

JUSTIÇA & CIDADANIA



ISSN 1807-779X
Edição 112 - Novembro de 2009
R\$ 16,90

JONES FIGUEIRÊDO
PRESIDENTE DO TJPE

A FAMÍLIA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Editorial: A ANISTIA E OS TORTURADORES

ATOS DO PODER CONCEDENTE: INTERFERÊNCIAS E ALTERAÇÃO DO REGRAMENTO EM JUÍZO

Flávio de Araújo Willeman
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Palestra proferida no V Seminário – Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo, realizado pela Emerj

O controle judicial dos atos da administração pública é um tema atual, apaixonante e está na ordem do dia dos Tribunais brasileiros, sobretudo os superiores: os limites, o nível, a eficiência desse controle e a interferência com o princípio da separação de poderes são temas ainda a serem desvendados e pacificados.

É por isso que abordarei o tema objeto desta palestra em três partes. No primeiro momento, buscarei analisar as teorias que possibilitam o controle judicial das condutas administrativas; no segundo, buscarei analisar o regime atual de concessões públicas no direito brasileiro, máxime após a revisão da forma de gestão administrativa, ocorrida na década de 90; e, por fim, procurarei concatenar essas duas ideias à luz de alguns casos concretos.

Conforme conhecimento convencional, as revoluções do século XVIII mudaram essencialmente a forma de Estado, sua figura no mundo. Com as revoluções e com os estudos daquela época, tivemos a ascensão de teorias que retiraram das mãos de uma só pessoa o exercício de todos os poderes ou funções inerentes ao Estado. A partir daquelas revoluções, sobretudo da Revolução Francesa, ocorreu a separação das funções inerentes ao Estado em centros de competências distintos, que exercem exclusivamente uma função e, atipicamente, outras funções.

Tivemos as funções de administrar, de julgar e de legislar separadas, exercidas em centros de poderes ou de competências distintos. Por conseguinte, idealizou-se um sistema de autocontrole ou de autocontenção do exercício desses poderes, uns pelos outros. Como consequência natural da separação



“O problema, a meu sentir, não está em retirar do Poder Judiciário a possibilidade de **revisão de algumas condutas administrativas**. O grande desafio é **estabelecer limites e parâmetros** para que o Poder Judiciário **analise toda e qualquer conduta administrativa**. Por isso é que **temos sustentado** que essa **ideia de juridicidade constitucional** vai exigir do administrador público e, também dos magistrados, **certa prudência quando estiverem a analisar conceitos jurídicos indeterminados, conceitos políticos ou técnicos.**”

de funções, surgiu a teoria dos freios e contrapesos, por meio da qual um ente ou um poder controla o outro no exato limite estabelecido pelas normas constitucionais.

Também com a teoria da separação de poderes foi aperfeiçoada a noção de Estado de Direito, que nos permite falar, em linhas gerais, em dever do Estado de se submeter às regras que ele próprio edita. Dentro dessa ideia surgiram no mundo duas grandes teorias para explicar o controle judicial da atividade administrativa. Tínhamos, e temos em algumas nações, um sistema de controle (francês) no qual coexistiam, e coexistem, um controle administrativo dentro da própria administração pública, ou seja, um sistema de contencioso administrativo, cujas decisões são impossíveis, em regra, de serem revistas pelo Poder Judiciário; e um sistema de controle (inglês) que conhecemos como sistema de jurisdição una ou de inafastabilidade do controle jurisdicional, incorporado pelo direito brasileiro e pela atual Constituição federal, em especial no artigo 5º, inciso XXXV, por meio do qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser impedida de apreciação pelo Poder Judiciário.

Assim, não há como falar-se, ao menos em tese, de impedimento de o Poder Judiciário exercer qualquer controle sobre atividades administrativas.

Nas relações jurídicas privadas esta verdade é ainda mais contundente, na medida em que o princípio da jurisdição una ou da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra apenas um óbice na CF/88. Há apenas uma exceção à aplicação desse princípio, e está ela contida no artigo 217, parágrafo 1º, quando a Carta Magna cuidou de regular a justiça desportiva. Quer-se

dizer que, nas demandas decorrentes de assuntos desportivos, o Poder Judiciário só pode delas conhecer após o exaurimento da instância administrativa. Fora dessa hipótese, no plano privado, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão pode e deve ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

No que diz respeito às condutas administrativas, mesmo com a implantação do Estado de Direito e com a separação de poderes, sempre se fez, em doutrina, a distinção entre conduta administrativa vinculada e conduta administrativa discricionária, para chegar-se à conclusão de que a conduta administrativa vinculada, como expressão maior do princípio da legalidade, era plenamente passível de controle pelo Poder Judiciário, uma vez que todos os elementos do ato administrativo estão expressamente contidos na norma, e que, por isso, não há espaço de livre escolha pelo administrador público. A ideia de conduta discricionária, oriunda da noção de estado de polícia, de um modelo de estado unitário, impedia que o Poder Judiciário reapreciasse mérito de conduta administrativa.

O conceito de discricionariedade é, hoje, conhecido por todos; mas, em um primeiro momento, tinha uma faceta negativa. Seria deixado à discricionariedade do administrador tudo aquilo que não estivesse expressamente previsto na lei. Com o surgimento do positivismo jurídico, a partir de Kelsen, a discricionariedade passou a também estar inserida na lei. Chama-se de discricionariedade positiva, ou seja, alguns elementos da conduta administrativa estão à liberdade de atuação do administrador público, mas outros (elementos vinculados) devem também estar expressamente previstos em lei. Portanto, sempre se sustentou, com as doutrinas



tradicionais do direito administrativo brasileiro, que este mérito, esta valoração, esta escolha entre duas ou mais opções válidas e legítimas por parte do administrador estava impossibilitada de revisão pelo Poder Judiciário, porque, senão, violado estaria o princípio da separação de poderes. Tranquilo era o entendimento por meio do qual o Poder Judiciário não podia controlar o mérito administrativo, sob pena de vir a substituir o Poder Executivo em sua valoração política no atingimento do interesse público.

Essa é uma verdade que ainda existe nos Tribunais brasileiros e, em especial, nos Tribunais Superiores. Há pouco, se falava em ascensão de princípios; hoje, fala-se em Estado pós-moderno. Todavia, já se entende ou já se busca superar essa dicotomia entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário. Hoje, a moderna doutrina do direito administrativo e constitucional busca idealizar uma teoria que estuda a conduta administrativa à luz do texto constitucional. Por isso é que se fala em vinculação à juridicidade constitucional, tão bem estudada por Gustavo Binenbojm. Permitam-me dizer que não se deve, segundo parte da doutrina, hoje em dia, analisar a conduta administrativa sob

os enfoques discricionário e vinculado. Fala-se em vinculação do administrador à juridicidade constitucional, que é expressa em normas/regras, "dever ser", ou em princípios, de modo que não há como se defender conduta administrativa totalmente discricionária e conduta administrativa imune de apreciação do Poder Judiciário. Toda e qualquer conduta administrativa deve e pode sofrer controle judicial. O problema, a meu sentir, não está em retirar do Poder Judiciário a possibilidade de revisão de algumas condutas administrativas. O grande desafio é estabelecer limites e parâmetros para que o Poder Judiciário analise toda e qualquer conduta administrativa. Por isso é que temos sustentado que essa ideia de juridicidade constitucional vai exigir do administrador público e, também dos magistrados, certa prudência quando estiverem a analisar conceitos jurídicos indeterminados, conceitos políticos ou técnicos. Por isso é que pensamos, para este seminário, estabelecer alguns parâmetros que podem, modestamente, auxiliar os julgadores quando de suas decisões, que, em última análise, conforme os casos adiante referidos, estão nos limites de uma possível violação da teoria da separação de poderes.

Em nosso sentir, quando o Poder Judiciário estiver a interpretar uma conduta administrativa que traga grau de restrição a direitos fundamentais, o controle será por demais amplo. Quando estiver analisando matéria técnica ou política, acredito que o Judiciário, fora as hipóteses de ilegalidade, desvio de poder e/ou finalidade, deve ter certa deferência às escolhas do administrador público.

Transportando a teoria acima referida para a vida real, necessário ilustrar com um caso concreto. Há pouco tempo o Prefeito do Município do Rio de Janeiro anunciou, em jornal de grande circulação, que pretende regular o transporte alternativo de passageiros de modo a não mais permitir que seja realizado por vans; pretende o município que o transporte alternativo seja realizado por meio de micro-ônibus. Creio que esta é uma opção intimamente ligada a uma escolha política de gestão do transporte alternativo de passageiros por um ente federado, e que, por isso, deve o Poder judiciário, ao menos em tese, ter certa deferência a esta escolha, não permitindo que tal seja substituída pela intuição e/ou entendimento pessoal e/ou político do Magistrado. Acredito que, se levada adiante a ideia pelo Prefeito, haverá embates jurídicos frente ao Poder Judiciário. Saliento, porém, que não é recomendável que o Judiciário (repito: salvo hipótese de ilegalidade e/ou desvio de poder) adentre na discussão se o

interesse público vai ser melhor atendido com uma van ou com um micro-ônibus. A escolha de ter um transporte alternativo foi feita. Se esse serviço será prestado da melhor forma por intermédio de uma van ou por um micro-ônibus, acredito que é uma escolha política razoável que recomenda prudência e acatamento por parte do Poder Judiciário.

Outro exemplo merece ser citado para aplicarmos a teoria antes exposta. Há poucos dias foi divulgada uma notícia em um jornal de grande circulação no país, dando conta de pretensão do Prefeito do Rio de Janeiro de trazer para a nossa cidade a corrida de Fórmula Indy, que seria realizada no Aterro do Flamengo. Lembro-me de ter lido, no mesmo jornal, uma entrevista de um ilustre membro do Ministério Público, no mesmo dia em que isso foi anunciado, manifestando-se de forma contrária à pretensão do Prefeito; teria sido divulgado que o Promotor de Justiça estava receoso de a prova de Fórmula Indy causar danos ao meio ambiente.

Sem a pretensão de criticar o Ministério Público e/ou um de seus ilustres membros — *que tanto têm* — ambos — *feito pela democracia e pelos direitos fundamentais neste Estado*.

Há que se ter prudência com as escolhas trazidas pelo Poder Público, sendo recomendável discutir eventuais prejuízos ao interesse público apenas nos casos concretos, após os necessários estudos técnicos. Isto porque, declarações de órgãos e/ou entidades de controle mal postas na mídia escrita e falada podem enfraquecer ou mesmo comprometer projetos de governo legais e legítimos, e que podem trazer investimentos para a cidade. Não é possível acreditar que todas as condutas administrativas são legais e legítimas; todavia, também não é possível presumir que todas as condutas administrativas são ilegais, ilegítimas e violadoras dos direitos fundamentais e coletivos. No caso ora discutido, não pode o órgão de controle olvidar que há corrida de Fórmula I em Mônaco, corrida de Fórmula Indy em Long Beach, tudo em circuitos de rua, e ninguém fala e/ou argumenta que há dano ao meio ambiente. Recomenda-se, assim, esperar os estudos técnicos que devem ser realizados, para, aí sim, suscitar controle da atividade administrativa sob o prisma da juridicidade constitucional.

Assim, a partir desta nova visão de controle da administração pública, não mais guiada em vinculação estrita ou em discricionariedade, me permito concluir parcialmente afirmando que toda e qualquer conduta administrativa será possível ou passível de controle pelo Poder Judiciário.

Aproveitando esses conceitos, essa ideia maior de juridicidade constitucional, é necessário que qualquer conduta administrativa atenda não só ao que diz a norma/regra, mas também aos princípios constitucionais, sobretudo à legitimidade, sob pena de ilegalidade e/ou ilegitimidade.

Passo, assim, a um segundo momento da minha exposição, que consistirá no estudo da visão atual do serviço público e das concessões.

Sabemos, todos, que o Estado mudou — e que com ele mudou a forma de gestão administrativa — a partir da quebra de alguns monopólios, e, por que não dizer, da implantação de um Estado neoliberal e também da exigência constitucional de eficiência na prestação dos serviços públicos. A eficiência na prestação dos serviços públicos é um dever do Estado, quer seja a atividade prestada diretamente, quer seja executada por particulares em colaboração. Diante deste dever e da ausência de recursos públicos, não há que se esconder que o Estado optou por delegar a prestação direta dos serviços para particulares (privatizando empresas estatais e descentralizando a execução de serviços), guardando para si a obrigação de regulação.

Sabemos, também, que nenhum parceiro privado investe em segmento público se não tiver um mínimo de segurança jurídica para garantir as "regras do jogo" e, assim, o retorno — com lucro — do capital investido. Não há hipótese de investimento em saúde, educação, transporte, saneamento, petróleo, energia e telecomunicações se não houver segurança jurídica. O Estado tem obrigação de prestar essas atividades de forma eficiente, mas sabemos que os recursos são poucos. A opção que o Estado brasileiro fez foi a de implantar um Estado regulatório, por meio do qual se busca a execução direta desses

“ **A primeira preocupação estatal quando se decide descentralizar um serviço público, penso, deve ser garantia à igualdade de tratamento entre todos os possíveis parceiros privados, o que é, em tese, garantido com o procedimento licitatório. É preciso dizer que uma das primeiras vezes que o Poder Judiciário brasileiro cuidou do tema do controle judicial de atos discricionários ocorreu em uma concessão de serviço de transporte de pessoas.** ”

serviços na iniciativa privada, deixando para o Poder Público a função regulatória (normatização, execução e julgamento) que contenha autonomia, independência e estabilidade técnica e econômica para esses investidores.

Neste cenário surgiram as agências reguladoras, com papel eminentemente técnico, e, dentro desse segmento, desse cenário de atuação técnica, vêm se desenvolvendo as concessões de serviços públicos. Pessoas e empresas privadas prestando serviços públicos com fins lucrativos, e o Estado reservando para si o poder regulatório; dentro dele está a competência normativa.

Dentro da atribuição regulatória do Estado temos algumas atividades passíveis de controle jurisdicional. Vejamos duas hipóteses concretas: uma ligada à licitação e outra à regulação normativa frente ao Código do Consumidor (CDC).

A primeira preocupação estatal quando se decide descentralizar um serviço público, penso, deve ser garantia à igualdade de tratamento entre todos os possíveis parceiros privados, o que é, em tese, garantido com o procedimento licitatório. É preciso dizer que uma das primeiras vezes que o Poder Judiciário brasileiro cuidou do tema do controle judicial de atos discricionários ocorreu em uma concessão de serviço de transporte de pessoas. O então Desembargador Seabra Fagundes, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.422, declarou a nulidade de delegação de transporte de pessoas, sob o argumento de falha no processo de licitação, uma vez

que havia manifestação administrativa — *que invocava a discricionariedade para a gestão do serviço* — que privilegiava uma empresa de transporte em decorrência de outras empresas que estavam participando de uma concorrência pública.

Então, o primeiro exemplo de controle judicial do regramento do serviço de transporte surgiu dentro de uma conduta discricionária e da pena do Professor Seabra Fagundes, que, depois, na década de 40, veio a editar o seu livro magnífico sobre controle judicial da administração pública (atualizado pelo Procurador do Estado Gustavo Binenbojm). Hoje há uma dimensão muito maior do que vem a ser esse controle judicial de atos normativos do Poder Público nas áreas concedidas, pondo às concessionárias um ônus que não está previsto no contrato de concessão ou no regramento estabelecido pelo concedente.

Passando ao segundo exemplo, penso que a pergunta a ser respondida, é a seguinte: pode o Poder Judiciário controlar atividades concedidas, mesmo que corretas à luz das normas regulatórias, mas em possível desacordo com regras protetivas do CDC?

Aqueles que entendem que o direito do consumidor prevalece sobre essas regras regulatórias ou sobre a modelagem do serviço concedido vão sustentar que sim, porque, independentemente do que foi estabelecido entre concedente e concessionário no momento da descentralização do serviço, é direito do usuário ter esse serviço adequado, à luz das regras do CDC. Por outro lado, sob o ponto de

vista do concedente e do concessionário, não é razoável, de acordo com o princípio da universalidade da prestação dos serviços públicos (cuja máxima efetividade é ditada pelo ente regulador, nos termos e na medida dos investimentos necessários a serem aportados pelo parceiro privado), impor ônus que gera custo ao concessionário, porquanto isso influenciará no desequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão ou de permissão (sobretudo se não estiver no projeto técnico de universalização da execução do serviço). Em última análise, poderá esse custo cair sobre os ombros do usuário ou do consumidor desse serviço, fato que pode vulnerar outro princípio que regula os serviços públicos, qual seja, o princípio da modicidade tarifária. Haverá, assim, de ser ponderada a necessidade de universalização do serviço e de pagamento de tarifas módicas, equação esta que não se resolve politicamente ou com vontades pessoais, mas sim com dados técnicos.

Desta forma, deve haver, a meu sentir, certa deferência por parte do Poder Judiciário às escolhas e aos regramentos técnicos (desde que legítimos, legais e razoáveis) provenientes do poder concedente ou das entidades regulatórias, em detrimento de alguns regramentos genéricos do Código do Consumidor, *vg.*

Há ainda que se discutir, porquanto penso ser importante para este seminário, tema que tem gerado profunda controvérsia jurídica, qual seja, a possibilidade de prorrogação de permissões e de concessões de serviços públicos sem prévio procedimento licitatório, ao argumento da necessidade de amortização de investimentos realizados pelos atuais prestadores do serviço. Pode o Poder Judiciário exercer o controle sobre estes atos?

É um tema extremamente difícil, técnico, e que, apesar de poder bater às portas do Judiciário (se é que já não bateu), já está submetido à orientação do Supremo Tribunal Federal. Permito-me informar que há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República (ADIn nº 4.058), por meio da qual se discute a constitucionalidade do artigo 58 da Lei Federal nº 11.445/07, que ao regular o marco do saneamento básico no Brasil, fez incluir um dispositivo legal que, alterando o artigo 42 da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei de Concessões), permitiu a prorrogação de todas as concessões de serviços públicos que tenham a necessidade de amortização de investimentos, sem prévio procedimento licitatório. sem querer desanimar as concessionárias de serviços público, acredito que, se o STF mantiver o entendimento que vem tendo a respeito de temas similares, esse artigo deverá ser considerado inconstitucional, exatamente por violar os princípios da impessoalidade e legalidade, exatamente por se tratar de delegação de serviço público sem prévio procedimento licitatório.

O precedente a que me referi do STF é o Mandado de Segurança nº 27.516, em que se questionava um decreto do Governo Federal que determinou a realização de licitação de 98% das linhas de ônibus interestaduais e internacionais. O Supremo Tribunal Federal entendeu, quando julgou esse Mandado de Segurança impetrado contra o Presidente da

República, que a licitação, após a Constituição de 1988, é obrigatória e não pode ser afastada com o argumento de que investimentos precisam ser amortizados com a prorrogação das delegações anteriormente realizadas sem a seleção impessoal do parceiro privado. Digo eu: se investimentos foram feitos e se há necessidade de amortização, que se indenize o atual prestador do serviço; que se coloque o custo a ser ressarcido no edital da licitação futura, cujo valor da outorga servirá para indenizar os referidos investimentos. O que não é possível, em minha modesta opinião, é eternizar prestadores de serviços públicos, vez que sempre haverá necessidade de realização de investimentos para a prestação eficiente dos serviços.

Analizados os exemplos antes referidos, penso que é chegado o momento de concluir esta palestra. E termino afirmando que não mais acredito na verdade outrora contada de que o Poder Judiciário não pode controlar ato administrativo discricionário, mas tão-só os vinculados, porque se assim não fosse violado estaria o princípio da separação de poderes.

O Professor Paulo Bonavides (no livro “Do Estado Liberal ao Estado Social”), ao analisar o princípio da separação de poderes, afirma ser impossível a sua interpretação tal qual foi ela idealizada pela Revolução Francesa; afirma o ilustre professor que aquela interpretação deu a sua contribuição para a história, mas, diante da mutabilidade social hoje vivenciada, deve ser arquivada no Museu da História.

Deve-se interpretar o princípio da separação de poderes, atualmente, sob as novas luzes de uma Constituição Democrática e dirigente, que, a meu sentir, não permite que um ato administrativo (vinculado ou discricionário) seja, aprioristicamente, imune ao controle jurisdicional.

Em minha modesta opinião, o Judiciário deve controlar os atos administrativos, mas deve ter deferência às opções da administração pública quando esses atos administrativos estiverem baseados em escolhas técnicas e/ou políticas razoáveis, sobretudo na implementação de um conceito jurídico aberto e/ou indeterminado. Não é que o Judiciário não possa analisar uma conduta técnica do poder concedente ou de uma agência reguladora, mas creio que esse controle deva ser eminentemente negativo. Penso que não é possível ao Poder Judiciário substituir o técnico do Poder Executivo pelo perito judicial, sobretudo em matérias específicas: petróleo, gás, telecomunicações, transporte.

Acredito, porém, conforme as conclusões da professora espanhola Eva Desdentado Daroca, que esse controle tem que ser negativo, devolvendo para o poder concedente ou para a entidade regulatória competente o dever de editar outro ato regulatório técnico, que não aquele que já foi rejeitado pelo Poder Judiciário por não atender ao interesse público. Todavia, quando se estiver a tratar de escolhas políticas para regulação do serviço, como o exemplo que dei do transporte alternativo sendo gerido por micro-ônibus, e não por van, penso que esse núcleo da conduta administrativa não deve ser reapreciado pelo Poder Judiciário, sob pena de se estar transferindo para o Poder Judiciário uma função eminentemente administrativa, o que, a meu sentir, viola o postulado da separação de poderes.