - por exemplo, da proteção da concorrência, da supervisão de empresas de televisão, promoção da cultura inglesa no exterior – e apresentavam tamanhos e estrutura diversos (havia uma organização para tratar a maçã e da pêra, bem como para tratar da energia atômica). (ARAGÃO, 2002)

Neste contexto, conforme aponta Reich (2006), desde o século XIX os governos Europeus vinham utilizando sem contestação, os mecanismos de regulação (propriedade pública, subsídios, permissões, cartelizações, padronizações, etc.) numa intercomunicação entre Estado e mercado. Não havia ali a dicotomia entre estes atores e a intervenção do governo nunca havia sido contestada no pensamento econômico, jurídico e político europeu. No entanto, conforme apontado Aragão (2002), com passar do tempo, cresce o questionamento quanto autonomia exagerada destes órgãos. Por esta razão, em 1958 eles são legalmente submetidos à controles jurisdicional e administrativo.

Este movimento de desregulamentação se acirra nos anos seguintes a partir da entrada da Inglaterra na Comunidade Comum Europeia (CEE) em 1973, visto que esta integração adotou um modelo de interação mercado-governo, mais próximo ao vigente nos Estados Unidos. (REICH, 2006) Somado a isto, a partir de 1979 o governo Thatcher promove, uma reestruturação dos Quangos modificando sua organização e alterando sua nomenclatura para *Agencies* ou *Commission* no mesmo formato Norte Americano (ARAGÃO, 2002).

A intervenção estatal amplamente aplicada nos anos anteriores à 1970⁴⁸ debilitou-se uma vez que o eleitorado passou a questionar a eficiência do estado positivo⁴⁹ e conseqüentemente a eficácia produtiva de empresas estatais e dos órgãos de regulação em corrigir falhas de mercado. Por esta razão, a implantação do chamado novo modelo de Estado regulador na Europa “incluiu a privatização, a liberalização, a reforma dos programas de bem-estar e também a desregulação [...]”. A desregulação não significou a adoção do *laissez-faire*, mas um novo tipo de governança menos rígida que combinou uma nova regulação e com a desregulação. (MAJONE, 1997, p. 57).

⁴⁸ O início da nacionalização do setor de energia elétrica no Reino Unido se deu pelo *Electricity Act* de 1947. Na ocasião mais de seiscentas empresas de energia elétrica foram fundidas e organizadas em doze áreas geográficas de atuação. Em 1957 a administração das geradoras de energia que haviam sido nacionalizadas passaram para a *Central Electricity Generating Board* (empresa estatal).

⁴⁹ Entendido como um Estado “planejador, produtor de bens e serviços e, em última instância, como empregador.” (MAJONE, 1977, p. 55). Contrapõe-se à ideia de estado negativo em que há pouca intervenção estatal.

Majone (1997) atesta que na Europa, três aspectos conduziram a um crescimento do estado regulador nas últimas duas décadas:

1. A falta controle público efetivo sobre as empresas estatais levou à transferência dos serviços públicos aos particulares, sujeitos às regras e sob a fiscalização de um regulador. Assim, a regulação surge como condição inevitável frente às privatizações. (MAJONE, 1997)
2. A criação da Comunidade Europeia (CE) elevou a regulação tanto quantitativa quanto qualitativamente. A integração permitiu a harmonização entre órgãos de regulação dos países membros e da própria CE. Além disso, possibilitou o desenvolvimento destas entidades nacionais que ficaram responsáveis pela elaboração conjunta das novas regras e sua implementação. (MAJONE, 1997)
3. A mudança do governo direto (estado produtor) para um governo indireto só longo do tempo apresentou como características: i) transferência da prestação de serviços públicos a organizações privadas ou fora do poder executivo; ii) descentralização administrativa; iii) criação de entes com finalidade única e orçamento próprio; iv) e arranjos contratuais competitivos. (MAJONE, 1997).
- 4.

A privatização das empresas de energia ocorreu entre nas décadas de 1980 e especialmente em 1990 com a venda dos ativos da *Central Electricity Generating Board* (CEGB). A CEGB havia se tornado a mais importante empresa da indústria de geração e transmissão de eletricidade até as privatizações da década de 1990 quando suas atividades foram transferidas para quatro empresas nacionais as quais, em períodos subsequentes, foram vendidas.

Em 1992, seguindo a onda de liberalizações, foi desmantelado o Departamento de Energia (erigido em 1974 durante a crise do petróleo) sendo suas funções de regulação de mercado assumidas pelo *Office of Gas Supply* (Ofgas) e *Office of Electricity Regulation* (OFFER). A fusão destes entes em 1999 criou o atual regulador do setor elétrico Inglês, o *Office of Gas and Electricity Markets* (OFGEM) que serviu de molde para criação da agência brasileira ANEEL.

A Ofgas e a Offer surgiram respectivamente quando do início das privatizações da indústria de Gás em 1986 (*Gas Act 1986*) e da indústria de energia em 1989 (*Electricity Act 1989*). Cabe mencionar, nino entanto, que a abertura do mercado de gás e energia elétrica para competição ocorreu aos poucos sendo finalizada mais de dez anos após as privatizações em 1998 e 1999 respectivamente. Neste contexto, tanto empresas quanto o próprio regulador tiveram tempo para se adaptarem à nova realidade concorrencial.

Conforme aponta Wohlers (1989), uma análise da literatura disponível no período das privatizações, permite detectar objetivos (ou justificativas) de natureza variada para a venda dos ativos à iniciativa privada . São eles: i) melhoria da eficiência econômica das empresas;

ii) blindagem da atuação das firmas contra influências políticas; iii) promoção do capitalismo popular com a venda de ações destas empresas para a população; iv) enfraquecimento do poder sindical nas empresas estatais e v) obtenção de receita pelas privatizações. Após análise detalhada sugere que houve nas privatizações inglesas, prevalência de interesses fiscais de curto prazo e a promoção do "*people's capitalism*", no entanto, reconhece ainda um movimento que vai além destes objetivos, apontando que:

[...]a problemática das privatizações nos países capitalistas avançados extrapola o âmbito das intenções políticas e objetivos de natureza fiscal dos governos (como no caso inglês) e se insere na lógica da atual reestruturação industrial. Ou seja, o estudo das privatizações também é o estudo das mudanças do papel do Estado, e das empresas públicas em particular [...] (WOHLERS, 1989, p.80-81)

II.III. AS AGÊNCIA REGULADORAS BRASILEIRAS

A reforma do Estado brasileiro ocorrida na década de 1990 e que incluiu, entre outros, a reestruturação do setor elétrico, ocorreu na esteira das transformações Americana e Britânica que preconizavam a desregulação e a liberalização da economia. No Brasil, a crescente falta de recursos do Estado que incorria em dívidas frequentes para arcar com uma inchada estrutura de funcionamento e a ineficiência na Administração pública encontraram nos ideais Neoliberais uma justificativa convincente.

De acordo com Amaral Filho (2007), uma análise dos objetivos do Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/1990), deixa clara a tendência à redução da atuação do estado, à atração do capital privado para a economia e a necessidade de ajuste fiscal. Neste contexto, as privatizações se tornaram um meio imprescindível para conquistar este fim, já que mesmo após sanadas as razões que justificavam as alienações (ou seja, após resolvida a crise financeira em que o setor se encontrava), o ímpeto do Governo de colocá-las em marcha não arrefeceu. A venda dos bens estatais era importante tanto para arrecadação de recursos quanto para a adequação do setor aos ideais Neoliberais. (AMARAL FILHO, 2007)

Este ajustamento preconizado pelo governo previa antes de tudo a privatização de empresas estatais com a consequente criação de um Marco Regulatório para normatizar o domínio econômico e controlar as atividades transferidas ao setor privado. A criação das Agência Reguladoras vem, portanto, de encontro à finalidade do governo uma vez que elas

desempenham a função de fiscalizar, controlar e normatizar as atividades transferidas aos particulares, além de tornar esta ação especializada e eficiente. O formato de autarquia especializada garantia sua blindagem institucional (contra pressões políticas); o cumprimento dos contratos; o compromisso com a tecnicidade e com isso reduzia o risco exigido para captação de investimentos.

II.III.I. UM BREVE HISTÓRICO DO SETOR ELÉTRICO NO PRÉ REFORMA

Nos primórdios da indústria de energia elétrica (década de 1880), a carência de recursos públicos levou o Estado buscar o regime de concessões para prestação destas atividades. Assim, até as três primeiras décadas do século XX predominaram o capital estrangeiro e grupos privados nacionais, entre eles o grupo *Light no Brasil e Amforp* que detinham 80% das empresas.

No entanto, a crise de 1929 e a Revolução de 1930, conduzem a uma redefinição do papel do Estado e por consequência da atuação dos agentes do setor elétrico. Inicia-se uma adequação do setor energético num contexto nacionalista típico do período Getulista com intervenção do estado no setor de energia. Em julho de 1934 é promulgado o Código de Águas que estabelecia entre outros, regras para: organização das concessionárias de energia (tarifas, qualidade, etc.), o aproveitamento hidrelétrico desvinculado da propriedade do solo (houve até nacionalização de quedas d'água estratégicas) e concessão para exploração atividade apenas para indústrias nacionais. Nas três décadas seguintes foram realizados inúmeros esforços estatais no sentido de adequar a estrutura legal que orquestrava o setor elétrico, bem como foram tomadas medidas no intuito de avançar na construção de uma infraestrutura elétrica que acompanhasse o crescimento industrial e da população.

Entre 1967 e 1973 ocorre o “deslocamento do planejamento econômico e da expansão do setor de energia elétrica do governo para as empresas públicas do setor”, as quais somaram neste período 231 novas empresas. Com a entrada em cena das estatais altera-se os agentes que conduziam o setor. (SILVA, 2011, p. 59). Assim no período 1930 a final da década de 1970, o Estado assume pouco a pouco não só a coordenação do setor, como passa ele próprio a fornecer os serviços de eletricidade à população.

II.III.II. A REVISÃO DO PAPEL DO ESTADO E A CRIAÇÃO DA ANEEL

Os movimentos de contestação à interferência do Estado na economia surgiram em princípios da década de 1970 principalmente nos EUA, em resposta ao fim do *boom* de crescimento combinado ao aumento da inflação. No mesmo período, chegava ao fim, a era do combustível barato com o Choque do Petróleo de 1973 (AMARAL FILHO, 2007). No Brasil, as discussões quanto à necessidade de reestruturação do setor elétrico iniciaram-se nos primórdios de 1980. Em 1987 é criado o REVISE - Revisão Institucional do Setor Elétrico. Este projeto propunha: a atração de capitais privados e a criação de uma estrutura que evitasse interferências no setor. Neste momento inicia-se o esboço do que veio a ser o Marco Regulatório⁵⁰.

Dando continuidade à reforma, partir de 1995 são realizadas adequações ao arcabouço legal, ou seja, inicia-se a elaboração do marco regulatório do setor. Dentre as principais leis e suas diretrizes estão: i) “Lei das concessões” que dispõe sobre o regime de concessão de serviços públicos (Lei 8.987/1995) e ii) instituição da ANEEL (Lei 9.427/1996). Também foram realizadas adaptações à constituição por meio das Emendas Constitucionais, entre elas a nº 06/95 que permitiu a participação do capital estrangeiro no aproveitamento de potenciais de energia elétrica.

Vale ressaltar que em alguns países, a reestruturação do setor de energia e a criação de seu marco regulatório não foram acompanhados da privatização de empresas estatais e da quebra do monopólio estatal de certas atividades. No Brasil a motivação para as privatizações estava ligada a razões fiscais, ou seja, por pressões do FMI para adoção de políticas de cunho restritivo com redução do Estado da Economia e pagamento da dívida externa com os valores arrecadados nas privatizações. (AMARAL FILHO, 2007).

Assim, de 1995 até final de 2000, ocorre a privatização dos serviços públicos de infraestrutura⁵¹. Em simultâneo às privatizações, foram criadas entre 1996 e 2001, nove agências federais de regulação, entre elas, a ANEEL em 1996 (Lei nº 9.427/1996). Sua forma de atuação e atribuições foram regulamentadas no ano seguinte pelo Decreto nº 2.335/1997. Assim, estariam sob sua tutela, entre outros: regular as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; fiscalizar as concessões, as permissões e os

⁵⁰ Refere-se às normas (regulamentações, leis) que regem o funcionamento dos serviços de utilidade pública (de interesse coletivo) prestados por agentes privados.

⁵¹ No setor de Energia elétrica foram vendidas 20 distribuidoras, 4 geradoras (federais e estaduais) e a licitadas 55 empreendimentos para exploração de aproveitamentos hidrelétricos e 24 empreendimentos de transmissão.

serviços de energia elétrica; implementar as políticas e diretrizes do governo federal e estabelecer tarifas.

Estas mudanças ocorreram sem um devido planejamento e organização prévia das estruturas jurídicas e administrativas do Estado. Não é exagero afirmar que, as novas instituições de controle e os mecanismos de mercado, de modo geral, não se anteciparam à reforma, mas ao contrário surgem contemporaneamente ou posteriormente a eles, conforme novos problemas eram colocados (AMARAL, 2008). Este é o caso da ANEEL, que iniciou suas operações após a privatização de diversas empresas estatais.

II.III.III. A REVISÃO DO NOVO MODELO DO SETOR ELÉTRICO

A adequação estrutural e institucional do setor ainda estava em curso quando ocorre o racionamento de energia elétrica em 2001, gerado pela oferta insuficiente. Se um dos objetivos propostos pela reforma era promover a expansão da geração ao permitir a retomada dos investimentos, a organização institucional adotada precisava ser revista. A situação foi comentada por Lizardo de Araújo que colocou:

A reforma da indústria de suprimento elétrico brasileira teve o duplo fito de introduzir competição e de resolver o problema crônico dos investimentos, reestruturando e privatizando a indústria. [...] Seis anos depois, o problema dos investimentos permanece [...] e a presença da competição é duvidosa. (ARAÚJO apud AMARAL FILHO, 2007, p.135)

Fica claro que a transferência para a iniciativa privada da responsabilidade de investir não respondeu às expectativas e ocorrência do racionamento gerou inúmeros questionamentos quanto à eficácia do modelo implantado.⁵² Em 2001 é instituído o Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico com intuito de corrigir as disfuncionalidades e propor aperfeiçoamentos para o modelo. O Comitê realizou inúmeras sugestões de adequação as quais culminaram na aprovação de leis para o novo modelo do setor elétrico, entre elas, a Lei

⁵² Foram levantados diversos motivos que explicariam sua ocorrência: atrasos na consolidação das instituições: MAE (Mercado Atacadista de Energia), ONS (Operador Nacional do Sistema), ANEEL, e lacunas de atribuições e de atuação das mesmas. Falava-se ainda das dificuldades da ANEEL na implantação de um ambiente regulatório adequado da legislação insuficiente e da falta de complementaridade entre políticas públicas, planejamento e regulação.

nº 10.848 de março 2004. Esta lei coloca novamente o poder concedente como responsável pelo planejamento e detalha as competências da ANEEL.

Com estas leis e os decretos e resoluções a ela relacionados, se dá a Implantação do chamado de “Novo Marco Regulatório” em que o estado reassume o planejamento do setor de longo e médio prazos em articulação às demais políticas públicas. A ANEEL é a responsável pela regulação e fiscalização, qualidade dos serviços, definição das tarifas, universalização, entre outros. Este modelo vigora até os dias atuais.

III. AS POSSIBILIDADES DE DESVIO DE FUNÇÃO DO REGULADOR

Os setores de atuação das agências nacionais de regulação são, em sua maioria, serviços públicos de infraestrutura, que em certos segmentos apresentam características de monopólios naturais. Neste caso, a presença de custos fixos elevados em capital altamente específico, torna mais vantajosa a presença de apenas um produtor. A exploração destas atividades por uma única empresa poderia gerar abusos de poder de mercado que culminariam em: aumento excessivo dos lucros via fixação de preços abusivos; inadequada quantidade e qualidade dos produtos; danos sociais, à saúde e ao Meio Ambiente; etc.

Em anos recentes, estes setores de infraestrutura, caso da energia elétrica, têm passado por um processo de mudança de sua configuração (desverticalização, introdução da concorrência, etc.) bem como a implementação da regulação por meio de agências regulatórias. A adequada atuação destas agências requer estruturas e processos regulatórios que evitem situações que gerem o desvio de finalidade do ente regulador e que, além disso, permitam sua atualização acompanhando a evolução da indústria. No entanto, na prática este propósito esbarra em inúmeras dificuldades as quais tornam a atividade regulatória custosa e sujeita a falhas. Dentre estas dificuldades estão o elevado poder de coesão e influência regulatória dos grandes agentes e a assimetria de informações.

III.I. PODER DE COESÃO E INFLUÊNCIA REGULATÓRIA DOS AGENTES

A reforma do setor elétrico realizada em meados da década de 1990 propôs a desverticalização da cadeia produtiva da energia elétrica segregando as atividades de: geração, transmissão, distribuição e comercialização. Esta proposta tinha como intuito

assegurar a competição nos setores de geração e comercialização bem como facilitar o controle de todas as atividades por parte do ente regulador.

Por outro lado, houve a organização de uma estrutura participativa em que decisões importantes para o setor são tomadas somente após submissão à apreciação dos agentes nas Audiências e Consultas públicas da ANEEL. Assim, a construção de um setor elétrico eficiente e que cumpra com as exigências de toda sociedade passaria necessariamente pela participação de empresas, cidadãos, organizações civis, etc. nestes fóruns de discussão.

No entanto, a reforma do setor criou diversos agentes cada qual atuando com interesses bastante distintos. São eles: comercializador, produtor independente, autoprodutor, gerador (de diversas fontes), consumidor especial, consumidor livre e distribuidores⁵³. Desde a reforma, houve um vertiginoso crescimento no número destes participantes que elevou de 58 em 2000 para 3.384 em 2015⁵⁴. Além destes, também fazem parte do setor os transmissores e consumidores cativos. Estes consumidores não têm direito à escolha da distribuidora ou da geração que preferem e sua tarifa é compulsória. Trata-se da grande maioria da população (residências Brasileiras) e uma parte considerável do consumo.

Dessarte, o desenvolvimento da regulação ao longo das últimas décadas suscitou o surgimento de novos agentes os quais seguindo a onda de especialização da Agências, tornavam-se também cada vez mais especializados em suas áreas de atuação. Somado a este movimento, verificou-se ainda a organização dos agentes em grupos de pressão bastante coesos, de acordo com sua área de atuação e interesses.

Conforme aponta Bagatin (2010), grupos com um número pequeno de integrantes e com interesses coesos tem maior facilidade de organização na busca de concretizar suas demandas. Por outro lado, grupos de interesses mais amplos tem elevados custos de organização o que muitas vezes superam os benefícios gerados. Estes são os casos respectivamente das empresas do setor em detrimento aos consumidores cativos.

As Associações setoriais compostas por empresas somam hoje aproximadamente 20 instituições cada qual atendendo a interesses específicos e com participação bastante ativa e

⁵³ Produtor Independente é o agente que recebe concessão ou autorização para produzir energia elétrica por sua conta e risco, ou seja, sem contrato prévio para compra da energia a ser produzida. Autoprodutor é o agente que recebe concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo. Consumidor especial é aquele que possui demanda maior que 0,5 MW e que pode migrar para o mercado livre desde que contratando geração de fonte incentivada (solar, eólica e biomassa). Consumidor livre apresenta demanda maior que 3 MW e pode adquirir energia diretamente dos geradores de qualquer fonte, incentivada e/ou convencional.

⁵⁴ A enorme diferença e dá pelo aumento dos consumidores livres e especiais que somaram 1.895 agentes, bem como os produtores independentes que somaram 1.143 novos agentes.

de elevado embasamento técnico nas discussões levadas à cabo pela agência. Entre as associações mencionadas estão a ABRADDEE (Distribuidores), ABRACEEL (comercializadores), ABRATE (transmissoras) as quais são em sua maioria representantes de empresas de grande porte. Por outro lado, a participação dos consumidores cativos (representados pelos conselhos de consumidores) é bastante restrita.

A elevada coesão dos agentes entre eles, geradores, transmissores, distribuidoras, comercializadores, produtores de equipamentos, grandes consumidores, se comprova quando avaliamos as principais audiências públicas colocadas em discussão pela ANEEL. Mesmo quando se tratam de discussões que impactavam diretamente a população a participação deste grupo foi insuficiente. Como exemplo podemos citar a Audiência Pública 023/2014 que estabeleceu as metodologias e para as revisões tarifárias das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Dentre as aproximadamente 146 contribuições (documentos com críticas e sugestões para o assunto em questão) realizadas na primeira fase de discussões, apenas 25 eram referentes aos conselhos de consumidores e apresentavam qualidade técnica muito inferior ao das grandes empresas. Diante deste contexto, conforme aponta a Associação Brasileira de Comercializadores de energia:

O consumidor cativo absorve incertezas, erros e acertos do planejamento centralizado de governo e da distribuidora. Participa do rateio dos custos da diferença entre geração programada e realizada, ou seja, está exposto a riscos e não tem como gerenciá-los.⁵⁵

Seria utópico acreditar que a população possa um dia vir a participar ativa e diretamente das importantes discussões do setor. Isto porque seria necessário um conhecimento técnico que está fora do alcance do cidadão médio. No entanto, esta participação poderia se dar de forma indireta, como hoje já acontece em outras esferas, com instituições da sociedade civil como o PROCON, universidades ou instituições voltadas ao meio ambiente ou social.

III.II. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

⁵⁵ Disponível: <www.abraceel.com.br/zpublisher/secoes/mercado_livre.asp?m_id=19150> Acesso em: 1.Jul.2016.

A implantação do modelo regulatório Brasileiro colocou no centro de sua estrutura as agências regulatórias independentes e altamente especializadas. Este formato permitiria legitimar sua atuação porque além de blindar suas decisões de influências políticas possibilitava um tratamento técnico especializado para cada problema. Ganhava-se assim credibilidade da sociedade e dos agentes do setor.

A informação tem papel fundamental na estratégia de uma firma uma vez que a partir do conhecimento que ela tem sobre si mesma e sobre o mercado, toma suas decisões de produção, vendas, investimentos, realização de pesquisa e desenvolvimento, etc. Por outro lado, o acesso à esta mesma informação por parte dos entes reguladores é fundamental para que eles possam “tomar ações que visem estimular a firma regulada a operar de forma eficiente” e em benefício da sociedade. (PINTO JUNIOR; PIRES, 2002, p. 10)

De fato, a atuação especializada permite um elevado entendimento acerca do setor de energia elétrica por parte do regulador, no entanto, jamais poderá este ente, conhecer as nuances da firma, acessar informações técnicas e financeiras bem como suas formas de valorização do capital, como conhece o regulado. Isto pode incorrer, e com frequência o faz, que as ações do regulador tenham efeitos distintos daqueles almejados.

Exemplo disso pode ser verificado nos anos anteriores à privatização do setor elétrico, quando a tarifa era definida pelo custo do serviço (chamado “tarifa pelo custo”). Nesta situação a remuneração do capital e os custos operacionais incorridos pela empresa (observáveis em seus dados contábeis) eram totalmente repassados à tarifa. Não obstante reprimir o abuso de poder de mercado e de garantir remuneração total dos custos, acabou por estimular gastos além do necessário sendo substituído pela “regulação pelo preço” (ou regulação por incentivo)⁵⁶. Neste novo método é definida uma tarifa teto com base numa previsão de operação eficiente da empresa, ou seja, não são garantidos seus custos.

Não obstante apresentar benefícios à eficiência, no modelo de regulação por incentivo o regulador se vê ainda mais dependente das empresas para obter informações precisas sobre os custos de fornecimento, despesas operacionais, etc. Essa informação é necessária para definição de uma tarifa que possa manter a eficiência do mercado e o equilíbrio econômico das empresas concessionárias. A inacessibilidade a estas informações gera dependência e

⁵⁶ A definição da tarifa considera a fixação de um preço teto, com base num índice de inflação e um fator de eficiência. O diferencial entre tarifa e custos poderá ser auferido pela empresa, o que a estimulará a reduzir seus custos. Este modelo foi desenvolvido para ser aplicado em serviços públicos privatizados na Inglaterra.

limita o grau de autonomia e de precisão do regulador na definição destas tarifas. Em outras palavras, existe uma limitação intransponível: o esforço gerencial das empresas não é observável pelo regulador. No intuito de reduzir impactos da assimetria de informação a ANEEL tem utilizado quando da definição das tarifas, das metas de qualidade dos serviços e outras variáveis, o modelo de Análise Comparativa. Este método avalia dentre as empresas do setor, aquela que apresentou maior eficiência e que, portanto, será a empresa modelo para definição das metas para as demais.

Buscando reduzir a assimetria de informações a ANEEL exige das empresas do setor elétrico o envio periódico de informações relevantes as quais podem ser disponibilizadas, ou não, para o público na rede mundial de computadores. O inadimplemento do envio dos dados, bem como a falta de veracidade das informações são punidos com multa. O controle da veracidade destas informações é realizado por meio de auditorias contratadas pelo regulador e pela realização de fiscalizações nas empresas⁵⁷. Dentre as informações solicitadas estão, por exemplo, as de cunho financeiro, entre elas: i) informações contábeis regulatórias e ii) Balanço Mensal Patrimonial. Também podemos elencar as Comerciais: i) dados comerciais (nº unidades consumidoras, consumo, etc) georeferenciados ii) inadimplência iii) tele atendimento. Por fim, temos o exemplo das Técnicas: i) informações técnicas georeferenciadas que apresentam características detalhadas da rede das distribuidoras ii) dados dos cálculos ou os relatórios das medições dos campos elétrico e magnético (geradoras e transmissoras). iii) dados da geração por usina.

Não obstante a dificuldades de acesso à informação, “o regulador deve ser capaz de arbitrar sobre as questões de sua competência sem dispor do mesmo conjunto de informações da firma regulada. ” (PINTO JUNIOR; PIRES, 2002, p. 3). Assim, cabe a ele buscar alternativas para tornar esta externalidade menos custosa e negativa para a regulação.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no referencial teórico visitado, podemos afirmar que, não obstante ter se inspirado nos modelos Americano (de agências) e Britânico (agências e privatizações) a implantação da regulação no Brasil apresentou características próprias. Naqueles países,

⁵⁷ São exemplos as fiscalizações: econômico-financeiras, da Base de remuneração, as técnicas em lócus como andamento das obras de usinas de geração ou torres de transmissão, além da conformidade do nível de tensão.

diferiam as condições energéticas (base Termoelétrica), sistema jurídico (Common Law) e históricas (recuperação com intervenção estatal nos Estados Unidos e neoliberalismo e integração regional na Inglaterra). Por fim, havia a diferença Legislativa já que no Reino Unido existe o Parlamentarismo.

De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do status quo; enquanto lá buscavam elas a relativização das garantias liberais (como o direito de propriedade e a autonomia da vontade), aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros. (BINENBOJM, 2006).

Quanto ao modelo Inglês, há que se reconhecer maiores similaridades em relação ao modelo Brasileiro uma vez que houve privatizações dos setores de infraestrutura com objetivos de natureza fiscal, de eficiência econômica e blindagem contra influências políticas. Não obstante, cabe notar que estas mudanças se encaixam num contexto maior de alteração do papel do Estado e das empresas públicas em particular. (WOHLERS, 1989)

Por fim, cabe mencionar que dada criticidade da tarefa de regular, é mister, a existência de canais de participação e controle pela sociedade. Para tanto é necessária a possibilidade de manifestação cidadãos e que esta contribuição possa se dar em pé de igualdade entre todos os agentes do setor. Esta participação poderia se dar por meio de instituições da sociedade civil nos moldes do que ocorre com o PROCON. Também a participação mais ativa de universidades ou organizações não governamentais voltadas ao meio ambiente ou social enriqueceria em muito as discussões da regulação, portanto, é importante estimulá-las. Somado a isto, há que se cuidar para dirimir a existência de eventuais assimetrias de informação que tornem a regulação custosa e ineficiente. A ANEEL tem evoluído muito no tocante ao tratamento das informações disponíveis, no entanto, deverá manter uma preocupação constante quanto a esta questão dada evolução e dinâmica das mudanças do setor.

É imprescindível que as Agências Reguladoras atinjam efetivamente os fins para os quais foram criadas, a saber, coordenação, fiscalização e direcionamento das atividades econômicas privadas, sem os quais haveria uma redução considerável no nível de bem-estar geral da sociedade e atrasamento do desenvolvimento do país. Assim, menos a título de conclusão, e mais como contribuição ao debate, ressaltaremos algumas questões de ordem mais geral com intuito de encaminhar a discussão:

- Para possibilitar o pleno funcionamento das agências, é necessário inicialmente, conhecer suas origens e particularidades históricas, econômicas e jurídicas que podem provocar desvios de finalidade para então, se constatadas falhas, num segundo momento planejar sua eliminação.

- Para que o regulador efetue uma regulação eficiente, mantendo alta qualidade dos serviços a preços módicos é necessária a existência de uma boa base de informações. Além disso é imperativo que ele esteja livre de influências de grupos de pressão. Dentre as inúmeras externalidades que podem causar desvio de finalidade por parte do regulador, salientamos duas que devem ser evitadas: poder de coesão e influência regulatória de grupos de pressão e a assimetria de informações.

- A participação dos cidadãos e da sociedade civil é peça chave no controle mais efetivo das agências uma vez que além de enriquecer o debate, possibilita a legitimidade do regulador. Assim, a criação de canais de participação deve ser incentivada pelo regulador enquanto a sociedade, deve cobrar uma participação mais ativa de seus representantes (sejam associações, ou até mesmo seus legisladores) nas discussões do setor.

- Por fim, é importante reconhecer que existe uma limitação intransponível uma vez que o esforço gerencial das empresas não é observável pelo regulador. Assim, caberia a agência criar instrumentos de incentivos e recompensas mais gerais de forma a tornar a assimetria de informações menos danosa ao invés de insistir em conhecer pormenores das empresas. Um exemplo seria a própria regulação das tarifas por incentivo (regulação pelo preço).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Márcio W. de. Uma reavaliação das privatizações em países europeus. **Análise econômica**, Porto Alegre, v. 7, n. 12, pg. 63-90, nov/1989.

AMARAL, Antônio Carlos C. do. Agências reguladoras de Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 14, maio/junho/julho, 2008.

AMARAL FILHO, José B. S. **A Reforma do Setor Elétrico Brasileiro e a Questão da Modicidade Tarifária**. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico) - Unicamp, Campinas, 2007.

ARAGÃO, Alexandre S. de. Agências reguladoras independentes: algumas desmistificações à luz do direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília, ano 39, v. 155, pg. 293-317, jul./set. 2002.

BAGATIN, Andréia C. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Dissertação (Mestrado em Direito) - USP, São Paulo, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº. 3, ago./set./out. 2005.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 Out. 1998. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

DAL MOLIN, Waldirene G. **Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos Prestados Mediante Concessão**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curitiba, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: Mattos, P. T. L. (Coord.) et al. **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. 1ª ed. São Paulo: Singular, 2006. Pg 53-85.

MARTINS, Aluísio de Souza. **As agências reguladoras e o risco da captura pelos entes regulados**: Estudo comparativo entre o Direito regulatório Norte-Americano e o Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010.

OLIVEIRA, Rafael C. R. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 47, p. 157-176, 2009.

PELTZMAN Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In MATTOS, Paulo T. L. (coord.) et al. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. 1ª ed, São Paulo, Editora 34, 2004. Pg.81-127.

PINTO Jr, Helder P; PIRES, Melissa C. P. **Assimetria de informações e problemas regulatórios**. Nota Técnica: Agência Nacional de Petróleo. Fevereiro/2002. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02036/pintojr-pires-2000.pdf>>. Acesso 28 jul. 2016

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo T. L. (coord.) et al. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. 1ª ed, São Paulo, Editora 34, 2004. Pg.49-80.

REICH, Norbert. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? In: MATTOS, P. T. L. (Coord.) et al. **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. 1ª ed, São Paulo: Singular, 2006. Pg. 17-52.

SILVA, Bruno G. da. **Evolução do setor elétrico brasileiro no contexto econômico nacional: uma análise histórica e econométrica de longo prazo**. Dissertação (Mestrado em energia) – USP, São Paulo, 2011.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo T. L. (coord.) et al. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. 1ª ed, São Paulo, Editora 34, 2004.Pg. 23-48.

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS PROCEDIMENTOS
ADMINISTRATIVOS FISCAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES.**

**THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN FISCAL ADMINISTRATIVE
PROCEDURES: LIMITS AND POSSIBILITIES.**

RODRIGO PACHECO PINTO

*Graduando de Direito da Universidade Federal da
Bahia*

RESUMO: O presente artigo analisa os limites e as possibilidades de efetuação do controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais, considerando para tanto a prática reiterada dos órgãos de julgamento administrativo, notadamente o baiano, em não admitir arguições de inconstitucionalidade da legislação aplicada ao caso concreto. Neste sentido, a ideia da Tripartição dos Poderes vista de forma estanque é colocada a prova em meio a uma sociedade cada vez mais complexa. Não obstante, em que pese a Constituição Federal não fazer menção expressa à possibilidade ora analisada, buscou-se ponderar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da moralidade e da eficiência administrativa garantidos pela Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVES: Controle de constitucionalidade – Procedimentos administrativos fiscais – Princípios

ABSTRACT: This article analyzes the limits and possibilities of effectuation of control of constitutionality on tax administrative procedures, considering both the reiterated practice of administrative judgement entities, notably from Bahia, in not recognizing pleas of unconstitutionality of the legislation applied to the case. Given this, the idea of Three-way-split of Powers, viewed in a tight way, is tested in the midst of an increasingly complex society. Nevertheless, despite the Federal Constitution does not mention the possibility now analyzed, it sought to consider the principles of the contradictory and the full defense, as well as of the morality and the administrative efficiency guaranteed by the Magna Carta.

KEYWORDS: Control of constitutionality - Tax administrative procedures - Principles

I. INTRODUÇÃO

Trata-se de questão relevante aquela que busca analisar se os órgãos administrativos podem ou não realizar controle de constitucionalidade no âmbito dos procedimentos administrativos fiscais. Cabe, por conseguinte a investigação acerca da atuação do julgador administrativo como *legislador positivo* nas lições de KELSEN – expressão utilizada em suas obras para designar o poder do juiz de examinar a constitucionalidade das leis e de invalidar leis inconstitucionais.

A investigação emerge da constatação de que os órgãos administrativos de julgamento em sua grande maioria, quiçá totalidade, têm se esquivado desta análise de conformação constitucional, sob alegação de que se trata de matéria alheia a sua competência e qualquer enfrentamento da questão representaria uma violação ao princípio da separação dos poderes, bem como ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, por representar uma interferência indevida à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, os contribuintes, inconformados com tais decisões, têm buscado a invalidação por via judicial destes procedimentos administrativos que não encaram os argumentos constitucionais, alegando para tanto violação a ampla defesa e ao devido processo “jurídico”⁵⁸, ambos acobertados pelo manto constitucional brasileiro.

Este trabalho busca analisar criticamente a prática reiterada nos procedimentos administrativos fiscais, notadamente o baiano, de não conhecimento de recursos e de não enfrentamento das arguições de inconstitucionalidade da legislação aplicada ao caso concreto. Neste contexto, busca-se aferir se há ou não a possibilidade de controle de constitucionalidade por estes órgãos, definindo quais são seus limites e possibilidades.

II. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

⁵⁸ A tradução adequada do *Due process of Law* é Devido processo “jurídico” e não legal como muitos propagam, pois nos países anglo-saxônicos quando se quer aludir ao direito escrito fala-se *Statute Law*. Nesse sentido, o processo deverá ser justo e adequado de acordo com o direito e não com a lei, sendo o âmbito deste muito mais restrito que daquele primeiro.

O estado moderno não trouxe a ideia de constituição, mas foi obra de seu tempo o aparecimento das constituições escritas nas folhas de papel ⁵⁹, com o objetivo de estabelecer, bem como garantir as instituições e princípios dos poderes vigentes.

Observa-se, neste contexto, o estabelecimento de um estado democrático de direito fundado na Supremacia da Constituição (ideia advinda do constitucionalismo norte-americano), em que a hierarquia das normas decorre do fundamento de validade que a norma inferior busca na sua imediatamente superior, formando um sistema piramidal de normas interdependentes, coordenadas e harmônicas, cujo ápice é ocupado pela Constituição.

Esta força subordinante é o alicerce para a conservação do próprio estado, tanto por proporcionar a efetivação dos valores sociais escolhidos pelo constituinte diante dos elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas que também incorpora o *geistige Situation* (o estado espiritual de seu tempo) ⁶⁰, quanto para assegurar o respeito à ordem jurídica. Entretanto, tal estrutura poderia ser comprometida caso não existe um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais afiançado pelo próprio texto magno, qual seja o controle de constitucionalidade.⁶¹

No Brasil, o controle de constitucionalidade é classicamente denominado de modelo misto ou eclético, que congrega um modelo de controle concentrado (austríaco⁶² ou europeu), que atribui o julgamento a um único órgão, em regra a uma corte constitucional, com um modelo difuso (norte-americano). Neste último, há uma permissão a qualquer órgão incumbido de aplicar a lei a um caso concreto – jurisdição – o poder de afastar a sua aplicação se considerar que o dispositivo atacado viola a ordem constitucional⁶³.

Sob o ponto de vista clássico desenvolvido por Montesquieu, a tripartição de poderes marca o Estado Democrático de Direito em diversos países do ocidente, inclusive o Brasil. Trata-se de uma teoria em que se busca garantir a liberdade do indivíduo evitando que todo

⁵⁹ LASSALE, Ferdinand. A essência da constituição. 4ªed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998 p.41

⁶⁰ HESSE. Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. 6ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

⁶² Tal denominação advém do fato que tal modelo foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria de 1920, e aperfeiçoado por via de emenda, em 1929. Ver em BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶³ Um maior aprofundamento sobre o controle de constitucionalidade brasileiro pode ser encontrado em: Curso de direito Constitucional escrito por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ªed. São Paulo: saraiva, 2011. p. 1093/1125.

poder se concentre nas mãos de um mesmo homem ou mesmo corpo ao estabelecer a limitação de um poder pelo outro.

“Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”⁶⁴.

Neste sentido, dentro da teoria da separação dos poderes existem três funções estatais: administrativa, legislativa e jurisdicional. O controle de constitucionalidade difuso é exercido dentro desta última, haja vista que pode ser exercitado por qualquer juiz de forma incidental para compor uma lide envolvendo interesses particulares.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade concentrado é aquele exercido, em regra, por órgão especializado – corte constitucional⁶⁵. É neste tipo de controle onde são suscitadas as maiores controvérsias de índole política, tendo em vista que não há necessidade de um caso concreto para arguição da questão⁶⁶.

Ocorre que, conforme leciona Marçal Justen Filho⁶⁷, não é possível a separação absoluta de funções, pois se cada Poder fosse absolutamente independente, seria inviável a promoção da harmonia entre eles como delimita o art. 2º da Constituição brasileira⁶⁸. Não obstante, cada Poder exerce uma função principal, pois é dotado de competências de natureza diversa, mas nenhum Poder é titular exclusivo de uma função, podendo exercer funções atípicas à sua natureza.

Assim acontece quando o Judiciário exerce a função legislativa ao disciplinar os regulamentos internos de seus órgãos, bem como quando o executivo exerce função jurisdicional ao proferir decisões dentro de um procedimento administrativo. Em crítica mais profunda, como sempre lhe é peculiar, o professor Tércio Sampaio Ferraz Junior considera

⁶⁴ MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. 7 ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.p. 68.

⁶⁵ A Constituição Federal em seu art.125, §2º revela que: “*Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.*”. A competência para processamento e julgamento desta representação, na Constituição do Estado da Bahia é dada ao Tribunal de Justiça baiano por força do seu art. 123, inciso I, alínea “d”.

⁶⁶ Para uma análise mais esmiuçada da questão ver capítulo 1: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁷ FILHO JUSTEN, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁸ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

que durante muito tempo sustentou-se uma suposta neutralidade do Poder Judiciário como consequência do princípio da separação dos poderes.

“A desneutralização política do juiz, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do judiciário. Essa tese põe a descoberto o fato de que tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências ‘lógicas’ da divisão dos poderes, está na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar (cf. Mauro Cappelletti, ‘Who watches the watchmen?’, in General Report do 11th International Congress of the International Academy of Comparative lawm, Caracas, 1982).”⁶⁹

Ocorre que, o advento de uma sociedade tecnológica atrelado a um Estado cada vez mais Social tem desenvolvido exigências na direção de uma “desneutralização” deste Poder, pois coloca o juiz numa posição “socioterapêutica” na medida em que o liberta do limitado campo da estrita legalidade para avançar no caminho de uma responsabilidade geral que se relaciona e alcança o futuro, preocupada com a concretização das finalidades políticas que não podem ser mais negadas em nome do princípio da legalidade.

III. DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DOS JULGADORES ADMINISTRATIVOS

Uma das premissas que devemos estabelecer para elucidarmos o objeto deste trabalho diz respeito, a saber, se os órgãos da administração tributária ao exercer o controle dos lançamentos tributários, estão desempenhando uma função tipicamente administrativa ou exercitando uma função jurisdicional.⁷⁰

Etimologicamente, o termo jurisdição advém do latim *juris* “direito” e *dicere* “dizer”, ou seja, a grosso modo significa dizer o direito. Em linha mais profunda, Fredie Didier Jr afirma que:

⁶⁹ JUNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. In: **RevistaUSP, n.21. São Paulo: O EDITOR, 1994, p.46.**

⁷⁰ Mesmo se fosse aututela, o estado tem o poder dever de possuir uma moralidade para com os seus administrados.

“A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas concretamente deduzidas, e em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”⁷¹.

Neste sentido⁷², todo regime jurídico processual teria como pressuposto a dissociação de interesses entre as partes e os julgadores. Sendo assim, tenderíamos a considerar incorreta a defesa da natureza jurisdicional do procedimento administrativo, pois a autoridade julgadora está integrada ao Estado Administração que também é parte no litígio.

Ocorre que, não existe congruência entre PODER (legislativo; judiciário; executivo) e FUNÇÃO (legislativa; jurisdicional; administrativa). A função jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário, sendo esse um “quase” monopolizador desta função, pois mesmo com sua preponderância existem situações que excetam este monopólio. Nesta direção, leciona Alvim Neto:

“Na sistemática das legislações dos povos ocidentais, há uma única exceção que se coloca, no sentido de serem restringidas as atribuições do Poder Judiciário como monopolizador de toda função jurisdicional. Trata-se do contencioso administrativo, mercê do qual, determinados conflitos de interesse entre o Estado e o particular, ou melhor dizendo, entre o Poder Executivo e o particular, não ficam afetos, em sua solução ao Poder Judiciário, mas ao próprio Poder Executivo.”⁷³.

A função jurisdicional, portanto, é de índole substitutiva⁷⁴, pois com a finalidade de aplicar a lei a uma hipótese controvertida, produzirá ao final uma decisão que substituirá a atividade e a vontade das partes.

Desta forma, há no procedimento administrativo fiscal o exercício de uma função jurisdicional e não apenas o exercício de autotutela do estado, pois a Administração ao proferir uma decisão dentro de um procedimento administrativo fiscal está exercendo

⁷¹ JUNIOR DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ªed., Salvador: JusPodivm, 2015, v.1. p.153

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal” in **Revista Dialética de Direito Tributário**. v.33, São Paulo, 1998.

⁷³ NETTO ALVIM, José Manoel de Arruda. Da Jurisdição – Estado de Direito e Função Jurisdicional. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodvim, 2008.

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Teoria Geral do Processo**. v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

jurisdição, pois está aplicando o direito a um caso concreto, ainda que os efeitos jurídicos dessa decisão possam ser revistos pelo Poder Judiciário.

“Nessa linha, a constitucionalidade dos atos administrativos e dos atos legais nos quais se baseiam – acima da simples e reducionista pretensão de conformidade passiva e automática com as regras legais – passa a ser missão do Estado inteiro e da sociedade. Certo: o ‘controle último’, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição, permanecerá com o Poder Judiciário, pois não se almeja debilitar o judicial review. O que se defende é, de modo integrado, o controle sistemático e ampliado de constitucionalidade, apto a combater as inconstitucionalidades comissivas e, ao mesmo tempo, impedir a recorrente inércia violadora da Constituição, de maneira a endereçar as práticas administrativas às prioridades republicanas”.⁷⁵

Paulo Cesar Conrado⁷⁶ entende que o fato da decisão administrativa não se revestir de imutabilidade perante o judiciário não lhe retira o caráter jurisdicional, vez que, a coisa julgada não é integrativa do conceito de jurisdição. Afasta-se, portanto, a tese de que a coisa julgada material⁷⁷ é característica definidora da função jurisdicional, pois tanto há o exercício desta função nos julgamentos administrativos fiscais quanto nos procedimentos no âmbito do judicial.

Neste contexto, Hugo de Brito Machado⁷⁸ observa que a distinção existente entre subordinação administrativa e subordinação técnica aparta a parcialidade do Estado. A atividade de julgar, portanto, é uma atividade técnica e que por tal razão os órgãos administrativos competentes para decidir conflitos tributários são autônomos e não atuam no interesse do Estado-Administração, já que para isso, trabalham os Procuradores da Fazenda Nacional.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. Boa Administração é aplicar a lei fundamental de ofício. In: **Direito Tributário: estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito**. São Paulo: atlas, 2014. p.8

⁷⁶ CONRADO, Paulo Cesar. **Processo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações: tomo I**. 1ª ed. atual. Vilson Rodrigues Alves., Campinas: Bookseller, 1998. O Autor assevera ao tratar sobre as decisões interlocutórias: “Porque lhes falta a força material de coisa julgada, noutro processo, posto que entre as mesmas partes e até o propósito do mesmo objeto (e. g., se foi nulo o processo anterior, ou se vai completar a cognição), é possível renovarem-se as mesmas questões e serem resolvidas diferentemente”.

⁷⁸ MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Seguindo este raciocínio Hely Lopes Meirelles⁷⁹ equipara o poder decisório ao poder jurisdicional, vez que os atos jurisdicionais, diferentemente dos judiciais, podem ser realizados tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, pois em que pese os interesses das partes se sujeitarem ao controle final de uma única jurisdição, isso não implica na negação do direito de decidir da Administração, haja vista que o ato jurisdicional é todo aquele que contem decisão sobre matéria controvertida.

IV. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL NA BAHIA: LEI 3.956/1981, DECRETO 7.629/99 E A JURISPRUDÊNCIA DO CONSEF.

A tendência nacional dos órgãos da administração tributária acerca do tratamento do controle de constitucionalidade no âmbito do procedimento administrativo fiscal tem sido a previsão em seus decretos, regulamentos e regimentos internos de declaração de incompetência para analisar questões constitucionais submetidas de forma incidental no conflito tributário.

Neste sentido temos o art. 38 da LEI Nº 6.537, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1973 que regula o procedimento tributário administrativo no estado do Rio Grande do sul. Tal artigo declara que a petição inicial deverá ser indeferida sem o julgamento do mérito quando o pedido questionar a constitucionalidade ou a validade da legislação tributária.⁸⁰

Posiciona-se também nesta direção o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) de São Paulo, maior tribunal administrativo tributário dos estados da federação, ao tratar sobre a questão em seu DECRETO Nº 54.486, de 26/06/2009 que Regulamenta a LEI Nº 13.457, DE 18 DE MARÇO DE 2009, qual dispõe sobre o processo administrativo tributário.

Artigo 93 - No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada: (art. 28 da Lei n. 13.457/2009)

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

⁷⁹ MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 180

⁸⁰ A legislação acerca do procedimento administrativo fiscal no estado do Rio Grande do Sul pode ser encontrada no site: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br>.

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo.

No estado da Bahia não é diferente. Tanto o art. 125, inciso I da lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia) quanto o art. 167, inciso I, do decreto 7.629 de 09 de julho de 1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF) possuem a mesma redação no sentido de proibir que os julgadores fiscais realizem controle de constitucionalidade em seus julgamentos⁸¹. Entretanto, difere do TIT de São Paulo, pois este último admite algumas exceções expressas que o baiano não o faz.

Com fulcro nestes dispositivos, a jurisprudência das juntas e câmaras de julgamento fiscal na Bahia é uníssona no sentido de rejeitar qualquer argüição de inconstitucionalidade de forma incidental presente em seus procedimentos administrativos fiscais. Neste espeque, temos o trecho do acórdão proferido em procedimento administrativo fiscal onde se debatia o Auto de infração Nº 232410.0002/09-6 em que uma clínica médica discutia o lançamento de crédito tributário de ICMS, decorrente da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, alegando em sua defesa a inconstitucionalidade da norma tributária:

“Ademais, de acordo com o art. 125 do COTEB, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar questões de inconstitucionalidades. Saliento que este CONSEF já tem inclusive decidido neste sentido, consoante Acórdãos JJF no 0016-05/10, e JJF no 0180/01. O contribuinte não contestou os cálculos para apuração da base de cálculo e do valor do imposto exigido. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.⁸²

Acompanham este entendimento os acórdãos proferidos na primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta junta de julgamento fiscal da Bahia: ACÓRDÃOS: JJF Nº 0312-01/13; JJF Nº0012-02/09; JJF Nº 0265-03/14; JJF Nº0191-04/10; JJF Nº A-0173-05/05; JJF Nº0049-05/05; JJF Nº 0048-05/05; JJF Nº 0125-05/07; JJF Nº. 0093-05/06⁸³

IV.I. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA:

⁸¹ Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; Art. 167, inciso I: mesma redação.

⁸² Acórdão JJF Nº0191-04/10 no Auto de infração Nº 232410.0002/09-6.

⁸³ Todos acórdãos estão disponíveis em <http://www.sefaz.ba.gov.br/>.

IV.I.I. REFLEXÃO HISTÓRICA:

O primeiro Texto Constitucional brasileiro a esculpir o termo *ampla defesa* foi o de 1934 em seu artigo 113, ao descrever que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.⁸⁴ Antes disso, porém, a emenda constitucional de 3 de dezembro de 1926 que incluiu o §16 no art. 72 da Constituição de 1891 já fazia referência a uma suposta “plena defesa aos acusados”.

A alusão ao termo continuou sendo feita nas constituições posteriores de 1946⁸⁵ e 1967⁸⁶, entretanto, tais menções não podem ser confundidas em sentido e importância com o conceito lógico jurídico delineado pela Constituição de 1988. O momento político, econômico e social desta última propiciou uma maior atenção às garantias do cidadão, dentre elas a da ampla defesa (onze vezes repetida no texto constitucional de 1988).

A importância deste princípio fez com que o saudoso Celso Bastos afirma-se que a ampla defesa só estará plenamente assegurada “quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu”⁸⁷.

Percebe-se ainda, uma forte e atual tendência acerca da valorização do contraditório e da ampla defesa, notadamente, com as modificações realizadas pelo Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março do deste ano (2016). O novo Código traz uma mudança paradigmática sensacional, pois insere o processo numa perspectiva constitucional sem precedentes. Além disso, deve-se ter em mente que este será o primeiro código de processo civil brasileiro promulgado em plena democracia, onde o estado democrático de direito é exaltado.

⁸⁴ Art. 113, n.24.

⁸⁵ Art. 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte **ampla defesa**; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. (grifos nossos)

⁸⁶ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 15 - A lei assegurará aos acusados **ampla defesa**, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção. (grifos nossos)

⁸⁷ BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 388.

Ao inserir-se neste contexto, o código inicia trazendo as normas fundamentais para aplicação e interpretação do processo civil, algo até então sem referência na história processual brasileira. Neste espeque, emblematicamente orienta em seu primeiro artigo que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição [...]”.⁸⁸

Não obstante, no mesmo capítulo, o legislador inovou na inserção do polêmico art. 10 ao proibir que o juiz decida em qualquer grau de jurisdição com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Isso não quer dizer que o juiz não pode decidir de ofício, ao contrário, o magistrado pode e deve decidir de ofício, mas para isso terá que escutar as partes para que estas influam em seu convencimento. Percebe-se, então, que o novo código elenca uma série de artigos como o Art. 1º e o 9º⁸⁹ que visam adequar o procedimento a uma perspectiva constitucional de respeito ao contraditório e a ampla defesa, bem como a outras normas constitucionais. Neste sentido, disciplina o professor Fredie Didier:

“Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes. ‘Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda’. O órgão jurisdicional não pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes”⁹⁰.

IV.I.II. A AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:

⁸⁸ Art. 1º da LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Novo Código de Processo Civil

⁸⁹ **Art. 9º** Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único.

O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁹⁰ JUNIOR DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ªed., Salvador: JusPodivm, 2015, v.1. p.81.

Estabeleceu a constituição “cidadã” em seu art. 5º, inciso LV que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa. Não obstante, Marçal Justen Filho entende que a ampla defesa como garantia efetiva somente se dará quando assegurar a participação dos interessados na solução do litígio, assegurando ao interessado produzir a defesa mais ampla possível, envolvendo inclusive todos os fatos e argumentos que reputar cabíveis, seja ela de matiz constitucional ou não.⁹¹

Neste sentido, também já se posicionou o nosso Supremo Tribunal no AgRg no Re 527.814-0/PR, 2ª T. , rel. Min. Eros Grau, j. 05.08.2008, Dje 29.08.2008:

“O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica.”⁹²

Desta maneira, tomando por base a estrutura piramidal do ordenamento jurídico proposta por KELSEN⁹³, não há como aceitar que lei ordinária de âmbito estadual venha a ferir garantia constitucional de ampla defesa consolidada não somente no texto, mas também na jurisprudência. A limitação da defesa, portanto, não estaria relacionada a argumentos de constitucionalidade ou não das normas, mas a postulados éticos e morais, conforme jurisprudência consolidada do TCU.⁹⁴

Por um lado, a ampla defesa no procedimento administrativo fiscal diz respeito ao contribuinte expor as suas razões e argumentos, por outro, de nada serviria a obrigatoriedade da garantia de ampla defesa se a decisão pudesse ser imotivada e incompleta. Nesta feita, deve a administração decidir motivadamente sobre todos os pedidos, não podendo escusar-se de analisar matéria de índole constitucional.

⁹¹ FILHO JUSTEN, Marçal. Curso de direito administrativo. 10ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

⁹² AgRg no Re 527.814-0/PR

⁹³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

⁹⁴ “Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa garantem ampla liberdade para que as partes e seus procuradores defendam seus interesses em processo judicial ou administrativo. Essa liberdade, entretanto, encontra limite em postulados éticos e morais. Ao agir em desconformidade como o disposto no art. 14 do CPC, a parte atenta contra a boa fé processual e assume a condição de litigante ímprobo”. (Acórdão 2.321/2010, 1ª Câmara, rel.Min Walton Alencar Rodrigues, j.11.05.2010, DOU 19.05.2010).

IV.II. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO:

O princípio da eficiência ou da “boa administração” da doutrina italiana⁹⁵ foi adicionado por meio da emenda constitucional nº 19/98 no art. 37 *caput*. Trata-se de desenvolver a atividade administrativa do modo mais oportuno e adequado possível na busca de melhores resultados.

Segundo as lições de José dos Santos Carvalho Filho, a inserção do princípio da eficiência ao ordenamento deveu-se a insatisfação da sociedade perante sua impotência quanto a fiscalização dos serviços públicos prestados, bem como dos meios aplicáveis à solução destas deficiências.⁹⁶ Em igual sentido disciplina Hely Lopes Meirelles⁹⁷ ao considerar que a Administração não mais se contenta em desempenhar suas funções apenas pautada na estrita legalidade, exigindo resultados mais satisfatórios quanto ao atendimento das necessidades públicas constatadas.

Os procedimentos administrativos podem servir de instrumentos para operacionalizar a eficiência da Administração, bem como para garantir o controle de seus atos, sem perder de vista a função que o Estado exerce perante a sociedade. Diante de um contexto em que o Estado interfere a cada dia mais na vida individual dos seus administrados, não pode ser admitido que o seu ímpeto arrecadatório viole os próprios princípios do estado democrático de direito fundado em nossa constituição como os princípios da eficiência e da moralidade⁹⁸.

Tome-se como exemplo o caso em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) deixou de recorrer em processos judiciais somente dois anos após o STF ter pacificado o entendimento acerca da correção monetária dos balanços de 1989 e anos posteriores, instituída pelo Plano Verão.

⁹⁵ MELLO BANDEIRA, Celso Antônio. Curso de direito Administrativo. 30ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁹⁶ FILHO CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ªed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁹⁸ 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[...].

A orientação está na nota PGFN nº 212, editada recentemente no ano de 2015 e segue entendimento do STF em repercussão geral no RE208.526/RS⁹⁹, que ao final de 2013 derrubou a aplicação da Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) como índice de correção monetária dos balanços de empresas em 1989 e anos posteriores por considerar inconstitucionais dois dispositivos de leis de 1989 - o artigo 30 da Lei nº 7.799, que desindexou as declarações financeiras do índice de inflação oficial, e o artigo 30, parágrafo primeiro, da Lei nº 7.730, que fixou a OTN como índice da correção monetária.

Tal situação é frequentemente encontrada na administração tributária quando esta última desconsidera jurisprudência reiterada ou quando tenta se utilizar de outro artifício com o objetivo meramente arrecadatário e predatório. Entretanto, tais atitudes vão de encontro tanto ao princípio da eficiência quanto à própria moralidade da Administração Pública.

Primeiro, pois, casos como o supracitado podem gerar ainda mais gastos ao erário e conseqüentemente a coletividade, seja por conta de possíveis indenizações aos administrados, caso seja configurada a má fé processual da Administração, seja pelos honorários sucumbenciais suportados em processos movidos pelos contribuintes. Mas, principalmente por atingir a moralidade administrativa, vez que o Estado em sua atividade financeira, como assevera Aliomar Baleeiro¹⁰⁰, obtém, cria, gere e despende o dinheiro indispensável às necessidades públicas, cuja satisfação o Estado assumiu, respeitando os limites impostos pela constituição.

Hugo de Brito Machado¹⁰¹ arremata nesta direção ao afiançar que se o STF já afirmou, por qualquer via, a inconstitucionalidade de uma lei, não há dúvidas que o funcionário da Administração sabe ou deveria saber que o tributo fundado na mesma lei é indevido. Desta forma, há uma imposição pela moralidade administrativa aos tribunais julgadores de respeitar e dar atenção ao que decidiu a nossa suprema corte.

Os limites à tributação estão presentes na Constituição Federal, ora implicitamente ora explicitamente, notadamente por seus princípios formando aquilo que o ilustre professor

⁹⁹ IMPOSTO DE RENDA – BALANÇO PATRIMONIAL – ATUALIZAÇÃO – OTN – ARTIGOS 30 DA LEI Nº 7.730/89 E 30 DA LEI Nº 7.799/89. Surge inconstitucional a atualização prevista no artigo 30 da Lei nº 7.799/89 no que, desconsiderada a inflação, resulta na incidência do Imposto de Renda sobre lucro fictício. (RE 208526, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/2013, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-03 PP-00346)

¹⁰⁰ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 17ªed. atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹⁰¹ MACHADO, Hugo de Brito. Excesso de exação e lei tributária inconstitucional. In: **Revista Dialética de Direito Tributário nº 13**.

Edvaldo Brito denomina de “Estatuto do Contribuinte”.¹⁰² Aos olhos do mestre baiano é inadmissível que o Estado transforme a arrecadação em um fim em si mesmo, desconsiderando os princípios e disciplinas explícitas e implícitas no estatuto do contribuinte.

Desta maneira, os procedimentos administrativos fiscais podem ser utilizados de forma a reduzir disputas judiciais, bem como para resolver questões manifestamente inconstitucionais, que já foram até assim declaradas em controle difuso pelo STF por meio de Recurso Extraordinário, mas que não teve seus efeitos estendidos a todos (*erga omnes*).

V. LIMITES E POSSIBILIDADES

O controle de constitucionalidade por parte dos órgãos administrativos fiscais é, sem dúvidas, um tema extremamente controvertido, pois ambos os argumentos são coerentes e plausíveis. Todavia, negar a possibilidade deste controle é ir de encontro a diversos princípios e normas estatuídas por nossa constituição dentro daquilo que o professor Edvaldo Brito chama de Estatuto do Contribuinte.

Gustavo Binenbojm ao tratar da atividade administrativa *contra legem* enquanto ponderação entre legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e eficiência disciplina sobre a possibilidade de repúdio à lei inconstitucional.

“[...] Com efeito, fundando-se juridicamente a atividade administrativa direta e primariamente na Constituição, não há como negar à Administração Pública a condição de interprete e executora da Lei Maior. E, se assim é, corolário lógico de tal condição é a possibilidade (e, de resto, o dever jurídico) de deixar de aplicar as leis incompatíveis com a Constituição, sob pena de menoscabo à supremacia constitucional”.¹⁰³

Por conseguinte, entende-se que para tornar possível este tipo de controle de constitucionalidade se faz necessário o estabelecimento de alguns limites, todos estes estabelecidos dentro de uma ponderação de interesses dos contribuintes e da Administração

¹⁰² BRITO, Edvaldo. **Direito Tributário**. 1ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.184.

Tributária. Neste sentido, valiosa é a importação dos critérios estabelecidos pela mestre e auditora fiscal da Receita Federal, Marialva de Castro C. Schlucking:

- a) A administração não pode de ofício alegar a inconstitucionalidade da lei, necessitando que o contribuinte assim o faça.
- b) A inconstitucionalidade só será analisada quando amparada por jurisprudência, e não somente por doutrina. Este limite é de muita importância por restringir o espaço de atuação dos agentes administrativos, além de possibilitar uma maior segurança jurídica nas decisões administrativas destes órgãos.
- c) Não é cabível o exame da inconstitucionalidade por omissão.
- d) Os órgãos administrativos podem somente negar a aplicação da lei, mas nunca atuar como legislador positivo.
- e) Partindo de uma analogia do Art. 97 da Constituição Federal (CF), a decisão em âmbito administrativo fiscal somente poderá ser proferida por maioria absoluta dos membros de órgão colegiado.
- f) A decisão que afastar a aplicação de norma inconstitucional será passível de reexame pelo Judiciário, conforme art. 5º, inciso XXXV da CF, tanto se favorável ao contribuinte quanto à Fazenda.

Estabelecidos estes critérios, percebe-se que diversos argumentos contrários ao controle de constitucionalidade no âmbito dos procedimentos administrativos fiscais quedam-se prejudicados. A alegada insegurança jurídica que poderia ser gerada por conta de decisões contrastantes no âmbito administrativo é extraordinariamente mitigada no momento em que apenas se admite o afastamento da norma inconstitucional quando amparada por jurisprudência, e não somente por doutrina.

Ademais, o fato de não ser cabível o exame da inconstitucionalidade por omissão, atrelado a necessidade de provocação do contribuinte, bem como competir aos órgãos administrativos somente negar a aplicação da lei, mas nunca atuar como legislador positivo; confirmam e corroboram com o princípio da segurança jurídica.

Quanto ao fato da decisão administrativa não gerar coisa julgada não quer dizer que não se trata de função jurisdicional exercida pela Administração, haja vista que essa característica não é essencial para a existência dessa atividade.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassado todo o caminho até aqui seguido, chega-se a algumas considerações. A primeira delas e talvez a mais importante responda à nossa indagação inicial acerca da possibilidade ou não do controle de constitucionalidade por parte dos órgãos administrativos fiscais. Constatou-se que é possível o exercício do controle de constitucionalidade no caso concreto por parte dos órgãos administrativos fiscais. Entretanto, para esta concretização ser possível é necessário que alguns limites sejam estabelecidos e respeitados.

O primeiro deles relaciona-se com a segurança jurídica do ordenamento, pois tal controle seria admitido apenas quando amparado por jurisprudência, a nosso ver do Supremo Tribunal Federal e não somente por doutrina. Ademais, não seria cabível o exame da inconstitucionalidade por omissão, além da necessidade de provocação do contribuinte, bem como competir aos órgãos administrativos somente negar a aplicação da lei, mas nunca atuar como legislador positivo.

Outra consideração importante diz respeito à ampla defesa no procedimento administrativo fiscal. Vivenciamos um amadurecimento do estado democrático de direito em nosso país e não é mais admissível que decisões da Administração tragam resquícios de um Estado autoritário, que impõe suas decisões sem a devida fundamentação. Desta maneira, cabe ao contribuinte expor as suas razões e argumentos sejam eles de matiz constitucional ou não, e a administração decidir motivadamente sobre todos os pedidos, não podendo escusar-se de analisar matéria constitucional.

Por fim, realizar o controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais dentro de seus limites e possibilidades é concretizar e dar respaldo ao Estatuto do Contribuinte, notadamente, aos princípios da ampla defesa e do contraditório, da eficiência e da moralidade na Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Robeto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à constituição de 1988**. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRITO, Edvaldo. **Direito Tributário**. 1ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **In: Revista de Processo. a.31, n.131. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.**

CAVALCANTE, Mantovani Colares. “A competência dos órgãos julgadores administrativos fiscais para afastar a aplicação de norma tributária inconstitucional”. **In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2010.**

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. 6ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

DALLAZEM, Danton Luiz. O princípio da ampla defesa e a ‘competência’ dos tribunais administrativos para apreciarem matéria constitucional. **In: Revista dos Tribunais, cadernos de direito constitucional e ciência política. n.23. São Paulo: IBDC, 1998.**

FILHO CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO JUSTEN, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”. **In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 33. São Paulo: Palas Athenas, 1998.**

FREITAS, Juarez. Boa Administração é aplicar a lei fundamental de ofício. **In: Direito Tributário: estudos avançados em homenagem a Edvaldo Brito**. São Paulo: atlas, 2014.

HESSE. Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges; revisão técnica de Péricles Prado. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

JUNIOR, Delosmar Mendonça. **Princípio da Ampla defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUNIOR DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ªed., Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

JUNIOR FERRAZ, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. In: **RevistaUSP, n.21. São Paulo: O EDITOR, 1994**.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4ªed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LUKIC, Melina Rocha. “A análise da (in)constitucionalidade no processo administrativo fiscal”. In: **Revista de Direito Administrativo v.259. Rio de Janeiro: FGV editora, 2012**.

MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Excesso de exação e lei tributária inconstitucional. In: **Revista Dialética de Direito Tributário n° 13**.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUCO, GIOVANA RIBAS. **Controle de Constitucionalidade no Processo Administrativo Tributário**. Porto Alegre, 2006. (dissertação de mestrado).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ªed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO BANDEIRA, Celso Antônio. **Curso de direito Administrativo**. 30ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações: tomo I**. 1ª ed. atual. Vilson Rodrigues Alves., Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Comentários à constituição de 1946**. Vol. IV, Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947.

MONTESQUIEU. Charles de Secondant, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** 7 ed. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

NETTO ALVIM, José Manoel de Arruda. Da Jurisdição – Estado de Direito e Função Jurisdicional. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodvim, 2008.

NEVES, André Batista. **Introdução ao controle de constitucionalidade.** Vol.10. Salvador: JusPodvim, 2007.

SCHLUCKING, Marialva de Castro. O devido processo legal e o controle da constitucionalidade no processo administrativo fiscal. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.** Coord. Jordão, Eduardo Ferreira e JUNIOR DIDIER, Fredie. Salvador: JusPodvim, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Teoria Geral do Processo.** v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: A LINHA
TÊNUE DOS INSTITUTOS NA CRIAÇÃO DE ESPAÇOS DE PROTEÇÃO
AMBIENTAL**

**ADMINISTRATIVE LIMITATION AND INDIRECT EXPROPRIATION: THE
FINE LINE BETWEEN THE INSTITUTES IN THE CREATION OF
ENVIRONMENTAL PROTECTION AREAS**

DANIEL CAPECCHI NUNES

Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora.

ANA LUÍZA FERNANDES CALIL

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisadora na Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho visa a pontuar as dificuldades na caracterização dos institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta na criação de espaços de proteção ambiental. A análise se restringe, basicamente, às consequências da implementação de unidades de conservação e seus impactos no território do interior da unidade. Para tanto, serão aduzidos os temas na doutrina brasileira, bem como o caso do Parque Nacional Grande Sertão Veredas será utilizado como exemplo para a questão proposta.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo. Direito Ambiental. Limitação Administrativa. Desapropriação Indireta. Parque Nacional Grande Sertão Veredas.

ABSTRACT: This paper aims to highlight the difficulties in characterizing the institutes of administrative limitation and indirect expropriation in creating environmental protection areas. The analysis is restricted basically to the consequences of the implementation of conservation units and their impact on the territory of the inside of the unit. For this, the Brazilian doctrine on the theme will be analyzed, as well as the case of Grande Sertao Veredas National Park will be used as an example to the raised issue.

KEYWORDS: Administrative Law. Environmental Law. Administrative Limitation. Indirect Expropriation. Grande Sertão Veredas National Park.

I. INTRODUÇÃO

As controvérsias relativas à intervenção do Estado na propriedade se mostram intensas no âmbito da criação de espaços reservados, na relação entre direito administrativo e direito ambiental.

É possível constatar, em uma análise dos casos envolvendo a criação de espaços protegidos e, mais especificamente, unidades de conservação, que a limitação administrativa e a desapropriação indireta apresentam pontos de contato que tornam complexa a diferenciação entre os dois institutos.

Um dos casos icônicos relativos ao tema, o qual será analisado no presente trabalho, é o do Parque Nacional Grande Sertão Veredas, localizado na divisa dos Estados de Minas Gerais e Bahia. O Parque Nacional foi criado em abril de 1989 pelo Decreto Federal nº. 97.658 e é categorizado atualmente como uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, conforme a Lei nº. 9.985/2000. Nos anos 2000, com a edição do Decreto que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, os imóveis particulares incluídos nos limites do Parque, foram propostas algumas ações na justiça, com a discussão relativa à configuração ou não de desapropriação indireta na região.

Inicialmente, objetivando contextualizar a discussão, desenvolver-se-á uma breve digressão teórica, a fim de tornar mais clara a linha tênue entre os dois institutos mencionados, espécies de intervenção do Estado na propriedade privada. Então, será analisado o caso em tela explicitando as suas peculiaridades e os aspectos a serem destacados para o estudo da temática.

II. A LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NA CRIAÇÃO DE ESPAÇOS PROTEGIDOS: LINHAS GERAIS ACERCA DOS INSTITUTOS.

A proteção ao meio ambiente está insculpida na Constituição de 1988 no seu Art. 225¹⁰⁴. Referido dispositivo impôs um real dever, atribuído ao Poder Público e à coletividade, quanto à defesa e preservação do meio ambiente para futuras gerações. Juarez Freitas aponta que o Art. 225 é uma das manifestações do chamado princípio da precaução, que representa a necessidade da atuação prévia na proteção ambiental, visando a assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (FREITAS, 2008, p.6).

A fim de atingir o objetivo de preservação, o Estado lança mão de suas prerrogativas públicas, inclusive no que abrange o exercício do poder de polícia, por conta da fiscalização e proteção ambiental, especialmente.

Traçando uma linha sobre o poder de polícia do Estado, Caio Tácito (1952, p. 1-3) dispunha que é árdua a tarefa de conceituar e estabelecer os limites do poder de polícia e, por conta disso, inclusive no direito comparado, há variados debates acerca de sua extensão.

A par das dificuldades de delimitação do conceito, na doutrina clássica do direito administrativo, Hely Lopes Meirelles (1998, p. 115) define o poder de polícia como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 75) reproduz o conceito, definindo o poder de polícia como uma prerrogativa de direito público.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 822 -824) critica a caracterização do poder de polícia, em sua essência, como um poder negativo, com base na acepção que a sua função precípua seria a de buscar evitar um dano. O autor pontua que o poder de polícia corresponde, na realidade, à atividade estatal que não almeja outra coisa senão uma abstenção dos particulares (*non facere*).

No que tange o poder de polícia na esfera ambiental, Paulo Affonso Machado o define como

[...] a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina o direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam

¹⁰⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

decorrer poluição ou agressão à natureza (MACHADO, 2004, p. 308-309).

No campo do direito ambiental, dois diplomas normativos são fundamentais à compreensão do dever de proteção ao meio ambiente estabelecido na Constituição: a Lei nº 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC); e a Lei nº 6.938/81, recepcionada pela Constituição e posteriormente alterada, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

A Lei nº 9.985/00 criou diversas categorias de unidades de conservação, com características específicas, que buscam assegurar o papel do Estado na defesa do meio ambiente. A instituição de tais unidades, por vezes, acaba por gerar restrições aos particulares proprietários de imóveis localizados nessas áreas.

O Poder Público tem a competência de criar unidades de conservação¹⁰⁵ e, conforme o Art. 22-A da Lei do SNUC, poderá decretar limitações administrativas provisórias ao exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental¹⁰⁶.

O outro diploma mencionado, qual seja, a Lei nº 6.938/81, deve ser lido em conjunto com os Arts. 23 e 24 da Constituição Federal. A constituição estabelece competência comum entre os entes federativos na proteção de "documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos; além da preservação das florestas, da fauna e da flora, bem como a incumbência de registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios, proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas. O Art. 6º da Lei nº 6.938/81, então, cria o

¹⁰⁵ Na forma do Art. 22 da L. nº 9.985/00, respeitando as regras estabelecidas nos parágrafos do dispositivo, incluindo a realização prévia de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento.

¹⁰⁶ Lei nº 9.985/00, Art. 22-A. O Poder Público poderá, ressalvadas as atividades agropecuárias e outras atividades econômicas em andamento e obras públicas licenciadas, na forma da lei, decretar limitações administrativas provisórias ao exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental, para a realização de estudos com vistas na criação de Unidade de Conservação, quando, a critério do órgão ambiental competente, houver risco de dano grave aos recursos naturais ali existentes.

SISNAMA, Sistema Nacional do Meio Ambiente, baseado na interação cooperativa dos entes em sua competência comum¹⁰⁷.

Dentro da Política Nacional do Meio Ambiente, o Art. 9º considera como um de seus instrumentos a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas (inciso IV). Por meio da leitura deste inciso, é possível dialogar os dois diplomas, em uma relação de complementaridade, no contexto do exercício do poder de polícia ambiental¹⁰⁸, à medida que incumbe ao Poder Público estabelecer as referidas unidades de conservação, em prol do interesse coletivo, que poderão acarretar limitações a determinados indivíduos.

Hely Lopes Meirelles, ao comentar sobre a Lei nº 6.938/81, entende que seu objetivo é a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”, e que esta norma deverá “servir de parâmetro para a interpretação das limitações administrativas de proteção ambiental” (MEIRELLES, 1998, p. 117).

Dessa maneira, no exercício de suas competências, quando o Poder Público cria uma unidade de conservação, o regime do território contido na área da unidade fica comprometido pelas normas incidentes naquela área específica. No geral, tais regras são definidas pelo plano de manejo da unidade, conceituado na lei como

[...] documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”. (art. 2º, XVII, Lei nº 9.985/00)

¹⁰⁷ Lei nº 6.938/81, Art. 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: [...]

¹⁰⁸ A título de nota, cabe destacar que o campo do direito ambiental possui diversos casos em que se caracteriza o exercício legítimo do poder de polícia, nos ditames da necessidade de prevenção e proteção ao meio ambiente. Edis Milaré, por exemplo, destaca que o princípio do controle do poluidor pelo Poder Público é um desses casos do exercício do poder de polícia já que, praticada uma infração, a responsabilidade do agente deve ser instaurada. MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª edição, São Paulo: Editora RT, 2007, p. 828

Especialmente nas unidades de proteção integral, que são aquelas que admitem apenas o uso indireto de seus recursos naturais, a criação de uma nova unidade compromete o regime dos bens nela contidos (art. 2º, VI, Lei nº. 9.985/00). Isso porque as áreas de dentro dessas unidades são consideradas públicas pela lei¹⁰⁹. Com isso, o Poder Público deveria editar decreto considerando de utilidade pública as terras, a fim de promover a desapropriação de tais áreas internas à unidade de conservação¹¹⁰.

Contudo, há no Brasil diversos espaços protegidos que foram criados muito antes da Lei do SNUC, como ocorre com o Parque Nacional do Sertão Veredas, criado em 1989, os quais não estavam sujeitos a essa regra. Por conta disso, o administrador público, ao objetivar a preservação ambiental, também deve levar em conta os interesses das populações que residem no interior de unidades de proteção integral, analisando cada caso de maneira particular.

III. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

O conceito de limitação administrativa não apresenta muitas variações na doutrina brasileira. Maria Sylvia Di Pietro, por exemplo, afirma que são dotadas de generalidade e são impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, à luz do princípio da supremacia do interesse público que geram aos proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social (DI PIETRO, 2011, p. 139-140).

O caráter geral é bem definido por Carvalho Filho (2012, p. 790), que elucida que as limitações não se destinam à imóveis específicos, mas a um “grupamento de propriedades em que é dispensável a identificação”. Assim, a generalidade se associa com a ideia de indeterminabilidade. O autor, ainda, traz como fundamento das limitações o atendimento à função social da propriedade, pautando-se nos arts. 5º, XXIII e 170, III da CRFB/88.

¹⁰⁹ Previsão do art. 8º e seguintes da Lei nº9.985/00.

¹¹⁰ Arts. 9º, §1º, 10, §1º, 11, §1º, 12, §1º e 13, §1º. A desapropriação está prevista para a estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento natural e refúgio da vida silvestre, unidades de proteção integral.

Patrícia Baptista elenca como características definidoras das limitações administrativas:

[...] a unilateralidade da imposição pelo Poder Público; a imperatividade da sua observância pelo particular; o caráter meramente restritivo e não supressivo do direito; e, por último, sua não-indenizabilidade, seja em virtude da generalidade do ônus, seja em razão da pequena monta do incômodo imposto (BAPTISTA, 2003, p.6)

Quanto à última característica, a doutrina tem se mantido pacífica em defesa da não-indenizabilidade das limitações administrativas, tendo como base o caráter geral de tais medidas, que não enseja a pretensão indenizatória. Bandeira de Mello, no capítulo referente ao poder de polícia de sua obra, atesta que

[...] as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima [do poder de polícia], isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema. É precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade não são indenizáveis. Posto que através de tais medidas de polícia não há interferência onerosa a um direito, mas tão-só definição que giz suas fronteiras, inexistente o gravame que abriria ensanchas a uma obrigação pública de reparar” (MELLO, 2009, p. 822-824) .

No mesmo sentido, Di Pietro, citando a obra de Bielsa, entende que as restrições não dão direito à indenização e que seriam, na verdade, uma condição inerente ao direito de propriedade, cujo conteúdo normal se limita pelas leis. Reconhece, entretanto, que é possível que haja uma extrapolação na atuação da Administração Pública na imposição de limitações administrativas, mas que isso recairia no âmbito da responsabilidade civil do Estado (DI PIETRO, 2011, p.139).

Carvalho Filho também entende que a indenização estaria ligada a um vício na conduta do Estado e, portanto, inserida no campo da responsabilidade na forma do Art. 37, §6º, CRFB/88 (CARVALHO FILHO, 2012, p. 792).

Patrícia Baptista, na mesma linha que Di Pietro, seguindo as lições de E. García de Enterría, outro ilustre doutrinador espanhol, aborda a ideia que uma limitação administrativa seria, então, uma atuação administrativa que deve ser suportada pelo

administrado, como uma carga da vida social, sem contraprestação econômica alguma (BAPTISTA, 2003, p.7).

II.II. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Passando à análise do segundo instituto em comento no presente trabalho, Celso Antonio Bandeira de Mello a define como a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público. Isto porque não há, como na desapropriação comum, a “*obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório*” (MELLO, 2009, 882).

Di Pietro a define como a que se processa sem observância do procedimento legal e a equipara ao esbulho (DI PIETRO, 2011, p. 191). José dos Santos Carvalho Filho a define como fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. O autor também menciona a equiparação entre desapropriação indireta e esbulho possessório (CARVALHO FILHO, 2012, p. 861). Outro autor que a equipara ao esbulho é Hely Lopes Meirelles, que repudia a desapropriação indireta, afirmando que não passa de “esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei” (MEIRELLES, 1998, p.482).

A posição de Hely, inclusive, era oriunda de julgado antigo do STF, de relatoria de Aliomar Baleeiro, reconhecendo a desapropriação indireta como criação pretoriana, caracterizando-a como esbulho e como ato ilícito da Administração Pública¹¹¹.

Dos autores listados acima, é possível aferir que, para a configuração da desapropriação direta deve haver, de fato, o **apossamento do bem** por parte do Poder Público. Apesar de ser a visão dominante na doutrina e na jurisprudência, a prática dos tribunais, em especial do STJ, tem se mostrado cambiante na definição dos requisitos para configuração do instituto

A consumação da desapropriação indireta acontece quando o bem se incorpora definitivamente ao patrimônio público, caso se entenda, conforme a visão dominante, que o

¹¹¹ STF - RE: 75731 PR , Relator: ALIOMAR BALEEIRO, Data de Julgamento: 15/05/1973, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15-10-1973

apossamento é requisito essencial para sua configuração. É também ilustre o voto do ministro Eloy Rocha, proferido no STF (RTJ 61/389), em que afirmou:

Tem ocorrido, com frequência, que o Poder Público, sem promover a ação, realiza pela ocupação da coisa, desapropriação de fato, que se passou a chamar de desapropriação indireta. Certamente, esse comportamento não serve de afastar a garantia constitucional. O direito à indenização que, na desapropriação indireta, assiste ao proprietário, embora a ilegalidade do desapossamento administrativo, tem, na essência, o mesmo fundamento daquele inscrito como garantia constitucional. O direito à indenização, pressuposto da desapropriação – que é exercício regular de direito – não pode desaparecer com a ilicitude de atos praticados pelo desapropriante. Se o desapropriante, por forma contrária à lei ordinária e à regra constitucional, toma a propriedade, daí decorrem, a mais, outros efeitos jurídicos. Ao direito à indenização, acrescentam-se, então, efeitos da desapropriação de fato, como juros compensatórios, devidos desde a ocupação, segundo a jurisprudência do STF.

A problemática deste tipo de desapropriação gira em torno do fato de esta intervenção do Estado na propriedade privada ser uma das mais invasivas e que gera ônus ao proprietário.

Referida modalidade é tão abrupta ao expropriado que a Constituição, em seu art. 5º, garante que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação, em suas modalidades, “mediante justa e prévia indenização em dinheiro”. É competência privativa da União Federal legislar sobre o tema, de acordo com o art. 22, II da constituição.

No caso da criação de unidades de conservação, a desapropriação tradicionalmente é feita na modalidade utilidade pública, regida pelo famigerado Decreto Lei nº. 3.365/41. O decreto regula o procedimento pelo qual o expropriado é submetido nos casos em que o Poder Público promove a desapropriação. Não visamos, no presente, a explanar detalhadamente o processo tradicional de desapropriação, mas tão somente destacar alguns aspectos da administração indireta¹¹².

Na doutrina sobre o tema, cabe destacar posição de Juliano Heinen, em trabalho publicado na Revista de Direito Administrativo – RDA. O autor trabalha com o conceito de uma “desapropriação à brasileira”, a qual seria uma limitação administrativa que esvazia o

¹¹² Isso não exclui importantes discussões a serem travadas sobre o tema, como o da mensuração da justa indenização. Sobre o tema, v. ACOCELLA, Jessica, O Significado Constitucional da Justa Indenização Expropriatória, Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 27, 2015.

conteúdo da propriedade sem, contudo, haver tomada de posse pelo Poder Público. Para o autor, isto não seria desapropriação indireta porquanto esta exigiria de fato a tomada da posse pelo ente público instituidor da limitação (HEINEN, 2012, p. 174). No entanto, caberia indenização ao proprietário pelo esvaziamento da propriedade.

Outra questão relacionada às desapropriações indiretas, a qual vale a menção, é a das regulações expropriatórias, desenvolvida por André Cyrino. O autor entende, diferentemente de Juliano Heinen, que o esvaziamento econômico poderia ensejar a caracterização de desapropriação indireta, a qual seria “inválida perante a constituição” (CYRINO, 2014, p. 219). Analisando a postura do STF e STJ quanto ao tema, Cyrino resume no sentido que

[...] Supremo Tribunal Federal (STF) e, principalmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tiveram a oportunidade de julgar diversos casos envolvendo desapropriações indiretas. Os precedentes sobre o tema compõem a compreensão da matéria, sobre a qual não há uma solução definitiva. STF e STJ possuem orientações distintas. O STJ teve dois momentos. Numa primeira fase, admitiu em grande medida a possibilidade de caracterização de desapropriação indireta em razão de regulações gerais (geralmente rotuladas de limitações administrativas). Essa orientação, porém, modificou-se nos últimos anos. Já o STF admite (ao menos em obter dictum) a possibilidade de caracterização da modalidade expropriatória indireta por meio de limitações administrativas de caráter regulatório, reconhecendo que a gravidade das restrições promovidas por normas gerais poderia ensejar proteção judicial (CYRINO, 2014, p.220).

O autor, nas conclusões de seu brilhante trabalho, propõe determinadas limitações ao conteúdo da regulação além da utilização do princípio da proporcionalidade e na vedação ao excesso. Importante destacar, dentro da lição do trabalho, como já é frisado pela doutrina administrativa, que determinadas normas gerais poderão, de fato, gerar direito à indenização ao indivíduo, caso, por exemplo, haja esvaziamento econômico da propriedade.

III. A CRIAÇÃO DO PARQUE NACIONAL GRANDE SERTÃO VEREDAS

A criação de Parques e Unidades de Conservação de Proteção Integral, nos moldes da Lei nº 9.985/00, já gerou demandas que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça e ao

Supremo Tribunal Federal. Tais demandas versam em torno, particularmente, do direito à indenização decorrente da instituição de limitações administrativas e a garantia ao direito de propriedade.

As demandas estão intrinsicamente relacionadas aos atos normativos que criam as unidades de conservação e, mais ainda, ao decreto que as declaram como de utilidade pública, para fins de desapropriação, nos moldes da Lei do SNUC.

Um dos problemas que contribui para o volume de demandas é a morosidade do Poder Público na efetivação da desapropriação dessas áreas ou de regularização por outros meios, bem como a elaboração do plano de manejo. Paulo Affonso Leme Machado afirma que o “Plano de Manejo, na prática, será a lei interna das unidade conservação” (MACHADO, 2004, p. 774). A Lei nº 9.985/00 prevê que o plano de manejo deverá ser elaborado em até cinco anos após a criação da unidade, em seu art. 27, 3º. No caso do Parque Nacional do Grande Sertão Veredas, criado em 1989, antes da Lei do SNUC, o Plano de Manejo foi disponibilizado em 2003¹¹³.

A ausência do plano dificulta a consecução dos objetivos que estão por trás da criação das unidades de conservação e, em muitos casos, há indicativos de deficiência de destinação de recursos públicos suficientes para a desapropriação das áreas particulares inseridas no território das unidades.

Há de se acrescentar que regularizar as áreas das unidades não é uma tarefa simples nem tampouco barata para o Estado. Isto porque as áreas das unidades podem ser muito extensas e há carência de recursos para colocar as medidas em prática. Nesse sentido, Karla Aguiar Jury entende que se a regularização fosse promovida, haveria mais espaço para a preservação ambiental das áreas protegidas. Na íntegra:

No contexto apresentado, a realidade de conflitos, dificuldades, despreparos e demora dos procedimentos de regularização fundiária nas UCs também representa um grande obstáculo à implantação e ao manejo das áreas naturais protegidas, no Brasil. Nesse sentido, Guatura et al. (1996) afirmam que “o patrimônio a conservar somente estará apto a sê-lo quando estiver, por inteiro, na posse indiscutida do Estado”. Para melhor analisar a questão, faz-se imprescindível discorrer sobre o processo de regularização fundiária vigente. (KURY, 2009, p. 79)

¹¹³ Plano de Manejo do Parque Grande Sertão Veredas, Brasília, Julho de 2003. Disponível em <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/imgs-unidades-coservacao/parna_grande_sertao_veredas.pdf>

A autora ainda propõe o desenvolvimento de um processo estruturado e centralizado de regularização, que integre as esferas de governo. Aponta como uma problemática o fato de o processo ser, atualmente, “complexo e desarticulado”, o que poderia, inclusive, restringir as ações de proteção da biodiversidade.

III.I. O PARQUE NACIONAL GRANDE SERTÃO VEREDAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ REFERENTE À CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR

A criação do Parque Nacional Grande Sertão Veredas, cujo diploma criador é Decreto nº 97.658, de 12 de abril de 1989¹¹⁴, gerou demandas judiciais que chegaram ao STJ.

O Parque Nacional Grande Sertão Veredas foi instituído como unidade de conservação Estados da Bahia e de Minas Gerais, com área estimada em oitenta e quatro mil hectares. O Decreto 97.658 estabeleceu, em seu artigo 2º, que “[a]s terras e benfeitorias, localizadas dentro dos limites descritos no artigo 1º deste Decreto, ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação”.

A edição do mencionado decreto, então, ensejou diversos proprietários de imóveis localizados no perímetro do Parque, os quais se sentiram lesados, a propor ações pleiteando seu direito à indenização. Isto aconteceu, a título de registro, não só no Parque Nacional do Grande Sertão Veredas, mas também em outros Parques no Brasil.

A título de exemplo de caso similar, Roberta Buendia Sabbagh (2010), em extenso trabalho sobre o Parque Estadual da Serra do Mar, aponta a existência de três problemas fundiários de destaque, de acordo com o que consta no plano de manejo do Parque, datado de: conflitos jurídico-formais, conflitos possessórios e conflitos de uso. Tais problemas são comuns a outros parques, como salienta a autora.

Os casos de envolvendo criações de unidades de conservação que chegam ao STJ são, no geral, referentes ao ônus relativo às limitações administrativas impostas pela

¹¹⁴ Art. 1º Fica criado, nos Estados da Bahia e de Minas Gerais, o Parque Nacional Grande Sertão Veredas, com área estimada em 84.000ha (oitenta e quatro mil hectares), subordinado e integrante da estrutura básica do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, autarquia federal vinculada ao Ministério do Interior.

criação de Parques, bem como processos envolvendo ações de direito real (de desapropriação, direta ou indireta) e também de direito pessoal (pleiteando indenizações decorrentes das limitações).

Voltando ao Parque Nacional Grande Sertão Veredas, o Recurso Especial nº 1.296.626/MG e o Recurso Especial Nº 1.365.373/DF são dois casos judiciais ilustrativos, os quais serão objeto de nossa análise.

Em resumo, o Recurso Especial nº 1.296.626/MG¹¹⁵ trata-se de processo, o qual se originou de ação ajuizada na Justiça Federal, na Seção Judiciária de Minas Gerais, que teve como fato desencadeador a inclusão dos imóveis dos autores na área do Parque Nacional Grande Sertão Veredas, parque ecológico localizado na divisa dos estados de Minas Gerais e Bahia.

Os autores, à época, pleiteavam o reconhecimento da desapropriação indireta de seus imóveis rurais, localizados no Município de Formoso (MG) e o pagamento da respectiva indenização decorrente da desapropriação, já que a criação do parque os teria privado do uso e gozo da sua terra. O juízo de 1ª instância reconheceu a ocorrência da desapropriação indireta, condenando o IBAMA a pagar determinada importância aos autores.

Em sede de apelação, interposta no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o IBAMA alegou que, no caso, os requisitos para a desapropriação indireta. A autarquia dispôs que “a edição do Decreto Federal nº 97.658/89, que criou o Parque Nacional Grande Sertão Veredas, não caracterizou ato de esbulho possessório, pois o Decreto é um ato administrativo declaratório, com a intenção de externar o propósito do Poder Público de desapropriar um certo bem imóvel.”.

O relator do acórdão que julgou a apelação considerou que ainda que haja o legítimo dever constitucional do Estado na proteção da flora e da fauna, por meio da criação de parques ecológicos, não é possível afastar a exigência constitucional de indenização quando, de alguma forma, a propriedade particular é afetada em seu potencial econômico. Assim, entendeu que:

Pelos entendimentos expostos, e, pela análise apurada dos fatos, deduz-se que, ao direito do Estado de constituir parques ecológicos corresponde o dever de indenizar o particular afetado no gozo e fruição de sua propriedade,

pois há que se distinguir a simples limitação administrativa da supressão do direito de propriedade. A proibição imposta ao particular de desmatamento e uso da floresta que cobre a propriedade só é possível com a indenização justa, prévia e em dinheiro. Portanto, não merecem prosperar os argumentos utilizados pelo IBAMA, no sentido de que não seria devida qualquer indenização.

O acórdão também fixou que os juros compensatórios, na desapropriação indireta, serão fixados à razão de 12% (doze por cento) ao ano, incidentes a partir da ocupação e calculados sobre o valor da condenação. Já os honorários advocatícios deveriam ser fixados de acordo com o § 4º do artigo 20 do CPC.

O IBAMA, após opor embargos de declaração, os quais foram rejeitados, interpôs Recurso Especial contra o acórdão proferido pelo TRF-1, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "c" da Constituição Federal⁵⁶. As razões do Recurso Especial sustentavam violação ao art. 11, § 1º, da Lei 9.985/00, os arts. 267, V e XI, 295, I e IV, do CPC, o art. 10 e 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, ao art. Decreto 22.626/33, ao art. 4º da Lei 1.521/51 e ao art. 406, do Código Civil, tendo como escopo a inexistência de apossamento administrativo e a dispensa da aplicação de juros compensatórios.

O Ministro Relator Mauro Campbell Marques, entretanto, não reconheceu como devidamente comprovado o dissídio jurisprudencial, requisito processual necessário à interposição de Recurso Especial com fundamento no referido dispositivo constitucional, e negou seguimento ao recurso.

Contudo, o ministro relator, no caso, coadunou com a posição adotada no acórdão do TRF-1 e suscitou a jurisprudência do STJ, de modo que acabou por reconhecer a configuração da desapropriação e a necessidade de pagamento de juros compensatórios. Após opostos embargos de declaração, foi interposto Agravo Regimental nos Embargos de Declaração pela entidade sucessora do IBAMA no processo, ICMBio Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade), por meio da respectiva Procuradoria Federal, que reconheceu, no mesmo sentido dos julgados anteriores,

(...) plena indenizabilidade decorrente da instituição de áreas especiais de proteção ambiental quando a restrição ao uso da propriedade esvaziar o seu valor econômico, oportunidade em que sua configuração transmuta-se de limitação para a plena interdição de uso da propriedade.

Ademais, o AgRg nos Embargos de Declaração foi parcialmente provido, apenas adequando a taxa de juros compensatórios ao decidido na jurisprudência precedente do STJ, aplicando o disposto no Resp 1.111.829/SP58.

Já o Recurso Especial Nº 1.365.373/DF (2012/0238903-0)¹¹⁶ é um caso similar ao anterior, também resultante da inclusão de propriedade rural na área de proteção do Parque Nacional Grande Sertão Veredas. O acórdão reconheceu que com a inclusão, seguindo a linha adotada pelo julgamento da apelação, também do TRF-1, “o proprietário se viu privado do uso e gozo livre das fazendas, de modo irreversível, o que configura verdadeira desapropriação indireta, passível, portanto, de indenização”.

O STJ dispôs, ainda, que para a análise da ocorrência da desapropriação indireta, é necessário avaliar casuisticamente as situações apresentadas: no caso, se a criação de parque ecológico configuraria ou não o instituto.

Embora seja direito do Estado de constituir parques nos moldes da lei do SNUC, ele deve indenizar o particular afetado no gozo e fruição de sua propriedade, pois há que se distinguir a simples limitação administrativa da supressão do direito de propriedade. A

¹¹⁶ ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. EXTENSÃO DO PARQUE NACIONAL GRANDE SERTÃO VEREDAS. DECRETO S/N DE 21/05/2004. COBERTURA FLORÍSTICA. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IBAMA. LEGITIMIDADE. SÚMULA 283/STF. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 333, I, DO CPC. NÃO CARACTERIZADA. 1. Recurso Especial interposto por Vinício Jadiske Tasso. 1.1. Não se conhece do recurso especial, ainda que esteja fundamentado na alegativa de dissídio pretoriano, se não há indicação precisa do dispositivo de lei federal violado. 1.2. Os honorários advocatícios não podem ser majorados quando estabelecidos com prudência e razoabilidade. Incide a Súmula 7/STJ. 2. Recurso Especial do IBAMA. 2.1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2.2. Rever o entendimento do aresto no sentido de que as certidões acostadas são suficientes à comprovação do domínio esbarra na Súmula 7/STJ. 2.3. A ilegitimidade do IBAMA para figurar no polo passivo foi afastada pelo aresto em virtude de ser o causador do suposto esbulho. Esse fundamento não foi combatido, incidindo, no ponto, a Súmula 283/STF. 2.4. Há deficiência argumentativa quando o preceito legal apontado como violado (art. 333, I, do CPC) não é suficiente para amparar a tese defendida no apelo. Deveras, a irrisignação não se situa no descumprimento das regras referentes ao ônus da prova, pois não fora imputada ao réu a comprovação de algo a cargo do autor. Ao afirmar que não estava comprovado o apossamento administrativo e que a mera edição do decreto não impede a normal utilização do bem, o recorrente busca, na realidade, rediscutir os pressupostos da desapropriação indireta, sem contudo, indicar os preceitos normativos adequados ao tema. Incidência da Súmula 284/STF. 2.5. Quanto à negativa de vigência aos arts. 18 da Lei 9.985/00 e 45 do Decreto 4.340/02, a matéria não foi objeto de debate na instância de origem à luz da tese veiculada no apelo, o que impede o conhecimento do recurso, ante a ausência de prequestionamento. Aplica-se a Súmula 282/STF. 3. Recurso especial de Vinício Jadiske Tasso não conhecido. Recurso especial do IBAMA conhecido em parte e não provido. (STJ, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 23/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

proibição imposta ao particular de desmatamento e uso da vegetação que cobre as propriedades só é possível com a indenização justa, prévia e em dinheiro.

A fim de corroborar os seus argumentos, o relator cita trecho de precedente referente ao caso do Parque Estadual da Serra do Mar, a fim de sustentar o entendimento defendido que, seria devido o pagamento nos casos de inclusão de propriedade nos perímetro de parques ecológicos sem o devido processo desapropriatório. Veja-se:

Registre-se, apenas a título de ilustração, que esta egrégia Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual é devido o pagamento das indenizações relativas àqueles imóveis desapropriados devido à criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Com efeito, não se discute, que quando a limitação administrativa causa prejuízo, deve ser indenizada, por importar em perda dos poderes inerentes ao domínio, constituindo verdadeira desapropriação indireta.

Faz-se necessário, então, pontuar que os recursos especiais, relativos à criação do Parque Nacional Grande Sertão Veredas, foram julgados também pela Segunda Turma do STJ, em 2013, e contradizem o entendimento proferido pela mesma Turma, no mesmo ano. Enquanto nos casos do Parque Estadual da Serra do Mar, mencionado acima, o apossamento por parte do poder público fora considerado elemento essencial para configuração da desapropriação indireta, no caso analisado do Grande Sertão Veredas, a Corte entendeu que o esvaziamento econômico seria capaz de configurar o instituto.

O caso mais recente julgado pelo STJ, envolvendo a criação do Parque Estadual da Serra do Mar foi o EDcl no AREsp 150.667/SP44. A ementa do julgado é clara no sentido que não cabe indenização, em decorrência da instituição de limitação ambiental, por conta da criação de unidade de conservação.

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO ESTADUAL 10.251/1977. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. PRECEDENTES.

1. Recebimento dos embargos de declaração como agravo regimental, em face do nítido caráter infringente, com fundamento nos princípios da fungibilidade, da economia processual e da instrumentalidade das formas.
2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, pelo Decreto Estadual 10.251/1977, do Estado de São Paulo, não acrescentou nenhuma limitação às previamente estabelecidas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano etc), os quais, à época da edição do referido decreto, já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

O problema gerado com a edição do Decreto nº 10.251/77 se deu por conta da previsão contida no Art. 6º, que declarou as terras de utilidade pública para fins de desapropriação.

Contudo, apesar de o dispositivo estar contido no decreto, os imóveis inseridos na unidade de conservação, não houve a efetiva desapropriação de todos eles. Dessa forma, os proprietários de diversos imóveis, que suportavam o gravame trazido pelo decreto e as respectivas limitações administrativas, advindas da área de preservação permanente, sentiam-se no direito de pleitear indenizações.

André Cyrino, inclusive, analisou o caso sob a ótica de sua teoria das regulações expropriatórias, tratada em tópico anterior do presente trabalho, salientado que neste caso houve morosidade do Poder Público em efetivar as desapropriações. Com isso, os proprietários foram à Justiça pleitear indenização, visto existir restrição à propriedade em decorrência da criação do parque, alegando ocorrência de desapropriação indireta (CYRINO, 2014, p.220).

A Segunda Turma da Corte, em seus julgados referentes ao caso do Parque Estadual da Serra do Mar, seguindo a mesma lógica da ementa transcrita acima, estabelece que é inviável a indenização da cobertura florística, quando o imóvel se situa em área de preservação permanente¹¹⁷. O entendimento é consistente no sentido que as limitações alegadas nos julgados já eram previstas em outros diplomas normativos e, portanto, não poderiam ensejar o direito à indenização.

¹¹⁷ AgRg no Ag 1.308.927/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/8/2010, DJe de 20/8/2010

Ademais, entende-se que a desapropriação indireta se caracteriza apenas com a posse efetiva de determinado bem pelo Estado, destinando-o à utilização pública¹¹⁸. A Primeira Turma do STJ possui entendimento semelhante. Em julgado de relatoria do Ministro Teori Zavascki, de 2005, estabeleceu alguns critérios para que seja configurada a desapropriação indireta. O ministro considerou que, cumulativamente, deverá haver:

(a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação¹¹⁹

Em outros casos, envolvendo questões ambientais, mas não necessariamente a criação de unidades de conservação, o STJ parece manter o posicionamento quando aos requisitos passíveis de configurar a desapropriação indireta. No AgRg nos EDcl no REsp 1.417.632/MG¹²⁰ e no AgRg no REsp 1.361.025/MG¹²¹, a Segunda Turma entendeu que a desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente. O mero esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, sem o apossamento pelo Poder Público, não levaria à configuração da desapropriação indireta.

Assim, conforme visto, aparentemente, no que diz respeito aos casos envolvendo a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, a posição do STJ vêm se mantendo consistente em seus julgados mais recentes. Para tais julgados, o STJ, então, entende que o mero esvaziamento sem o esbulho não é suficiente para a desapropriação indireta, sendo mera limitação administrativa gerada pela criação da unidade. Conforme Cyrino (2014, p. 221):

¹¹⁸ AgRg no REsp 769.405/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2010, DJe de 16/4/2010

¹¹⁹ REsp 442.774/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/6/2005, DJ de 20/6/2005

¹²⁰ AgRg nos EDcl no REsp: 1417632, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 06/02/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/02/2014. Precedente idêntico, AgRg no REsp 1.361.025/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013

¹²¹ STJ, AgRg no REsp 1361025/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013

Segundo o STJ, impossível o pleito indenizatório em decorrência de imposição de caráter geral, que deveria ser suportada pelos proprietários, em benefício de toda a coletividade. Além disso, a criação do parque seria nada mais que um meio apto a dar efetividade à função social da propriedade, e ao que já estava disposto no Código Florestal vigente desde 1965 (Lei no 4.771/1965).

Contudo, como visto, não há consistência na posição do STJ, posto que no caso da criação do Parque Nacional Grande Sertão Veredas, ainda que não tenha havido esbulho possessório foi reconhecida a ocorrência da desapropriação indireta.

IV. CONCLUSÃO

Em termos, gostava que morasse aqui, ou perto, era uma ajuda. Aqui não se tem convívio que instruir. Sertão. Sabe o senhor: sertão é onde o pensamento da gente se forma mais forte do que o poder do lugar. Viver é muito perigoso. (ROSA, Guimarães, Grande Sertão: Veredas, Ed. Nova Aguilar, Série: Guimarães Rosa, Obras completas, 1994, p. 28)

O Parque Nacional Grande Sertão Veredas, de nome oriundo da clássica obra de Guimarães Rosa, gerou polêmica em torno de sua criação, pelo fato de as terras em seu interior terem sido consideradas públicas. A questão gerou diversas ações judiciais, as quais alegavam o esvaziamento econômico da propriedade e a consequente ocorrência da desapropriação indireta.

Como visto, nos julgados do STJ referentes ao Grande Sertão Veredas, ficou reconhecida a ocorrência da desapropriação indireta, mesmo não tendo havido esbulho por parte do poder público. Situação diferente foi a do Parque Estadual da Serra do Mar, também julgado pelo STJ, a qual entendeu que o esbulho seria elemento necessário para configuração da desapropriação indireta, caso contrário, seria mera limitação administrativa.

Dessa maneira, acreditamos, neste breve trabalho, que a definição dos requisitos para configuração da limitação administrativa ou da desapropriação indireta na criação de espaços protegidos não se esgota a prioristicamente. Pelo contrário. É necessário analisar o caso e suas peculiaridades, a fim de aplicar o que dita a doutrina e a jurisprudência para tentar definir qual instituto se aplica. Tal definição, inclusive, é importante para efeitos de prescrição, tema de relevo o qual merece trabalho próprio.

Ainda assim, cabe a nós ressaltar a árdua tarefa na distinção entre um e outro instituto, visto não haver na jurisprudência do STJ e do STF parâmetros suficientes para tornar mais clara tal distinção.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **“Limitação e sacrifício de direitos – o conteúdo e as consequências dos atos de intervenção da Administração Pública sobre a propriedade privada”**, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, v. 7, 2003, p. 6.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 25ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª. Edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2011.

CYRINO, André Rodrigues, **“Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria”**, RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014

FREITAS, Juarez de, **“O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos**, **Revista do Conselho Federal da OAB”**, Ed. Março/Abril 2008. Versão eletrônica disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/0803.html>.

HEINEN, Juliano, **“Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”**, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012

KURY, Kátia Aguiar, “**Regularização Fundiária em Unidade de Conservação: O caso do Parque Estadual do Desengano/RJ**”, Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro Lamego, Campos dos Goytacazes/RJ, v.3, n.2, p. 75-89, jul./dez. 2009

MACHADO, Paulo Affonso Leme, **Direito Ambiental Brasileiro**, 12ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 23ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1998

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 26ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2009

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª edição, São Paulo: Editora RT, 2007.

SABBAGH, Roberta Buendia, “**Governando os comuns ou para os comuns? Gestão de áreas protegidas e os arranjos institucionais da política ambiental no Estado de São Paulo**”. Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8231/Roberta.Buendia.pdf?sequence=1>>.

TÁCITO, Caio. “**O Poder de Polícia e seus Limites**”. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 27, jan/dez 1952. Versão eletrônica disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/12238>>.

CIDADES INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS: DESAFIOS CONCEITUAIS E REGULATÓRIOS

INTELLIGENT AND SUSTAINABLE CITIES: CONCEPTUAL AND REGULATORY CHALLENGES

JOSÉ RENATO NALINI

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

WILSON LEVY

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), vinculado ao programa de pós-graduação em Cidades Inteligentes e Sustentáveis

RESUMO: O tema “cidades inteligentes e sustentáveis” que está no topo da agenda pública de debates sobre planejamento urbano condensa uma multiplicidade de sentidos e que tangencia as atuais fronteiras, partindo do horizonte reflexivo da área. Busca-se avançar em direção à construção dos conceitos relacionados ao tema de forma a contribuir para o fornecimento de subsídios para o avanço teórico da área de planejamento urbano e regional no Brasil. O texto será dividido em duas partes. A primeira discorrerá sobre os desafios conceituais do tema, tentando identificar as vozes e os discursos por trás da ideia de “cidades inteligentes e sustentáveis”. Este primeiro item tentará responder à pergunta: é possível, hoje, extrair uma unidade conceitual mínima em torno dessa ideia? Qual?

PALAVRAS-CHAVES: Planejamento urbano; Cidades inteligentes; Cidades sustentáveis; Conceito; Regulação.

ABSTRACT: The theme of "smart and sustainable cities" at the top of the public agenda of debates on urban planning condenses a multiplicity of meanings and that touches current boundaries, starting from the reflective horizon of the area. It seeks to advance towards the construction of concepts related to the theme in order to contribute to the provision of subsidies for the theoretical advancement of urban and regional planning in Brazil. The text will be divided into two parts. The first will discuss the conceptual challenges of the theme, trying to identify the voices and discourses behind the idea of "smart and sustainable cities". This first item will attempt to answer the question: is it possible today to extract a minimal conceptual unity around this idea? What?

KEYWORDS: Urban planning; Smart cities; Sustainable cities; Concept; Regulation.

I. INTRODUÇÃO

O tema “cidades inteligentes e sustentáveis” (em inglês, *smart and sustainable cities*) está no topo da agenda pública de debates sobre planejamento urbano. Trata-se, com segurança, de uma expressão que condensa uma multiplicidade de sentidos e que tangencia as atuais fronteiras, partindo do horizonte reflexivo da área. É, também, fortemente influenciado pelas demandas atuais das cidades do mundo – não apenas das cidades globais, ou das grandes megalópoles, mas também de uma quantidade crescente de cidades grandes e médias do mundo.

Nada obstante, o tema ainda não apresenta maturidade conceitual e regulatória. Uma série de fatores contribui para que este *status* seja mantido, e não caberia fazer uma lista exaustiva de seus motivos. O fato é que a força semântica da expressão parece perdida entre muitas abordagens superficiais e pouca preocupação dos aparatos regulatórios do Estado em incorporar essa nova gramática no interior dos processos formais de disciplina normativa.

Aparentemente, há, em curso, uma colonização ou apropriação dessa expressão para fins comerciais. Esse não é um problema em si, na medida em que a materialização de cidades inteligentes e sustentáveis não prescinde de um aparato considerável de aplicativos e componentes tecnológicos. O desafio repousa justamente na formulação de um desenho conceitual e num entendimento mais homogêneo do que se está falando e do que se pretende com essa nova visão sobre a cidade.

Dito de outro modo, o entrave é entender o que se quer com a ideia de cidades inteligentes e sustentáveis, e que caminhos precisam ser percorridos para se chegar a esse desenho ideal. Sem um aparato conceitual sólido, persiste um risco significativo de se levar “gato por lebre”, na célebre expressão popular. Afinal, ante a vagueza conceitual, mais simples se torna a tarefa de quem pretende vender, principalmente ao Poder Público, produtos de enorme valor agregado e pouca eficiência sistêmica, ou mesmo pouca utilidade prática. Evidente que o problema não está na venda em si: mesmo leituras superficiais associam a ideia de *smart cities* a aplicativos e soluções que ampliam a conectividade e conferem mais eficiência aos processos e à gestão urbana. Nada há de errado nisso. Pelo contrário, *start ups*,

labs e outros espaços de produção de inovação crescem e geram quantidades significativas de recursos a cada ano. Dados apresentados pelo G1 (2014) indicam que este é um mercado que movimenta cerca de R\$ 2 bilhões por ano.

É enorme, portanto, o papel dos centros produtores de conhecimento, e significativo é o papel do pesquisador. A Universidade Nove de Julho (Uninove), nesse sentido, exerce saudável protagonismo, ao criar o primeiro programa homônimo, alicerçado na área de Planejamento Urbano e Regional da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Esse é o ponto de partida deste breve capítulo, que pretende trazer à luz os problemas conceituais e regulatórios do tema “cidades inteligentes e sustentáveis”, de modo a estimular a discussão da temática na esfera especializada da universidade e, em particular, da pós-graduação.

Trata-se de um ponto de partida importante. A expectativa, nesse sentido, é que, ao avançar em direção à construção dos conceitos relacionados ao tema, a universidade fortaleça não apenas as suas linhas de pesquisa, de matriz mais aplicada, mas contribua, decididamente, para fornecer subsídios para o avanço teórico da área de planejamento urbano e regional no Brasil.

Para tanto, este texto será dividido em duas partes. A primeira discorrerá sobre os desafios conceituais do tema, tentando identificar as vozes e os discursos por trás da ideia de “cidades inteligentes e sustentáveis”. Este primeiro item tentará responder à pergunta: é possível, hoje, extrair uma unidade conceitual mínima em torno dessa ideia? Qual?

Em seguida, o foco recairá sobre o direito urbanístico, espaço privilegiado para o desenvolvimento de instrumentos normativos hábeis para disciplinar a matéria. Aqui, se procurará responder à pergunta: o estado teórico do direito urbanístico, no âmbito da legislação e, principalmente, das construções teóricas e doutrinárias, é suficiente para dar conta do desafio regulatório relacionado às cidades inteligentes e sustentáveis? Ademais, se buscará identificar qual o fundamento normativo básico para o desenvolvimento desse aparato legal.

II. CIDADES INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS: UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO?

Como dito na introdução, há pouca ou nenhuma unidade acerca do conceito de “cidades inteligentes e sustentáveis”.

Há pouca discussão sobre o conceito de cidade, embora parte da literatura especializada entenda que a *urbe* representa mais a expressão física de uma determinada sociedade, optando desenvolver os estudos sobre urbanização a partir do recorte denominado “território urbanizado” (Milani e Ribeiro, 2009). Seguindo uma visão modernista sobre o tema, de acordo com Costa (1995, p. 277), a cidade nada mais é do que a “expressão palpável da necessidade humana de contato, comunicação, organização e troca, numa determinada circunstância físico-social e num contexto histórico”.

Ela materializa o intangível do tecido social, traduzindo em formas físicas o fabuloso produto das trocas culturais, do desenvolvimento, das vocações e, também, das contradições de um povo, que se faz representar por prédios, viários, agrupamentos comunitários, laborais e espaços de convívio. Evidente que outras áreas do conhecimento deram contribuições decisivas para a adequada conceituação da ideia de “cidade”. Entretanto, é provável que, no estudo em desenvolvimento, elas não sejam úteis. Ou mesmo necessárias.

Se não há tantas dúvidas sobre a ideia de cidade, o mesmo não se pode afirmar em relação ao conceito de “inteligência” e mesmo de “sustentabilidade”. Diante disso, restaria identificar o significado ambos para se ter um panorama geral e, em seguida, começar a montar o quebra-cabeças conceitual que une as três expressões de modo a lhe conferir alguma coerência. Esse é o caminho mais óbvio, mas nem por isso o mais simples.

De acordo com o Dicionário Michaelis, “inteligência” é uma expressão polissêmica, que pode designar:

*sf (lat **intelligentia**)* **1** Faculdade de entender, pensar, raciocinar e interpretar; entendimento, intelecto. **2** Compreensão, conhecimento profundo. **3 *Filos*** Princípio espiritual e abstrato considerado como a fonte de toda a intelectualidade. **4 *Psicol*** Capacidade de resolver situações novas com rapidez e êxito (medido na execução de tarefas que envolvam apreensão de relações abstratas) e, bem assim, de aprender, para que essas situações possam ser bem resolvidas. **5** Pessoa de grande esfera intelectual. **6** Conluio, ajuste, combinação. ***I. artificial***: Parte da ciência da computação que trata de sistemas inteligentes, capazes de se adaptar a novas situações, raciocinar, compreender relações entre fatos, descobrir significados e reconhecer a verdade. ***I. artificial, Inform***: projeto e desenvolvimento de programas de computador que tentam imitar a inteligência

humana e funções de tomada de decisão, obtendo raciocínio e outras características humanas. Sigla: IA.

Como não se está buscando um significado acoplável a sentidos humanos de inteligência, restaria adotar a ideia de “inteligência artificial”: “parte da ciência da computação que trata de sistemas inteligentes, capazes de se adaptar a novas situações, raciocinar, compreender relações entre fatos, descobrir significados e reconhecer a verdade”. Afinal, da mesma maneira que a cidade é o resultado físico de um conjunto de elementos atinentes à cultura de um determinado agrupamento humano, ela também poderia ser vista como um *sistema*. Que tipo de sistema? Por certo um sistema complexo, posto que agrega um subsistema social e um subsistema espacial, cada qual dotado de dinâmicas internas próprias. Da junção entre os dois subsistemas, surgiria uma relação ecológica entre o ser humano e o ambiente. Agregar inteligência a esse sistema significa atribuir-lhe a capacidade de solucionar problemas próprios do funcionamento sistemático.

Uma cidade inteligente, nesse sentido, é uma cidade capaz de criar estruturas de gestão capazes de serem ativadas para atender a demandas próprias do caráter problemático que o espaço urbano, enquanto sistema complexo, (re)produz continuamente. Essas estruturas visualizam a cidade como um sistema complexo que deve ser todo interligado por redes de comunicação, as quais podem detectar problemas, emitir alarmes e, principalmente, direcionar fluxos de trabalho humano com foco na eficiência dos serviços públicos e controlar remotamente dispositivos e equipamentos das mais variadas interfaces.

De acordo com a World Foundation for Smart Communities, "Uma comunidade inteligente é aquela que fez um esforço consciente para usar a tecnologia da informação para transformar a vida e o trabalho dentro de seu território de forma significativa e fundamental, em vez de seguir uma forma incremental". O estudo é longo, mas já compreendia que a tecnologia da informação exerce, no contexto de cidades inteligentes e sustentáveis, um papel central.

III. E QUANTO À SUSTENTABILIDADE?

A ideia de sustentabilidade mereceria um trabalho específico, tamanha a sua variedade de abordagens. Ela se desenrola através de três grandes interfaces, todas capazes de se desdobrar em inúmeras análises paralelas: sustentabilidade ambiental, sustentabilidade

econômica e sustentabilidade social. Dependendo da aplicação, uma ou mais interfaces podem preponderar, embora seja recomendável que as três estejam presentes para que uma determinada ação ou empreendimento seja considerado sustentável¹²².

Por consequência lógica, uma cidade sustentável deveria observar os três componentes da sustentabilidade no seu planejamento. Isso incluiria temas como licitação verde, construções sustentáveis, redes de transporte coletivo baseadas em fontes renováveis de energia e destinação adequada de resíduos sólidos e efluentes líquidos. Incluiria também a adoção de certificações verdes e a incorporação de indicadores de avaliação que priorizassem a amortização de emissões de gases do efeito estufa e um processo contínuo de discussão que resultasse em revisões periódicas de critérios nessa seara, de modo que fossem cada vez mais rigorosos.

Ainda assim, não seria possível esquecer da sustentabilidade econômica dessas iniciativas, tema ainda pouco trabalhado e, principalmente, da sustentabilidade social, que envolve enfrentar os problemas sociais da cidade. Tais problemas tem por base, de acordo com inúmeros estudos, a exclusão territorial e a ideia de vulnerabilidade, que se desdobra em vulnerabilidade socioeconômica e vulnerabilidade civil. Por vulnerabilidade socioeconômica, pode-se entender que se trata da situação de ausência de proteção em relação à grande parcela dos componentes populacionais das grandes metrópoles. Vale dizer, é a falta de garantias no contexto dos direitos sociais, em especial o trabalho, a saúde e a educação, que, insuficientes, se entrelaçam com os problemas derivados da questão da qualidade habitacional, como a ausência de transporte público adequado e dos serviços públicos responsáveis por atenuar o desgaste típico da vida na cidade.

A vulnerabilidade civil, por sua vez, refere-se, de acordo com Lúcio Kowarick (2009, p. 19), ao âmbito da integridade física das pessoas, ou seja:

¹²² O tema ganhou impulso nos anos 80, com a publicação do Relatório Brundtland, intitulado “Nosso Futuro Comum”, pela Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse documento, ficou assentado que era dever das nações envidar esforços pelo desenvolvimento sustentável, entendido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. O texto introduz, nesse sentido, o componente intergeracional do desenvolvimento sustentável, que deve priorizar a garantia das condições de vida não só das presentes, como das futuras gerações. O tema retornou com força na encíclica *Laudato Sí* (Louvado Seja!), do Papa Francisco, quando disse “Já não se pode falar de desenvolvimento sustentável sem uma solidariedade intergeracional. Quando pensamos na situação em que se deixa o planeta às gerações futuras, entramos noutra lógica: a do dom gratuito, que recebemos e comunicamos. Se a terra nos é dada, não podemos pensar apenas a partir d'um critério utilitarista de eficiência e produtividade para lucro individual”.

Ao fato de vastos segmentos da população estarem desprotegidos da violência praticada por bandidos e pela polícia. Sua expressão máxima é o homicídio, mas também está presente nos assaltos ou roubos, espancamentos, extorsões e humilhações que fazem parte do cotidiano das famílias de baixos rendimentos. Frequentemente, essas ocorrências não entram no rol das estatísticas, seja porque as pessoas não acreditam nas instituições judiciárias, seja porque se calam por medo de represálias.

Embora este trabalho não pretenda descer às minúcias das condições e possibilidades de construção de cidades inteligentes e sustentáveis no Brasil, não se pode desprezar que este é um desafio de grande complexidade. Afinal, no Brasil convivem os mais diversos cenários de condições sociais e econômicas no território urbanizado. Pode-se dizer, sem medo de errar, que o país abriga cidades que estão na pré-modernidade, carentes de equipamentos e infraestrutura básica, como, por exemplo, sistema de saneamento básico; na modernidade, com foco na dependência da energia fóssil e dos processos industriais tradicionais como vetores de desenvolvimento; e na pós-modernidade, cuja marca repousa na economia informacional, nas novas tecnologias de informação e comunicação e nos serviços como eixos de desenvolvimento.

Não raramente, aliás, as três configurações convivem no território de uma mesma cidade, agravadas pelos problemas e conflitos fundiários e *déficit* habitacional, pela divisão desigual dos bônus e ônus da urbanização e pela falta de planejamento. A ressalva é importante, porque agrega um conteúdo adicional à análise do tema das *smart and sustainable cities* no país.

Por falar em Brasil, a principal obra a respeito do tema “cidades inteligentes e sustentáveis” no país é o livro quase homônimo, publicado em 2012, escrito pelo arquiteto urbanista Carlos Leite, professor do programa de pós-graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade Presbiteriana Mackenzie. No início da obra, o autor pontua que cidades sustentáveis são

Necessariamente, compactas, densas. Como se sabe, maiores densidades urbanas representam menor consumo de energia *per capita*. Em contraponto ao modelo “Beleza Americana” de subúrbios espalhados no território com baixíssima densidade, as cidades mais densas da Europa e da Ásia são hoje modelo na importante competição internacional entre as *global green cities*, justamente pelas suas altas densidades, otimizando as infraestruturas urbanas

e propiciando ambientes de maior qualidade de vida promovida pela sobreposição de usos. (Leite, 2012, p. 13)

Cidades sustentáveis, também, devem

Operar segundo um modelo de desenvolvimento urbano que procure balancear, de forma eficiente, os recursos necessários ao seu funcionamento, seja nos insumos de entrada (terra urbana e recursos naturais, água, energia, alimento etc), seja nas fontes de saída (resíduos, esgoto, poluição etc). Ou seja, todos os recursos devem ser utilizados da forma mais eficiente possível para alcançar os objetivos da sociedade urbana. O suprimento, o manuseio eficiente, o manejo de forma sustentável e a distribuição igualitária para toda a população urbana dos recursos de consumo básicos na cidade são parte das necessidades básicas da população urbana e itens de enorme relevância na construção de novos paradigmas de desenvolvimento sustentável, incluindo desafios prementes, como o aumento da permeabilidade nas cidades. (Leite, 2012, p. 13)

A obra não se debruça sobre o desafio conceitual que envolve essa discussão, mas traz pistas daquilo que distingue as cidades sustentáveis das formas clássicas de apropriação do território: densidade maior, foco na eficiência das infraestruturas urbanas e sobreposição de usos nas edificações. É possível, com isso, chegar a um ponto de partida, que, contudo, não é nem um pouco conclusivo.

Cidades mais densas e com usos mistos não são uma novidade. Jane Jacobs, na célebre obra *Morte e vida de grandes cidades* (*Death and Live of Great American Cities*, 1961), já discorria sobre a importância desse modelo de urbanização, baseado na escala do pedestre e na diversidade como vocação do espaço, ainda que seu foco fosse a crítica do planejamento urbano racional, cuja principal referência é o urbanista Le Corbusier.

Não parece, todavia, que a ideia das *smart and sustainable cities* tenha o mesmo apelo dos movimentos por uma cidade mais orgânica, calcada em laços comunitários fortes, na qual a sociedade civil organizada assume um papel central na deliberação sobre os rumos do planejamento, que desabrochou nos anos 1960. Aquele momento foi, como dito, a consagração de um levante contra a ideia de que é possível construir as cidades segundo decisões verticais, que não tinha apego à história e que não era capaz de reconhecer as potencialidades da rua.

Ao que parece, os argumentos trazidos até este instante oferecem um patamar conceitual mínimo. Cidades inteligentes e sustentáveis seriam, então, cidades baseadas num modelo inteligente de gestão, ancorado em tecnologias de informação e comunicação, cujo objetivo repousa em maneiras de viabilizar a sustentabilidade em todas as suas interfaces.

Inteligência, nesse sentido, seria meio, e sustentabilidade, fim. Ainda assim, faltaria uma ancoragem finalística mais ampla, que incluísse a sustentabilidade num plano maior de concretização. Ou seja, como a sustentabilidade pode sair da esfera meramente programática – como uma meta, um objetivo a ser atingido (sem a indicação de um caminho para tanto) – e ser integrada a um comando normativo claro e estrutural?

Na experiência brasileira, esse comando existe? Se sim, qual é?

Um pouco dessa dúvida será desbravada no item seguinte. Mas essa é uma provocação que deve acompanhar os estudos sobre cidades inteligentes e sustentáveis, principalmente quando a abordagem envolver a aplicação de seus institutos no Brasil.

IV. O DIREITO URBANÍSTICO: CENÁRIOS E PERSPECTIVAS PARA A REGULAÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS

Em oposição ao caráter propedêutico e conceitual do item anterior, este dedicará espaço à compreensão do cenário específico da regulação no Brasil. A ideia, nesse sentido, é identificar o percurso de desenvolvimento do direito urbanístico brasileiro para compreender a sua evolução histórica e verificar as suas limitações frente ao desafio de regulação das cidades inteligentes e sustentáveis. A expectativa, novamente, é levantar questões para problematizar esse tema, de modo a estimular que os pesquisadores engajados nesse novo campo de estudos possam desdobrá-las e enriquecer suas análises e investigações.

Tradicionalmente, os estudos de direito urbanístico estavam tomados pelo que se pode denominar “fetiche do conceito”, a denotar certa compulsão pelo detalhamento técnico e vocabular das palavras que compõem seus institutos. Essa tendência pode ser observada por meio de simples leitura dos primeiros textos a fazerem referência a esse novo repertório de direitos, em especial no âmbito do direito administrativo, do qual emanava as regras do chamado “direito de construir” (Leite, 2012, p. 13).

Essas referências doutrinárias pretendiam reproduzir o mesmo rigor empregado na descrição das competências e da atuação da administração pública, necessariamente

minuciosas em razão da sensibilidade do tema "interesse público", embora referida ênfase pouco contribuísse para a efetividade dos regramentos aos quais se submetia a atuação estatal. Cada palavra, cada expressão e cada derivação conceitual era tributária de longas explicações, amparadas em referências do direito comparado mais avançado à época, ainda que ao custo da formação de verdadeira colcha de retalhos teórica, de duvidosa cientificidade.

Veja-se, por exemplo, o conceito de “zoneamento”. Na literatura clássica, remonta à “repartição do território municipal à vista da destinação da terra, do uso do solo ou das características arquitetônicas”, não-indenizáveis, baseados no peculiar interesse do município na disciplina do uso e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da Constituição Federal). Tem, ainda, natureza ligada faculdade¹²³ que se reconhece ao Poder Público de intervir, por ação direta, na ordem econômica e social e, portanto, na propriedade e no direito de construir, a fim de, restringindo-os no interesse público, conformá-los e condicioná-los à sua função social¹²⁴.

Já se antevia sua condição de instrumento de planejamento urbanístico, destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal. Ou: destinado a fixar as diversas áreas para o exercício das funções urbanas elementares¹²⁵, o que não deixava de transparecer uma certa imprecisão conceitual, na medida em que não vinha acoplado a definição de "função urbana elementar". Quando muito, recorria-se a categorias etéreas, como o "interesse do bem-estar da população" ou "colocar cada coisa em seu lugar adequado, inclusive as atividades incômodas". E, a despeito de fixar usos adequados, naquele momento não podia o zoneamento se orientar a "satisfazer interesses particulares, nem de determinados grupos", a contradizer, talvez, a chamada "função social", que, nada obstante, sequer merecia grandes aprofundamentos.

No estudo do tema, havia espaço até mesmo para definições como os “espaços de trabalho” e seu significado, os “espaços de lazer” e sua conceituação, entre outras¹²⁶. E também discussões sobre os tipos de zoneamento - se associados a usos exclusivos ou usos

¹²³ Conforme sua conveniência e interesse? (g.n.).

¹²⁴ *Idem*, p. 237.

¹²⁵ *Idem*, p. 237.

¹²⁶ Veja-se, a título de exemplo, a definição conferida por José Afonso Silva (2012, p. 239) para "habitar": "é ocupar um lugar como residência. É ocupar uma casa ou um edifício para nele residir ou morar. No 'habitar', encontramos a ideia da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação - o que faz sobressair sua correlação com o 'residir' e o 'morar' (de *morari*) significava 'demorar', 'ficar'.

predominantes - a resgatar a influência de autores como Le Corbusier para o debate acerca da organização urbana¹²⁷.

Debate, aliás, sempre técnico, nunca político, e muito menos participativo e concatenado com as demandas da sociedade civil organizada, a impor a noção de que o projeto era o grande protagonista do desenho das cidades. E um debate em absoluto vertical, porque gestado nas esferas especializadas do Estado, frente à realidade a ser ressignificada segundo o interesse público – ou então o que o Estado dizia ou entendia ser o interesse público. E criado, deveria ser executado mediante uma política baseada na concessão de licenças (de obras e de construção) e no uso de meios como a interdição e demolição das edificações, de forma

consciosamente e inteligentemente, com energia e justiça. Trata-se de tarefa que deve incumbir a órgão local composto de técnicos com especial conhecimento da situação sobre a qual incidem aquelas normas e atos fixadores das zonas. Sua eficácia requer vigilância e fiscalização constantes e rigorosas, mas, talvez, ainda exija mais orientação que sanção; mas esta deverá recair, sem vacilações, sobre infratores impertinentes. (Silva, 2012, p. 246, grifo nosso)

A tradição administrativista impregnava inclusive os contornos conceituais do direito urbanístico. Não se sabia ao certo se este se afigurava como uma disciplina autônoma ou referência ainda hesitante acerca de sua autonomia enquanto disciplina específica do saber jurídico. É o que indicava José Afonso da Silva (2012, p. 38) ao apontar o direito urbanístico,

do ponto de vista científico, como ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística. Seu objeto, portanto, consiste em expor, interpretar e

¹²⁷ De acordo com Barbara Freitag (2013, p. 61), "Para Le Corbusier, o espaço urbano ideal deve ser visto como um quadrado quadriculado. Pelos vértices, passam as estradas. Dentro do quadrado, as quadras constituem os quarteirões, interligados por 'tesourinhas'. Essas ruas delimitam terrenos abertos, áreas verdes sobre as quais são erguidos modernos prédios (*"objets à reaction poétique"*). No centro, encontram-se 24 edifícios de 60 andares, erguidos segundo uma planta em forma de cruz. Importante para Le Corbusier é haver arejamento e muita luz, para eliminar - uma vez por todas - a sensação de aperto e constrangimento, escuridão e insalubridade, que para ele caracterizavam os bairros pobres de Paris. Esses prédios servem para funções administrativas e de serviços. Na parte leste, está previsto um centro cívico, atrás do qual se encontra uma enorme área verde. As quadras residenciais, com prédios de 12 andares (*"immeubles-villas"*), como grandes quadrados abertos, independentes entre si, estão conectadas às ruas de ligação. Configuram-se assim 108 unidades de moradia (superquadras?), por sua vez, constituídas de múltiplas *citrohans*. O trânsito baseia-se na rapidez do avião e do carro, mas prevê (mesmo que em redes separadas) trens e metrô (suburbanos). O fora da nova cidade se encontrariam as cidades-jardim e os complexos industriais (Le Corbusier, 1974 e 1996)".

sistematizar tais normas e princípios, vale dizer, estabelecer o conhecimento sistematizado sobre essa realidade jurídica.

Assinalava-se que era "muito cedo para definir seu domínio" (Silva, 2012, p. 39), o que denotava seu caráter de novidade – as primeiras preocupações concretas com o planejamento das cidades remontam ao governo de João Goulart, na década de 1960 – influenciava a forma de enxergar as leis urbanísticas.

Era patente a centralidade executiva do Poder Público, fonte tanto das políticas necessárias ao ordenamento das cidades, concebida por corpo técnico especializado, como do poder de polícia administrativa. Esperava-se que o aparato então existente, de notável articulação para a época, sobretudo pela minuciosa descrição dos conceitos, abria caminho para uma compreensão minimamente homogênea do tema, suficiente para diminuir os focos de tensão. Tratar-se-ia de operação lógica de enorme singeleza a verificação, nos casos concretos, de desconformidade entre uma dada situação e o comando legal, a ensejar a intervenção do Poder Público.

Não foi o que aconteceu, contudo. Há, nesse sentido, enorme consenso nos meios acadêmicos especializados¹²⁸ – a existência de uma rede consagrada de movimentos sociais que lutam pela reforma urbana só confirma essa suspeita – de que esse aparato permanece incapaz de impor formas adequadas de ocupação das cidades, mesmo após a Constituição Federal de 1988 ter instituído um capítulo dedicado à ordem urbana, do qual o art. 182 aparece como componente dotado de eloquente conteúdo: "art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

Este artigo se insere em capítulo do texto constitucional derivado de iniciativa popular, que conclamou inúmeros atores (arquitetos, advogados e movimentos populares e acadêmicos). A gênese desse capítulo quebraria, aliás, o fundamento sob o qual o direito urbanístico era cenário restrito aos iniciados que dominassem seus conceitos e soubessem manejá-los de forma adequada.

¹²⁸ Para Maria Paula Dallari Bucci, por exemplo, há evidente "Descompasso entre o refinamento técnico dos conceitos jurídicos empregados pelo nosso direito urbanístico nas áreas nobres das cidades em contraste com o abandono das áreas em que vivem as populações mais carentes, desamparadas pela mediação estatal". DALLARI BUCCI, (2002, p. 337).

Ainda assim, as cidades cresceram (e ainda crescem) de modo desregrado. Múltiplas causas concorrem para esse estado de coisas e não é importante, neste momento, entrar em detalhes. Não parece suficiente, ademais, em razão do alto grau de abstração da assertiva, relacionar o quadro ao caráter ambíguo ao qual esteve submetido o Direito Urbanístico em suas origens, oscilando entre os cânones da tradição privatística e a ordenação pública do direito de construir¹²⁹, apesar da noção de propriedade privada estar arraigada na cultura jurídica brasileira como conteúdo de um direito quase absoluto.

Haveria, então, uma causa de natureza regulatória, na medida em que a ausência de instrumentos específicos de controle do uso e ocupação do solo urbano pelos municípios, no exercício da já aludida competência, aos quais o Poder Executivo pudesse recorrer para efetuar o planejamento urbano, dado o caráter geral do comando constitucional?

Esse instrumental legislativo bastaria por si só ou somar-se-ia a essa causa primeira também um problema de olhar, vale dizer, de tratamento dos problemas urbanos a partir de uma visão calcada em seu caráter multifacetado?

Uma resposta parcial pode ser dada por meio da regulamentação do art. 182 através do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), com notável atraso de mais de uma década, e destinado a lidar com uma realidade marcada pelo *laissez-faire* urbano derivado tanto da herança colonial (inclusive nos reflexos legais da aplicação das ordenações manuelinas e afonsinas¹³⁰) como da dimensão geográfica imanente ao modo de produção capitalista no Brasil¹³¹ e também produto da industrialização do país¹³². Quadro caótico, tendente à

¹²⁹ De acordo com Carlos Ari Sunfeld, "conquanto as normas urbanísticas tenham antepassados ilustrados (regulamentos edilícios, normas de alinhamento, as leis de desapropriação etc.), seria um anacronismo pensar em um direito urbanístico anterior ao século XX. O direito urbanístico é o reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das ideias da ciência do urbanismo (como a de plano urbanístico, consagrada a partir da década de 30). Estes foram os fatores responsáveis pelo paulatino surgimento de soluções e mecanismos que, frente ao direito civil e ao direito administrativo da época, soaram impertinentes ou originais e que acabaram se aglutinando em torno da expressão 'direito urbanístico'. Esse direito contrapôs-se ao direito civil clássico ao deslocar do âmbito puramente individual para o estatal as decisões básicas quanto ao destino das propriedades urbanas (princípio da função social da propriedade). Em consequência, ampliou o objeto do direito administrativo, para incorporar medidas positivas de intervenção na propriedade, deixando para trás as limitadas medidas de polícia, de conteúdo negativo". SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais (Dallari e Ferraz, 2009, p. 46).

¹³⁰ Sobre o tema, veja-se: Rolnik (2003).

¹³¹ Um panorama sobre o tema, embora não específico do Brasil, pode ser encontrado em Harvey (2006).

¹³² Há um grande consenso entre os sociólogos que a cidade moderna, de um modo geral, nasce sob o signo da Revolução Industrial. Contudo, há diversas especificidades que fazem com que a resposta não seja tão óbvia ou, ao menos, apresente nuances que caracterizam caminhos e formatos de urbanização diferentes. O caso brasileiro, embora único, guarda similitude com as situações encontradas em países de capitalismo tardio, o que, de acordo com Manuel Castells se dá sob o signo da dependência. A expressão remete aos estudos desenvolvidos por sociólogos como Fernando Henrique Cardoso e outros intelectuais vinculados à Comissão Econômica para a

megalopolização de centros urbanos marcados por crescimento desordenado e pela oposição evidente entre a cidade legal e a cidade ilegal¹³³.

A tentativa de dar conta de um passivo centenário de irregularidades urbanas, como se viu, foi um dos principais fios condutores do Estatuto da Cidade. Não se pode perder de vista, contudo, que sua missão era substancialmente maior e remetia à regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, com o fim de detalhá-los, ainda que ao custo de deixar em aberto inúmeras questões.

Note-se, de início, que o dispositivo amplia a já instituída (no mesmo diploma legal) "função social da propriedade", por referir-se de maneira expressa às "funções sociais da cidade". Tudo a sinalizar um *plus* que transcendia o caráter individual da função social da propriedade e submetia-o a um plano de maior complexidade e extensão e, por isso, incompatível com uma interpretação atomizada e isolada, típica das abordagens do direito privado.

Essa tendência holística foi recepcionada pelos estudos jus-urbanísticos posteriores. Em texto seminal, Jacques Alfonsin (2004, p. 60) aprofunda a reflexão em torno da expressão "função social da propriedade" e de sua compatibilidade com as aludidas "funções sociais da cidade". Para o autor,

são os latifúndios, os grandes espaços urbanos que seus proprietários já destinaram à troca, originalmente, (às vezes em vazios territoriais) aqueles de quem se deve exigir o cumprimento da função social. Se qualquer função somente se justifica pela sua "propriedade", no sentido de adequação a uma determinada finalidade, à obtenção não meramente hipotética de um determinado resultado, parece claro que, no solo urbano, o principal obstáculo à extensão do direito

América Latina e Caribe (Cepal) e que, em síntese, discorre sobre os entraves ao desenvolvimento em sociedades periféricas. De acordo com essa ideia, tais sociedades subordinam-se a processos limitadores internos (tais como interações sociais incompletas ou viciadas por servilismos) e externos – estes, associados a trocas comerciais e políticas desiguais no plano das relações entre as nações.

¹³³ Veja-se o diagnóstico já longo produzido por Cândido Malta Campos Filho (2001, p. 54): "A retenção de terrenos nas zonas urbanas das cidades brasileiras atinge um valor em que dificilmente se pode acreditar, a não ser que se sobrevoem essas cidades ou se examinem estatísticas cadastrais municipais. Como aproximadamente a metade ou mais do espaço urbano brasileiro, nas médias e grandes cidades, está vazio, o cidadão que nelas habita anda, em média, pelo menos o dobro das distâncias que deveria andar, caso tais vazios inexistissem. Assim também o poder público é obrigado a pelo menos dobrar o seu investimento e o custeio das redes de serviços públicos, que dependem da extensão da cidade. Esse é o caso, por exemplo, da pavimentação de ruas e avenidas e sua manutenção; o da implantação e operação das redes de água e esgoto; o da iluminação pública; o da canalização das águas de chuva e dos córregos e rios que cruzam o espaço urbano e sua manutenção; o da implantação e operação da rede de energia elétrica. A implantação e operação do sistema de transporte coletivo é hoje um dos grandes problemas urbanos do país".

de morar para todos (função social) é representado pelo valor de troca que preside o direito de propriedade privada sobre ele (preço).

A afirmação de Alfonsin retoma ao mesmo tempo o diagnóstico efetuado por Cândido Malta e trazido no item anterior e também um dos componentes principais da dinâmica econômica da cidade: a espoliação urbana¹³⁴. Ao fazê-lo, o autor exterioriza indiretamente uma preocupação que marca esse passo seguinte dos estudos do direito na cidade¹³⁵: a ampliação de sentidos e de referências informadoras. Tais conteúdos eram indispensáveis ao esforço de dar conta dos assentamentos humanos irregulares, que deixavam de ser caso de polícia para serem objeto de medidas concretas, legalmente previstas, de regularização fundiária.

Esta é uma interface importante, mas não exclusiva. Ou seja, ainda que no percurso de autonomização do direito urbanístico tenha havido um processo decisivo em direção à pauta das hipotecas sociais do Estado brasileiro, relacionadas ao direito social à moradia e à função social da propriedade urbana, pouco se avançou em direção a novos horizontes dessa área. Este diagnóstico, que não será aprofundado neste texto, tem inúmeras origens. Vícios ideológicos, próprios do pensamento progressista, tem obnubilado as demandas regulatórias de novas áreas, como as *smart and sustainable cities*, por entender que essa e outras pautas representariam uma forma de pensamento alienada das raízes contraditórias dos problemas urbanos no Brasil.

No fundo, o direito à cidade, como assinalado por Bianca Tavorari e outros, permanece como um conceito em disputa. E, a despeito dessa disputa, permanecem vivos campos em aberto. Um deles é a inovação.

Evidente que a regulação da inovação, tão necessária à ideia de cidades inteligentes e sustentáveis, não é papel exclusivo do direito urbanístico. O direito administrativo, por exemplo, tem papel fundamental. Ao permanecer preso a uma postura anacrônica, enxergando a função do Estado a partir da oposição legalidade-ilegalidade/permitido-proibido, inviabiliza um novo desenho estatal que faça da regulação um mecanismo de indução do desenvolvimento, e não a simples prescrição de comandos. Dito de outra maneira, o direito administrativo que o mundo da inovação espera é o direito administrativo que define regras

¹³⁴ O tema é explorado especialmente por Lúcio Kowarick (2009 e outras obras).

¹³⁵ Ainda não se fala aqui sobre "direito à cidade". A evolução deste conceito e seus desdobramentos pode ser vista, entre outros, em Tavorari (2015).

contemplando, nessa construção, a necessidade de estimular o avanço, e não de torná-lo inviável.

Uma indagação que se faz, como um convite à reflexão, nessa seara: a ideia de cidades inteligentes e sustentáveis pode ser incorporada ao conteúdo substancial (ainda em construção e, naturalmente, dinâmico) das funções sociais da cidade, previstos no art. 182 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988? Se este é o nosso projeto jurídico-político de nação, instrumento apto a desenhar a estrutura do Estado e a fornecer a projeção do modelo de sociedade que se pretende construir no Brasil, este modelo, historicamente situado, poderia contemplar na interface urbana o estímulo a essa forma de se planejar cidades?

De todo modo, ao abrir mão, ou ao silenciar, sobre os potenciais contidos nos novos contornos do planejamento urbano, a doutrina do direito urbanístico não só freia como também bloqueia o avanço dessa frente no Brasil. Notadamente, a dificuldade encontrada para regular novos aplicativos de mobilidade, como é o caso do Uber¹³⁶, sinaliza que este é um problema que tem impactos diretos sobre a atividade econômica no país, além de acirrar conflitos políticos e sociais.

Evidente que este é um desafio global. A velocidade das transformações está cada vez mais descompassada com a capacidade do Estado de responder com regulação adequada, inclusive nas nações mais desenvolvidas do globo.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto pretendeu levantar questões sobre o tema “cidades inteligentes e sustentáveis”, explorando os desafios conceituais e regulatórios do tema.

Ele serve como um alerta, no sentido de que não se deve perder de vista as devidas ancoragens para situar o tema no contexto concreto da realidade brasileira e, principalmente, o que se pretende construir a partir dos potenciais contidos nessa nova maneira de se enxergar a cidade.

¹³⁶ O *think-tank* InternetLab produziu um amplo estudo sobre o tema, que merece destaque e recomendação. Mais detalhes podem ser obtidos em: <http://www.internetlab.org.br/pt/tag/mobilidade-urbana/>.

Não se pode perder de vista também que a ideia de cidades inteligentes e sustentáveis não é a panaceia para os graves problemas que persistem no modelo desordenado de urbanização do território brasileiro.

Estes possuem uma raiz estrutural bem mais ampla do que as soluções que as ferramentas de gestão e a sinalização de sustentabilidade são capazes de oferecer. Evitar o equívoco de atribuir a este novo horizonte reflexivo do planejamento urbano um papel que não lhe pertence é um pressuposto a essa discussão que está só começando.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, J.T.. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. In: ALFONSIN, B.; FERNANDES, E. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ALFONSIN, B.; FERNANDES, E. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

CAMPOS FILHO, C.M. *Cidades brasileiras: seu controle ou o caos – o que os cidadãos devem fazer para a humanização das cidades no Brasil*. 4.ed. São Paulo: Studio Nobel, 2001.

COSTA, L. *Registro de uma vivência*. Brasília: UnB, 1995.

DALLARI, A.A.; FERRAZ, S. *Estatuto da Cidade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DALLARI BUCCI, M.P. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, A.A.; FERRAZ, S. *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 337.

FREITAG, B. *Teorias da cidade*. 4.ed. Campinas: Papirus, 2013.

G1. *Mercado de startups cresce no Brasil e movimenta quase R\$ 2 bi.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2014/01/mercado-de-startups-cresce-no-brasil-e-movimenta-quase-r-2-bi.html>>. Acesso em: 21 maio 2016.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Trad. Carlos Szlak. 2.ed. São Paulo: Annablume, 2006.

DICIONÁRIO MICHAELIS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=intelig%EAncia>>. Acesso em: 15 maio 2016.

KOWARICK, L. *Viver em risco: sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil*. São Paulo: Editora 34, 2009.

LEITE, C. *Cidades sustentáveis, cidades inteligentes – desenvolvimento sustentável num plano urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

MILANI, C.R.S.; RIBEIRO, M.T.F. (Orgs.). *Compreendendo a complexidade socioespacial contemporânea – o território como categoria de diálogo interdisciplinar*. Salvador: EDUFBA, 2009.

MONGIN, O. *A condição urbana – a cidade na era da globalização*. Trad. Letícia Martins de Andrade. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

PAPA FRANCISCO. *Laudato sí – sobre o cuidado da casa comum*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ROLNIK, R. *A cidade e a lei*. 2.ed. São Paulo: Studio Nobel, 2003.

SAULE JÚNIOR, N. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

TAVOLARI, B. *Right to the city: a concept in dispute*. Resumo disponível em: <<https://isaconf.confex.com/isaconf/forum2012/webprogram/Paper25242.html>>. Acesso em: 10 out. 2013.

SILVA, J.A. *Direito urbanístico brasileiro*. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

WORLD FOUNDATION FOR SMART COMMUNITIES. *Ten steps to becoming a smart community*. Disponível em: <<http://www.smartcommunities.ncat.org/management/tensteps.shtml>>. Acesso em: 15 maio 2016.

**LA “ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN”: SU INCORPORACIÓN EN LA
DIRECTIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN EL
PROYECTO ESPAÑOL DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

**THE "ASSOCIATION FOR INNOVATION": YOUR INCORPORATION IN
THE EUROPEAN DIRECTIVE OF PUBLIC PROCUREMENT AND THE SPANISH
PUBLIC SECTOR CONTRACT LAW PROJECT**

**MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ
SCAGLIUSI**

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho
Administrativo Universidad de Sevilla*

RESUMEN. La búsqueda de la innovación en los productos, las obras y los servicios tiene un lugar central tanto en las nuevas Directivas sobre contratación pública como en la Estrategia Europa 2020. Por este motivo, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública incluye entre sus objetivos el lograr una mejor utilización de la contratación como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación con la colaboración entre los poderes adjudicadores y los operadores privados. En este contexto, una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE es la creación de un procedimiento de contratación específico que permita establecer una asociación para la innovación a largo plazo, con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. La regulación que de la figura hacen tanto la citada Directiva, como, en España, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público es lo que nos proponemos abordar en este trabajo.

PALABRAS CLAVES: Asociación para la innovación; Estrategia Europa 2020; Contratación pública; Ley de contratos del sector público; Procedimiento.

ABSTRACT: The search for innovation in products, works and services is central to both the new Public Procurement Directives and the Europe 2020 Strategy. For this reason, Directive 2014/24 / EU on public procurement Objectives to achieve a better use of contracting as a support, among other policies, for the promotion of innovation through collaboration between contracting authorities and private operators. In this context, one of the main novelties of Directive 2014/24 / EU is the creation of a specific procurement procedure to establish a long-term innovation partnership for the development and further acquisition of new products, Services or works. The regulation of the figure made both the aforementioned Directive, and, in Spain, the Bill on Public Sector Contracts is what we propose to address in this work.

KEYWORDS: Association for innovation; Europe 2020 strategy; Public procurement; Public sector contracts law; Process.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como claramente puede percibirse, la contratación pública es un instrumento fundamental para conseguir diversos fines de la actuación administrativa; entre los que se encuentra el fomento de la innovación. En efecto, en Europa, existen varias manifestaciones de la conveniente y necesaria innovación, para lo cual se recomienda acudir a la contratación pública¹³⁷. Ciertamente, la contratación pública posee un potencial inmenso para sacar al mercado las innovaciones de la Unión Europea y puede proporcionar a las empresas innovadoras una ventaja competitiva en los mercados mundiales. No obstante, este potencial está en gran medida infrutilizado en la Unión Europea, pues según evaluación realizada, solo el 22 % de los órganos de contratación encuestados indicaron que incluyen la innovación en sus procedimientos y estrategias de contratación. La propuesta de la Comisión de que los Estados miembros y las Regiones reserven presupuestos específicos para la contratación pública de productos y servicios innovadores no ha sido adoptada por el Consejo, a pesar de que el objetivo propuesto, de 10.000 millones de euros al año, representaría tan solo un 0,44 % de la contratación pública total en Europa. Sin embargo, se han adoptado algunas medidas, España, por ejemplo, ha introducido una cuota del 3% de contratación pública de productos y servicios innovadores en su Ley de contratación de 8 de julio de 2011¹³⁸.

Dicha innovación, motor del crecimiento futuro, ocupa un lugar central tanto en las nuevas Directivas sobre contratación pública como en la Estrategia Europa 2020.

¹³⁷ ARIÑO ORTIZ, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, p. 101, se refiere al desafío permanente que supone el contrato administrativo, pues requiere una continua reconstrucción jurídica, tanto legal como jurisprudencial. Sobre este cambio, advierte este mismo autor, en su trabajo «La “nueva” empresa público-privada», *Cuenta y Razón*, núm. 78-79, 1993, p. 50, refiriéndose a las empresas públicas, del peligro que las nuevas fórmulas pueden acarrear, pues siempre hay detrás un balance político, que puede abrir campo a la arbitrariedad y a la irresponsabilidad de los gestores. MEILÁN GIL, J.L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, p. 518, llama la atención sobre el necesario hecho de repensar los contratos de la Administración pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos. Asimismo, resalta que no es la posición de la Administración lo que debe producir modulaciones, sino el interés público, en función del cual -y sólo desde él- se justifican potestades y competencias. La eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia, típica del Derecho comunitario, más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

¹³⁸ GARCÍA GARCÍA, M.Á., «La Universidad sujeto de la asociación para la innovación», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 23, 2015, p. 163.

Por un lado, las nuevas Directivas -Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión- enumeran entre sus objetivos el permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública como apoyo de la promoción de la innovación. Ciertamente, confirman de modo expreso la necesidad de instaurar un marco jurídico que permita contar con una mayor seguridad para los operadores económicos con la finalidad de que puedan colaborar con el sector público para promover la innovación, esto es, se interesan por recurrir a nuevas alternativas que impulsen la colaboración o participación del sector privado.

Por ello, no es sorprendente que sobre todo la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública incluya entre sus propósitos el posibilitar una mejor utilización de la contratación pública por parte de los operadores privados como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación¹³⁹. Ni tampoco llaman la atención las distintas alusiones que se hacen a lo largo de esta norma¹⁴⁰.

A este respecto, pueden destacarse dos de sus considerandos. El considerando 47 señala: *«La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible».*

El considerando 48 también resalta la importancia de la innovación, recomendando alentar a los poderes adjudicadores para que permitan variantes con la mayor frecuencia

¹³⁹ MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 90 y ss.

¹⁴⁰ Así puede observarse en los considerandos 49, 74, 75, 84, 95, 123 y 124.

posible y recordándoles a los mismos que deben definir los requisitos mínimos que han de cumplir las variantes antes de indicar que se pueden presentar.

Por otro, en la estrategia «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», la Comisión propone para la Unión Europea cinco objetivos cuantificables para 2020 que marcarán la pauta del proceso y se traducirán en objetivos nacionales: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza. Éstos representan *«la dirección que debemos tomar e indican cómo podemos medir nuestro éxito»*.

Igualmente, dentro de las tres prioridades que propone Europa 2020 se incluye el denominado “crecimiento inteligente”: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y en la innovación. Para esas tres prioridades se precisa una amplia gama de acciones, para lo cual la Comisión propone siete iniciativas, estableciendo en primer lugar *«Unión por la innovación», con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo»*¹⁴¹.

Dentro de este punto y consciente de que la crisis financiera ha tenido un fuerte impacto en la capacidad de las empresas y los Gobiernos europeos para financiar proyectos de inversión e innovación, la Comisión insiste reiteradamente en desarrollar una agenda de investigación estratégica; mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas; revisar y consolidar el papel de los instrumentos de la Unión Europea destinados a apoyar la innovación; promover cooperaciones de conocimiento y reforzar los vínculos entre educación, empresa, investigación e innovación; etc.

II. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

II.I. CARACTERÍSTICAS GENERALES

¹⁴¹ Indica también la Estrategia Europa 2020 que en Europa, el gasto en I+D es inferior al 2%, en comparación con un 2,6 % en Estados Unidos y un 3,4 % en Japón, principalmente debido a los menores niveles de inversión privada. Pero no es solo el importe absoluto del dinero gastado en I+D el que cuenta, porque Europa debe centrarse en el impacto y la composición de su gasto en investigación y mejorar las condiciones de la I+D del sector privado en la UE. La mitad de la diferencia con Estados Unidos se debe a nuestro menor porcentaje de empresas de alta tecnología.

En este contexto, parece coherente que una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE sea la creación de un procedimiento de contratación específico que permita establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. En nuestro ordenamiento, la solución a estas cuestiones ha sido hasta ahora el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado¹⁴², que emplea el procedimiento de diálogo

¹⁴² Como es consabido, su definición no es nada sencilla DE ÁLVARO MONTERO, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 656-657. También en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Tomo IV*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 2560, afirman: «el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se puede definir como aquél por el que una Administración pública encomienda a una entidad de Derecho privado la realización de una actuación global e integrada que, junto a la financiación de inversiones inmateriales, obras o suministros necesarios para el cumplimiento de fines públicos o actuaciones de interés general, comprenda la construcción, mantenimiento y explotación o gestión de obras o instalaciones, la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, la fabricación de bienes o la prestación de servicios ligados al desarrollo por la Administración del servicio público. Por tanto, puede ser objeto de este contrato cualquiera de las prestaciones propias de los demás contratos típicos, por lo que resulta necesario determinar cuál es el rasgo peculiar que lo dota de sustantividad propia». MORENO DE CASTRO, E., «Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, núm. 4, 2012, p. 97, se refiere a este contrato como el «acuerdo global que integra la realización de obras, su financiación y mantenimiento o explotación durante un largo período que se corresponde con la amortización económica de la operación, remunerándose al contratista mediante un precio aplazado y dependiente del éxito y riesgo de la operación, cuyos costes en todo caso deben definirse con la mayor transparencia, distinguiendo los correspondientes a la constitución, financiamiento y explotación». CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, p. 624, «En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado– las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico». Por ello, muchos autores se refieren a estos contratos como “modelos para armar”, puesto que en ellos tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, siempre que sean de larga duración, se trate de realizar una actuación compleja, global e integrada; se realice un reparto de riesgos, el operador privado participe en el proyecto desde el primer momento, se abone una contraprestación por parte de la Administración durante toda la vida del contrato y exija la financiación por el sector privado; y al que se recurrirá una vez que se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Así, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en su trabajo «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, p. 22, indica: «En este sentido, bien se podría decir, parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, que los CPP son «modelos para armar», en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP. De hecho, puede resultar indicativo el que las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior».

competitivo, aunque no ha tenido muy buen acogimiento. Habrá que esperar entonces para ver si con esta nueva fórmula se alcanza un mayor éxito¹⁴³.

Siguiendo lo establecido por el considerando 49 de la Directiva 2014/24/UE, puede afirmarse que la asociación para la innovación es un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, que está accesible a los poderes adjudicadores cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la adquisición ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes.

La asociación para la innovación agrupa así dos conceptos que hay que relacionar, asociación e innovación. La "innovación" es definida por la propia Directiva europea 2014/24/UE como la «introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁴». Pero no define ni regula las particularidades del otro concepto, "asociación", que el poder adjudicador puede constituir con los candidatos seleccionados¹⁴⁴.

El procedimiento debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación. Precisamente, por esa remisión, desde el punto de vista de su naturaleza dogmática, se ha dudado, por parte de algunos autores¹⁴⁵, de que se trate de un auténtico procedimiento de adjudicación, dadas sus similitudes con la licitación con negociación. Sin embargo, sostienen otros¹⁴⁶ que, tal y como parece desprenderse de la Directiva, se trata de un procedimiento típico e independiente, pues al igual que el diálogo competitivo y el

¹⁴³ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014, pp. 293-326.

¹⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, M.Á., «La Universidad sujeto de la asociación para la innovación»..., *op. cit.*, p. 162.

¹⁴⁵ BERNAL BLAY, M.Á., «The strategic use of public procurement in support of Innovation», *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, num. 1, 2014, p. 10.

¹⁴⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 212, indica que en tanto la asociación para la innovación es un procedimiento funcionalmente distinto del procedimiento de licitación con negociación, y en tanto en cuanto las matizaciones que su regulación contiene respecto a este son realmente significativas, puede considerarse que, tal y como se configura normativamente, la asociación para la innovación es un procedimiento típico e independiente y no una mera modalidad del procedimiento de licitación con negociación.

procedimiento de licitación con negociación comparten rasgos comunes, aunque sean tipos diferentes, la asociación para la innovación ostenta autonomía, si bien el procedimiento de licitación con negociación es tanto su referente normativo como el del diálogo competitivo.

Lo que busca este procedimiento es implicar al sector privado en la plasmación de soluciones innovadoras, esto es, involucrar a los operadores económicos en el desempeño de una tarea común: la innovación, y compartiendo los riesgos con el poder adjudicador¹⁴⁷.

Debido a que la fase de desarrollo se combina con una de adquisición posterior, la asociación para la innovación es un procedimiento a largo plazo, tendencialmente de larga duración. Integra la fase de investigación y desarrollo de las soluciones tecnológicas como la consecución o adquisición de las obras, bienes o servicios finales.

Quiere decirse que la asociación para la innovación comprende dos fases: una primera etapa, precontractual o precomercial, y una segunda, comercial o contractual, en la que la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación (suministros, servicios u obras, resultantes)¹⁴⁸.

II.II. EL PROCEDIMIENTO Y SUS FASES EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN

Como se desprende del art. 31 de la Directiva 2014/24/UE, el procedimiento de la asociación para la innovación se configura con base en la licitación con negociación, con el que comparte determinados aspectos de su regulación¹⁴⁹. Hasta tal punto es así que repite la mayoría de disposiciones de este procedimiento. Esto se debe principalmente a que ambos son procedimientos competitivos, que incluyen una fase de selección de candidatos y que permiten la negociación.

¹⁴⁷ CERQUEIRA GOMES, P., «Contratação pública e inovação –o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 525-555.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la "asociación para la innovación"», *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 341-342.

¹⁴⁹ Salvo que se disponga de otro modo en la Directiva, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido.

Ahora bien, ello no quiere decir que no existan diferencias significativas en cuanto a la estructura del procedimiento, a la información que deben contener los pliegos, a los criterios de reducción del número de candidatos y, finalmente, en lo relativo a los criterios de adjudicación.

Como hemos avanzado, la asociación para la innovación es un procedimiento de larga duración, que se estructura -dispone el art. 31.2- en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación en innovación, que puede incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras¹⁵⁰.

Esta asociación fijará unos objetivos intermedios que deben alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre estos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, si rescinde la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación con varios socios, si reduce el número de socios mediante la rescisión de contratos individuales, siempre que hubiera indicado en los pliegos que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo. El derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se atribuye indebidamente el proyecto y para mantener a los operadores económicos suficientemente motivados¹⁵¹.

La sucesión de etapas con objetivos intermedios y sus consecuentes propósitos y obligaciones deben ser diseñadas de modo que resulte una distribución coherente de los riesgos entre las partes, asegurando la generación de suficientes incentivos sin crear una excesiva dependencia o el cierre del mercado¹⁵². El poder adjudicador es el encargado de

¹⁵⁰ El art. 31.2 dispone: «La asociación para la innovación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

La asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

Sobre la base de esos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la rescisión de los contratos individuales, siempre que el poder adjudicador haya indicado en los pliegos de la contratación que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo».

¹⁵¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública»..., *op. cit.*, p. 215.

¹⁵² TARDÍO PATO, J.A., «La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, p. 278, explica: «Se requiere en la Directiva que el contrato de «asociación para la investigación» se estructure en fases sucesivas, siguiendo la

velar por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias.

En cuanto a las especificidades de los pliegos de contratación, en éstos, el poder adjudicador podrá determinar cuál es la necesidad de un producto, servicios u obras innovadoras que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Asimismo, indicará cuáles son los requisitos mínimos que deben cumplir todos los licitadores. La información debe ser lo suficientemente precisa para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y ámbito de la solución requerida, y decidir si solicitan o no participar en el procedimiento.

El poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado. El valor estimado de los suministros, servicios u obras no debe ser desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

Por lo que se refiere a la fase de selección de candidatos, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir del anuncio de licitación, al igual que sucede en el procedimiento de licitación con negociación. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos a los que tengan intención de invitar, siempre que lo indiquen en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. En este último caso prevé el art. 65.2¹⁵³, como también ocurre en el procedimiento de licitación con negociación y en el diálogo competitivo, que el número mínimo es de tres.

secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación y de la eventual fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. A lo que se añade que la duración de las diferentes fases ha de reflejar el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de la solución innovadora. Y para ello se prevé la fijación de unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los contratistas y el establecimiento de los plazos de los pagos a realizar por el Poder Adjudicador».

¹⁵³ El art. 65.2 dispone: «Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés los criterios o normas objetivos y no discriminatorios, que piensen utilizar, el número mínimo de candidatos que tengan intención de invitar y, cuando proceda, el número máximo. En el procedimiento restringido, el número mínimo de candidatos será de cinco. En el procedimiento de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en la asociación para la innovación, el número mínimo de candidatos será de tres. En cualquier caso, el número de candidatos invitados deberá ser suficiente para garantizar una competencia real.

Sin embargo, no todas son similitudes, pues, como indica el art. 31.6, al seleccionar a los candidatos, en la asociación para la innovación, los poderes adjudicadores aplicarán criterios específicos, aunque no excluyentes, relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. Solo los operadores económicos a los que invite el poder adjudicador tras evaluar la información solicitada podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el poder adjudicador que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes.

Por último, debe señalarse que un elemento común con el procedimiento de licitación con negociación es que en ninguno de los dos procedimientos cabe negociar los criterios de adjudicación ni los requisitos mínimos; así lo precisan respectivamente los arts. 29.3 y 31.3. No obstante, sí varía la forma de adjudicación, ya que para el caso que nos ocupa –igualmente para el procedimiento de diálogo competitivo– los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, lo que impide la utilización del criterio del coste más bajo, que no se excluye para el procedimiento de licitación con negociación.

II.III. LA REGULACIÓN DEL PROYECTO ESPAÑOL DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Proyecto de Ley, de 2 de diciembre de 2016, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 también se ocupa –como debe ser– en los arts. 175 y siguientes del procedimiento de asociación para la innovación¹⁵⁴.

Los poderes adjudicadores invitarán a un número de candidatos al menos igual al número mínimo. No obstante, cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección y satisfagan los niveles mínimos de capacidad a los que se hace referencia en el artículo 58, apartado 5, sea inferior al número mínimo, el poder adjudicador podrá seguir adelante con el procedimiento invitando a los candidatos que cuenten con la capacidad exigida. El poder adjudicador no podrá incluir en el mismo procedimiento a otros operadores económicos que no hayan solicitado participar en el mismo, o a otros candidatos que no posean las capacidades exigidas».

¹⁵⁴ ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «¡Ya vienen los Reyes Magos! Una nueva Ley de contratos para las Administraciones Públicas», *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 35, 2016, p. 137, explica que el Gobierno ha formalizado ante el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Contratos

En primer lugar, define este procedimiento, señalando que la asociación para la innovación es un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes. A tal efecto, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el órgano de contratación tiene que determinar cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y definir las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. La información facilitada ha de ser lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

Respecto a las normas por las que se deben regir los contratos que se adjudiquen por este procedimiento, el Proyecto de Ley distingue entre las fases de investigación y desarrollo, por un lado, y la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados, por otro, y precisa:

- a) La fase de investigación y desarrollo se rige por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios.
- b) A la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento se les aplican las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

El órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo. La

del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 24 de febrero.

El referido Proyecto de Ley se sustanciará en la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas, con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia.

El Proyecto llega en un momento en el que los operadores jurídicos todavía no hemos asimilado el modelo afirmado por el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ya de por sí alambicado. Ahora bien, su sustanciación, como en su momento la del Texto Refundido que se deroga, viene determinada por la normativa comunitaria y, en concreto, por la “Estrategia Europea 2020”, en virtud de la cual las directivas que ahora se transponen deberían haberse incorporado al ordenamiento español antes del 18 de abril de este año; lo que explica el recurso al procedimiento de urgencia, pese a la inequívoca complejidad normativa del texto.

selección de los mismos se realiza siguiendo lo establecido por los arts. 176 y 177¹⁵⁵. En virtud de estos últimos, la selección de los candidatos debe hacerse siguiendo criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información sobre los criterios objetivos de solvencia que haya solicitado el órgano de contratación.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. En otro caso, dicho plazo no podrá ser inferior a veinte días contados desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. Solo los empresarios a los que invite el órgano de contratación tras evaluar la información solicitada podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el órgano de contratación que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes.

Los órganos de contratación pueden limitar el número de candidatos aptos que sean invitados a participar en el procedimiento, siendo tres el número mínimo de empresarios a los que se invitará a negociar.

Concluida la selección de los candidatos, el órgano de contratación les invitará a presentar sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades a cubrir. Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio.

Salvo que se disponga de otro modo, los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. Sin embargo, no se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación pueden desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que

¹⁵⁵ A los efectos de seleccionar a los candidatos, los órganos de contratación aplicarán, en particular, criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y recogidos en el anuncio de licitación. El órgano de contratación indicará claramente en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares si va a hacer uso de esta opción.

Durante la negociación, los órganos de contratación velan por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de conformidad con el apartado anterior de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los órganos de contratación darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

Los órganos de contratación no han de revelar a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no puede adoptar la forma de una renuncia general, sino que debe referirse a la comunicación intencionada de información específica.

En cuanto a la estructura, el art. 178 afirma que la asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre la base de esos objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la resolución de los contratos individuales, siempre que el órgano de contratación haya indicado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo.

En ningún caso, la resolución de la asociación para la innovación o la reducción del número de candidatos participantes darán lugar a indemnización, sin perjuicio de la contraprestación que, en las condiciones establecidas en el pliego, corresponda por los trabajos realizados.

En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analiza si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes.

Las adquisiciones derivadas de asociaciones para la innovación se realizan en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando la asociación se realice con varios empresarios la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre las base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego.

En el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, aquella solo se podrá llevar a cabo durante un periodo máximo de cuatro años, a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros.

El órgano de contratación velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado. El valor estimado de los suministros, servicios u obras no tiene que ser desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

III. CONCLUSIONES

Tanto las nuevas Directivas en materia de contratación del año 2014 como la Estrategia Europa 2020 y –en consonancia con ellas- el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las citadas Directivas resaltan la conveniente y necesaria innovación como motor del crecimiento futuro, especialmente tras la crisis económica que ha mermado la capacidad de los Gobiernos y de las empresas para financiar proyectos de inversión e innovación. La Comisión insiste

reiteradamente en mejorar las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas; así como en revisar y consolidar el papel de los instrumentos de la Unión Europea destinados a apoyar la innovación.

Con la finalidad de favorecer a las empresas más innovadoras, se crea un procedimiento de contratación específico para establecer una asociación para la innovación a largo plazo, con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras. En efecto, con este nuevo procedimiento, se permite a los poderes adjudicadores establecer colaboraciones con vistas al desarrollo y ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadoras, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para su adquisición.

Las similitudes de este procedimiento con el de licitación con negociación son varias, hasta el punto de que se ha llegado a dudar de su autonomía y significado propio. Sin embargo, los objetivos que persigue (involucrar al operador económico en el desempeño de la tarea común de la innovación) son los que lo hacen merecedor -según explica la Directiva- de una regulación propia y autónoma.

En el ordenamiento jurídico español, la solución a estas cuestiones ha sido hasta ahora el diálogo competitivo utilizado por el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que no ha tenido demasiado éxito. Habrá que esperar entonces para ver si esta nueva fórmula alcanza un mejor acogimiento. Sin embargo, sí es importante desde un primer momento reflexionar y revisar nuestro modelo jurídico y práctico y, sobre todo, profesionalizar la contratación pública, en los términos que sostiene la Unión Europea. Únicamente formando y preparando a todos los sujetos que participan en la contratación se podrán alcanzar los objetivos pretendidos por la Unión Europea, entre los que destaca, como hemos visto, la innovación como motor del crecimiento futuro.

REFERENCIAS

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «¡Ya vienen los Reyes Magos! Una nueva Ley de contratos para las Administraciones Públicas», *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 35, 2016, pp. 137-147.

ARIÑO ORTIZ, G., «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 79-102.

ARIÑO ORTIZ, G., «La “nueva” empresa público-privada», *Cuenta y Razón*, núm. 78-79, 1993, pp. 37-50.

BERNAL BLAY, M.Á., «The strategic use of public procurement in support of Innovation», *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, num. 1, 2014, pp. 3-11.

CERQUEIRA GOMES, P., «Contratação pública e inovação –o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Navarra, 2014, pp. 525-555.

CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, pp. 609- 644.

DE ÁLVARO MONTERO, Á., «Las nuevas modalidades contractuales y el mantenimiento del equilibrio financiero», PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), *La Administración en tiempo de crisis. Presupuestación, cumplimiento de obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 637-678.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014, pp. 293-326.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.Á., «Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la "asociación para la innovación"», *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 341-350.

GALLEGO CÓRCOLES, I., «Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 165-232.

GARCÍA GARCÍA, M.Á., «La Universidad sujeto de la asociación para la innovación», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 23, 2015, pp. 161-185.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Contrato de colaboración público-privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 7-39.

MEDINA ARNÁIZ, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 43-104.

MEILÁN GIL, J.L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 505-518.

PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Tomo IV*, Barcelona, Bosch, 2008.

TARDÍO PATO, J.A., «La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, pp. 267-295.