

## Nota Prévia

## Doutrina

### Regulação Portuária no Direito brasileiro

MARÇAL JUSTEN FILHO | Doutor em Direito

### Concessões de serviços públicos e *project finance*

EGON BOCKMANN MOREIRA | Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor em Direito. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo CEDIPRE. Advogado.

### Democracia, meios de comunicação social e internet

ALEXANDRE DITZEL FARACO | Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor e Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo

### Terceirização de atividades estatais: a possibilidade da transferência de atividades-fim e a indelegabilidade de atividades típicas de estado

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES | Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e de outras Instituições. Advogado. Consultor em Direito Público

### As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública

PAULO MODESTO | Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público, Professor de Direito Administrativo da UFBA e do Centro de Cultura Jurídica da Bahia. Promotor de Justiça. Director da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público e Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado

### Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro

A. SADDY | Doutorando em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo pelo CEDIPRE;

## Informações



# FICHA TÉCNICA

**Director**

Vital Moreira

**Director-Adjunto**

Pedro Gonçalves

**Secretária de Redacção**

Ana Cláudia Guedes

**Proprietário**

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação  
(CEDIPRE)

**Editor**

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação  
(CEDIPRE)

**Composição Gráfica**

Ana Paula Silva

**Morada**

Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra  
Pátio da Universidade  
3004-545 Coimbra – Portugal

**NIF**

504736361

**Sede da Redacção**

Centro de Estudos de Direito Público e Regulação  
(CEDIPRE)

**Nº do Registo da ERC**

125642

**ISSN**

1647-2306

**Periodicidade**

Bimestral

# S U M Á R I O

<b>Nota Prévia</b> .....	3
<b>Doutrina</b> .....	5
<b>Regulação Portuária no Direito brasileiro</b> .....	5
MARÇAL JUSTEN FILHO   <i>Doutor em Direito</i>	
<b>Concessões de serviços públicos e <i>project finance</i></b> .....	25
EGON BOCKMANN MOREIRA   <i>Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor em Direito. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo CEDIPRE. Advogado</i>	
<b>Democracia, meios de comunicação social e internet</b> .....	35
ALEXANDRE DITZEL FARACO   <i>Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor e Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo</i>	
<b>Terceirização de atividades estatais: a possibilidade da transferência de atividades-fim e a indelegabilidade de atividades típicas de estado</b> .....	57
FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES   <i>Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e de outras Instituições. Advogado. Consultor em Direito Público</i>	
<b>As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública</b> .....	71
PAULO MODESTO   <i>Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Professor de Direito Administrativo da UFBA e do Centro de Cultura Jurídica da Bahia. Promotor de Justiça. Director da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público e Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado</i>	
<b>Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro</b> .....	85
A. SADDY   <i>Doutorando em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España; Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo CEDIPRE</i>	
<b>Informações</b> .....	113

[www.fd.uc.pt/cedipre](http://www.fd.uc.pt/cedipre)

## N O T A P R É V I A

A Direcção da Revista entendeu preencher o presente número exclusivamente com contribuições de juristas e académicos do Brasil. Fê-lo na convicção profunda da inteira justiça que reside em “publicar” juristas brasileiros em território português.

Na verdade, por um lado, na área do Direito, o movimento de aproximação entre os dois países vem-se quase exclusivamente fazendo no sentido de divulgar os juristas portugueses no Brasil e de uma forma pouco mais do que residual no sentido inverso. Compete-nos a nós, portugueses, começar a corrigir essa assimetria.

Por outro lado, independentemente da divulgação e do efectivo conhecimento da produção dos juristas portugueses no Brasil (facto que não se verifica em outros lugares), a doutrina brasileira, pela sua actualidade, qualidade, criatividade, abertura inter-textual e densidade, “merece” ser conhecida entre nós: as monografias e os textos de nomes tão ilustres como *Marçal Justen Filho*, *Alexandre Faraco* ou *Fernando Vernalha Guimarães* e *Paulo Modesto* reclamam toda a nossa atenção e não podem ser ignorados no espaço cultural e jurídico da língua portuguesa.

Além disso, o Cedipre vem tendo contactos privilegiados com o mundo jurídico brasileiro, o que muito tem enriquecido o centro e quem o serve: só para dar exemplos de autores que participam no presente número, *Egon Bockman Moreira* e *André Saddy* são “nossos” pós-graduados em regulação pública e concorrência.

Por fim, embora já em outro patamar de importância, a Revista é lida no Brasil, pelo que, nesse aspecto, a publicação de autores brasileiros constitui uma forma, singela mas que se pretende significativa, de prestar tributo ao nosso público do outro lado do Atlântico.

Tudo o que acaba de se afirmar justifica e impõe o agradecimento que, em nome do Cedipre, quero deixar aos participantes do presente número da Revista.

*Pedro Gonçalves*

Obs. – Manteve-se a grafia original dos textos (português do Brasil).



D O U T R I N A

**Regulação Portuária no Direito brasileiro**

Marçal Justen Filho

**I – A relevância da atividade portuária**

A importância dos portos incrementou-se em vista do desenvolvimento do comércio internacional. Nenhuma Nação pode aspirar a inserir-se de modo relevante na atividade comercial mundial sem dispor de portos apropriados, que operem de modo eficiente. A existência de portos operando de modo adequado se tornou um fator essencial para a realização dos projetos nacionais de desenvolvimento econômico.

Não basta a iniciativa privada ou governamental produzir bens aptos a conquistar o mercado mundial. Nem é suficiente a implantação de indústrias altamente qualificadas no cenário interno do país. É essencial a existência de infra-estruturas portuárias que assegurem a operação eficiente para a importação e a exportação de mercadorias.

**II – Peculiaridades diferenciais**

Algumas peculiaridades econômicas devem ser anotadas, relativamente à figura do porto.

A depender da dimensão e da complexidade das operações, um porto pressupõe a realização de investimentos extremamente relevantes. Esses investimentos podem ser diretos no canal de acesso e nas próprias instalações físicas do porto, tal como no seu aparelhamento. Existem despesas indiretas, relacionadas com a infra-estrutura de transporte

necessária para estabelecer a conexão do porto com o restante do território do ente político a que esteja vinculado.

Em segundo lugar, os portos se configuram como monopólios naturais. A implantação de um porto envolve investimentos na atividade portuária propriamente dita, mas também demanda a construção de vias de acesso e equipamentos de integração entre as diversas modalidades de transporte. Isso não significa a impossibilidade da existência de diversos portos, em regime de competição. O que se afirma é que a melhor rentabilidade econômica se obtém pela exploração intensiva de cada infra-estrutura portuária<sup>1</sup>.

Em princípio, é mais rentável economicamente produzir a ampliação da utilização de um porto do que a construção de um novo<sup>2</sup>.

Por outro lado, o porto envolve a exploração de recursos naturais escassos tanto sob o prisma que se poderia denominar de “externo” como quanto àquele dito “interno”.

Existe um número limitado de locais geográficos adequados à instalação de portos (aspecto externo). À medida que se implantam os portos, reduz-se a possibilidade de novos serem edificadas.

Por outro lado, os recursos naturais são escassos também internamente a cada porto. Os espaços disponíveis para as operações portuárias são limitados.

Indo avante, a utilização de um determinado porto e, dentro dele, de um certo terminal é uma escolha autônoma do empresário interessado. É inviável eliminar essa autonomia por meio de escolhas políticas isoladas em virtude de duas limitações insuperáveis. Uma delas apresenta natureza econômica: a substituição das escolhas privadas por uma decisão estatal conduziria à ineficiência econômica. Outra tem natureza política: as operações portuárias envolvem agentes econômicos estabelecidos no estrangeiro, que não se subordinam ao poder de império de um Estado determinado.

Daí se segue a existência de um “mercado” de portos, em que se estabelece competição em três níveis.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, JEAN GROSDIDIER DE MATONS afirma que, sob esse prisma, “As infra-estruturas portuárias podem então ser comparadas às infra-estruturas rodoviárias: uma tal infra-estrutura não saturada entre duas cidades não comporta competição; a construção de uma auto-estrada paralela não reduzirá em nada os custos de transporte; a primeira rodovia constitui então um monopólio natural” (*Droit, économie et finances portuaires*, Paris : Presses de l’école nationale des ponts et chaussées, 1999, p. 7, original em francês).

<sup>2</sup> Essa é uma afirmativa sujeita aos limites impostos pela própria realidade. É perfeitamente possível que, dadas circunstâncias excepcionais, verifique-se como economicamente mais eficiente a construção de um novo porto do que a ampliação de um já existente. Mas se assume que tal ocorrerá como exceção.



Em primeiro lugar, é possível aludir a uma competição internacional entre os portos dos diferentes países. Assim, por exemplo, o ingresso de produtos na América do Sul pode fazer-se por portos brasileiros, argentinos, uruguaios, chilenos etc.

Mas também se desenvolve uma disputa entre os diferentes portos existentes em uma região ou em um país.

Enfim, dentro de um mesmo porto existem diferentes terminais, que competem entre si.

Mas a configuração das infra e superestruturas portuárias depende não apenas de escolhas autônomas de cada país ou de cada operador. Os portos que atuam no âmbito de comércio externo têm de operar segundo as técnicas e praxes adotadas no âmbito internacional, que não se subordinam à vontade normativa de um legislador nacional.

Uma descrição tal como a abaixo reproduzida serve para esclarecer esse fenômeno:

*“Os porta-contêineres, que inicialmente eram navios de carga clássicos transformados, com aproximadamente 140 m. de comprimento, transportando menos de 1.000 contêineres (em 1960), passaram a ser celulares em 1970 com 2.000 contêineres em navios com 200 m. de comprimento; surgiram em 1997 navios de 320 m. de comprimento, 43 m. de largura, 12 m. de calado, com velocidade de 25 nós e transportando 6.000 contêineres”<sup>3</sup>.*

Essa diferenciação derivou de fatores econômicos e de economia de escala, tal como se explica adiante:

*“Um navio de carga clássico de 10.000 t. custava em 1990 e a 100% de utilização 0,019 dólar/contêiner/milha (DCM), um combinado de 16.000 t. custava 0,018 DCM e um porta-contêiner de 1.500 contêineres 0,007 DCM”<sup>4</sup>.*

Ou seja, a ampliação da capacidade do navio conduz à redução dos custos do transporte. Efeitos similares são obtidos por meio da alteração das características técnicas da embarcação, especialmente no tocante ao fenômeno da “*containerização*”<sup>5</sup>. Por decorrência, as empresas passam a se valer das alternativas mais eficientes para o deslocamento de suas cargas.

Mas a alteração das características materiais e técnicas das embarcações exige a dequação das infra e das superestruturas portuárias. É necessário produzir vias de acesso

---

<sup>3</sup> JEAN GROSDIDIER DE MATONS, *Droit, économie et finances portuaires*, Paris : Presses de l'école nationale des ponts et chaussées, 1999, p. 436.

<sup>4</sup> JEAN GROSDIDIER DE MATONS, *Droit, économie...*, cit., p. 437.

<sup>5</sup> Ou seja, a utilização de contêineres para o transporte das mercadorias.

marítimo adequadas ao porte dos navios. Os berços de atracação devem permitir o rápido início das operações de carregamento e descarregamento de mercadorias. É fundamental a existência de equipamentos adequados às características técnicas dos navios. Deve haver mão-de-obra disponível para atuação contínua.

A adequação do porto às características do transporte e às necessidades dos transportadores constitui-se em fator de eleição quanto ao país, ao porto e ao terminal portuário a ser utilizado.

### III – A regulação constitucional da atividade portuária no Brasil

A Constituição Federal refere-se aos portos em diversas oportunidades<sup>6</sup>. No art. 21, inc. XII, al. “f”, atribui à União a competência para “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão...os portos marítimos, fluviais e lacustres*”. A norma constitucional não restringe a competência da União apenas aos “*serviços desempenhados em portos*”. Toda e qualquer atividade relacionada a portos é de titularidade federal.

A exploração de um porto envolve um conjunto de atribuições, competências, poderes, encargos de diversa natureza, com extensão e objeto muito peculiares.

Em primeiro lugar, o “porto” se configura como um sujeito de direito. Usualmente, o porto é estruturado como uma pessoa jurídica, investida em patrimônio próprio, titular de relações jurídicas e dotado de direitos e obrigações.

Essa pessoa jurídica poderá ser titular de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Há portos que são organizados como autarquias. Outros portos são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta.

Mas, além do porto, existem os serviços portuários (em sentido amplo). O desempenho desses serviços pressupõe atividades de distinta natureza. Sob o prisma econômico, não seria incorreto afirmar que o porto é uma unidade complexa, que envolve a organização de fatores da produção e o exercício de poderes regulatórios de diversa natureza.

A existência do porto depende de um conjunto de bens, que compõem uma infraestrutura indispensável. Assim, podem ser referidos o canal de acesso, o cais e as áreas anexas. São necessárias, ainda, áreas de estocagem de produtos. Mas também há equipamentos para carga e descarga de produtos e de pessoas e de transporte de mercado-

---

<sup>6</sup> Acerca das inovações trazidas nessa área pela Constituição de 1988, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e FÁBIO BARBALHO LEITE, *Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário*, RDA nº 231, pp. 269/295, especialmente pp. 273/276.

rias (ao interno do porto). Além disso, existem atividades de diferente natureza e regime jurídico, relacionadas com a mão-de-obra indispensável à operação do porto.

A grande peculiaridade reside em que se produzem atividades e relações jurídicas que não são de titularidade de um único e mesmo sujeito, nem se subordinam a um mesmo e único regime jurídico. Há relações jurídicas de direito público, estabelecidas entre o Estado e o porto. Mas, ao interno do porto, fragmentam-se as relações jurídicas, de modo extremamente complexo.

Assim, existem relações jurídicas entre o porto e operadores portuários. Também há relações com terceiros, fruidores de serviços. E existem relações jurídicas com prestadores de serviços privados.

Por outro lado, os diferentes sujeitos estabelecem relações jurídicas entre si, das quais não participa necessariamente o Estado nem o porto – ainda que a existência do porto seja imprescindível para tanto.

Portanto, a utilização da expressão “porto” indica essa unidade econômica e jurídica, cuja complexidade é muito maior do que a existente nas demais alíneas do inciso ora examinado. Sob um certo ângulo, o porto envolve uma universalidade de fato. Mas também há aspecto que pode ser reconduzido ao conceito de universalidade de direito.

Em outras palavras, a Constituição estabeleceu que a criação de portos, a implantação de equipamentos portuários, o desempenho de serviços públicos ou privados e toda e qualquer atuação relacionada, ainda que indiretamente, à figura do porto inclui-se na competência federal.

O art. 21, inc. XII, atribui à União competência para explorar diretamente os portos. Mas, ademais disso, faculta-se a exploração mediante *concessão*, *permissão* ou *autorização*.

Essa fórmula constitucional, utilizada amplamente no art. 21, tem despertado a atenção doutrinária, já que a interpretação do dispositivo pode resultar em soluções concretas muito distintas. Mas há problemas jurídicos que são específicos e peculiares apenas aos portos.

A exploração direta dos portos pela União se configura quando a União (diretamente ou mediante delegação a outra pessoa integrante da estrutura administrativa estatal) promover ela própria a implantação, gestão e operação do porto.

A exploração direta dos portos pela União não significa a ausência de atividades, de sujeitos ou de relações jurídicas de titularidade alheia, inclusive disciplinadas pelo direito privado.

Deve-se entender que a exploração direta do porto pela União se passa quando (a) a área imóvel é de titularidade federal e (b) a União presta em nome próprio as operações portuárias essenciais ou, quando menos, assume em nome próprio a organização das atividades portuárias.

A segunda hipótese<sup>7</sup> prevista no art. 21, inc. XII, já propicia uma gama mais ampla de dificuldades, especialmente quando a questão envolver portos.

O vocábulo “concessão” não é utilizado, no Direito público, num sentido unívoco<sup>8</sup>. No dispositivo examinado, a interpretação é muito mais simples em relação aos diversos incisos que disciplinam atividades configuradas como *serviços*. Nesses casos, é evidente que se prevê a concessão de serviço público. Mas a questão adquire maior complexidade no caso específico examinado, eis que a Constituição não se utilizou da expressão “serviços portuários”. Como dito, a Constituição previu incumbir à União explorar (inclusive mediante “concessão”) os **portos**.

A **concessão de porto** significa a delegação à iniciativa privada da competência (dever-poder) para organizar e explorar esse conjunto heterogêneo de atividades, bens e sujeitos, tendo por objeto a instituição e a exploração de um porto. Portanto, continuará a existir um porto público, mas a sua gestão far-se-á por meio da atuação de um particular. Assim como a concessão não transforma o serviço público em privado, também a concessão de porto não pode conduzir ao surgimento de um porto regido e disciplinado exclusivamente pelo direito privado.

A redação do art. 21, inc. XII, da CF/88, que se refere a “autorização”, tem propiciado relevantes debates doutrinários. Trata-se de questão tão relevante que demanda um tópico específico para a sua análise.

#### IV – Os portos e os serviços públicos

A disputa acima referida envolve uma dicotomia que se encontra no núcleo da disciplina constitucional, relacionada com o aproveitamento dos recursos escassos para satisfação de necessidades individuais e coletivas.

---

<sup>7</sup> Para os fins desta análise, será incluída no exame da *concessão* a figura da *permissão*. As inegáveis e relevantes distinções entre os institutos não são pertinentes para o objeto desta investigação.

<sup>8</sup> Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO leciona que concessão “é designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém”. Ressaltando ainda que “É manifestamente inconveniente reunir sob tal nome tão variada gama de atos profundamente distintos quanto à estrutura e regimes jurídicos”. (Curso de direito administrativo, 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 408).

É inquestionável que a CF/88 consagrou a propriedade privada dos meios de produção e albergou o capitalismo como regime econômico, com a afirmação da livre concorrência e da livre iniciativa.

O art. 170 da Constituição prevê que *“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de **autorização** dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”* (original sem negrito).

A expressão **autorização**, que consta do art. 170, parágrafo único, apresenta relação com a exploração de atividade econômica, sob regime privado (livre concorrência, livre iniciativa, apropriação privada de lucros e assim por diante).

Mas o art. 175 da CF/88 retirou do âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência algumas atividades. O dispositivo estabeleceu que *“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

A conjugação dos art. 175 e 170 da CF/88 conduz à conclusão de que o regime próprio da atividade econômica (em sentido restrito) não se aplica aos serviços públicos.

Ou seja, a Constituição adotou duas sistemáticas distintas para a exploração dos recursos escassos visando à satisfação de necessidades individuais ou coletivas.

Há um conjunto de atividades que são classificadas constitucionalmente como alheias à órbita estatal, sendo exploradas livremente pelos particulares (observadas as limitações e os requisitos fixados em lei), sob regime de direito privado. São as atividades econômicas propriamente ditas ou em sentido restrito.

E há outro conjunto de atividades que são qualificadas como serviço público, que foram atribuídas ao Estado para prestação sob regime de direito público. Ainda que o Estado transfira a sua prestação para um particular, tal se fará sob regime de direito público – configurando-se concessão ou permissão de serviço público.

A diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido próprio e restrito é de extrema relevância. O regime de serviço público se orienta à realização compulsória de interesses indisponíveis. Retira-se a atividade da margem de disponibilidade do particular, eliminando-se a facultatividade de sua prestação.

O regime de Direito Privado, próprio das atividades econômicas em sentido restrito, é muito diverso. A atividade é reputada como uma manifestação da autonomia privada, do que deriva a ausência de obrigatoriedade de sua prestação.

O entendimento mais clássico reputava que o art. 21, inc. XII, da Constituição submetia as atividades ali referidas a um obrigatório e inafastável regime de serviço público. Essa

posição ainda é professada por autores de mais elevada reputação, tal como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>9</sup> e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>10</sup>. O próprio autor já foi defensor dessa orientação<sup>11</sup>.

Outra corrente doutrinária reconhece que o art. 21, inclusive no inc. XII, propicia a configuração das atividades ou como serviço público ou como atividade econômica. Tal é evidenciado pela utilização da fórmula “*mediante autorização, concessão ou permissão*”, que é adotada por diversos dispositivos constitucionais.

Trata-se de reconhecer que o instituto da “*autorização*” é radicalmente distinto das figuras da “*concessão*” e da “*permissão*”. Concessão e permissão são instrumentos jurídicos destinados a promover a delegação da prestação do serviço público para a iniciativa privada, mantido o regime de direito público e as demais características próprias do instituto. Já a *autorização* é um ato estatal de controle quanto à presença dos requisitos para o exercício de atividades exploradas sob regime de direito privado.

Indica a submissão da atividade a um regime jurídico de direito privado, inconfundível com a prestação de serviço público. Existiria, então, uma *autorização* estatal para a prestação de serviços privados.

Ora, a utilização constitucional do vocábulo “*autorização*” legítima a conclusão de que as atividades referidas, por exemplo, no art. 21, XII, al. “b”, comportam a exploração não apenas como serviço público, mas também admitiram o tratamento como uma atividade econômica subordinada aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Assim, uma mesma atividade referida no art. 21 poderá ser explorada sob dois regimes jurídicos distintos. Quando se configurar um serviço público, haverá concessão (ou permissão). Mas se a lei estruturar a exploração pelos particulares como uma atividade puramente econômica, será prevista a **autorização** como requisito de legitimidade da referida atuação.

Ou seja, uma determinada atividade deve ser configurada, em face da ordem jurídica, como serviço público ou como atividade econômica. Mas essa configuração não depende de uma escolha puramente discricionária do legislador infraconstitucional. Todas as atividades que se configurarem como instrumento de realização dos valores e princípios fundamentais, cuja prestação for indispensável para a satisfação de necessidades

<sup>9</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo : Malheiros, ,2006, p. 652.

<sup>10</sup> *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo : Atlas, 2006, p. 114.

<sup>11</sup> *Concessões de Serviço Público*, São Paulo : Dialética, 1997, p. 61.

comuns a todos os membros da coletividade e se traduzir num imperativo constitucional, serão necessariamente subordinadas ao regime de serviço público.

Ora, a afirmativa de que o porto representa um instrumento essencial para a realização de valores prestigiados constitucionalmente, sendo a sua implantação e operação um instrumento para satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, conduz ao reconhecimento inafastável da incidência do regime de Direito Público. No seu conjunto, o porto configura a prestação de um serviço público, subordinando-se a sua existência e operação ao regime correspondente.

Por isso, o Estado brasileiro não poderá transformar-se num operador privado, dando ao porto uma configuração de empreendimento econômico regido exclusivamente pelo Direito Privado.

A síntese reside na impossibilidade, em vista da Constituição, da eliminação da intervenção estatal sobre a atividade portuária. Mais ainda, a Constituição impõe a manutenção de portos públicos e de instalações portuárias de uso público, mantidos e explorados pela União (ou por delegatários), aptos a assegurar a promoção dos interesses coletivos nacionais e também a satisfação dos interesses dos usuários e prestadores de serviços que dependem da existência de portos.

No entanto, também se admite que as atividades portuárias sejam exploradas por particulares, o que justifica a referência constitucional a “autorização” para portos.

O ponto essencial reside em que a alusão constitucional a autorizações não equivale a afirmar que, para a Constituição, seria indiferente a existência ou não de portos explorados pela União (diretamente ou mediante concessão). A Constituição impõe um limite intransponível para o legislador infraconstitucional. Esse limite relaciona-se à promoção dos direitos fundamentais e dos valores nacionais no âmbito da atividade portuária.

Por imposição da principiologia constitucional, a exploração das atividades portuárias sob regime de direito privado e como instrumento de acumulação econômica privada **pressupõe** o atendimento adequado e satisfatório dos interesses da população – o que se obtém, por presunção constitucional absoluta – mediante a atuação da União.

#### **V – Os portos e o poder de polícia**

Mas há outra faceta da questão, que não pode ser esquecida. A organização dos portos, a estruturação das atividades de transporte aquaviário e a disciplina da exploração das

atividades abrangidas se subordinam ao poder de polícia<sup>12</sup> estatal, especialmente na vertente regulatória.

O poder de polícia administrativa foi definido anteriormente por este autor como “a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”<sup>13</sup>.

No enfoque clássico, poder de polícia e serviço público são as manifestações mais essenciais da função administrativa do Estado. Segundo essa orientação, os dois institutos não se confundem<sup>14</sup>.

Do ponto de vista teórico, a distinção entre serviço público e poder de polícia é até simples. Tal como ensina DEBBASCH, “Diferenciam-se em seus procedimentos: a polícia prescreve e não fornece prestações; estas são do domínio do serviço público. Opõem-se em seus efeitos: a medida de polícia limita as liberdades públicas, a intervenção do serviço público tende a facilitar o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos”<sup>15</sup>.

A atividade portuária fornece um exemplo marcante de atividade estatal em que se conjugam os aspectos de serviço público e de poder de polícia. O Estado organiza o porto e o mantém como instrumento de satisfação de necessidades coletivas. Mas a existência do porto envolve atividades privadas cuja ordenação exige a intervenção estatal inerente ao poder de polícia. Mais do que isso, afirma-se uma intervenção estatal de natureza regulatória.

## VI – A afirmação da preponderância do regime de Direito Público

Em nível infraconstitucional, a matéria está disciplinada preponderantemente pela Lei Federal nº 8.630 (que foi posteriormente complementada pela Lei Federal nº 10.233). O *caput* do seu art. 1º determinou que a exploração do “porto organizado” será feita “diretamente ou mediante concessão” pela União. Destaca-se a ausência de referência à “autorização” federal para a exploração de portos organizados. Ou seja, a opção do legislador foi submeter **todo e qualquer** porto organizado ao regime de Direito Público.

<sup>12</sup> Rigorosamente, o autor discorda da expressão “poder de polícia”, especialmente por induzir à existência de algum poder estatal em abstrato. No entanto e em homenagem à ampla e unânime utilização da expressão, não cabe a sua substituição no presente artigo.

<sup>13</sup> *Curso ...*, cit. p. 393.

<sup>14</sup> Sobre essa distinção confira-se *Curso de direito administrativo...*, p. 403/404

<sup>15</sup> CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 6ª ed. Paris: Economica, 2002, p. 447.



Mas daí não se segue que toda e qualquer atividade de cunho portuário esteja subordinada ao regime de Direito Público e seja reservada à titularidade da União (para exploração direta ou mediante concessão).

Existem atividades inerentemente estatais, de natureza pública, que são de titularidade da União, configurando-se como serviço público ou atividade de polícia administrativa. No entanto, há outras atividades que pressupõem a existência do porto organizado, mas que apresentam cunho de empresa econômica privada. Ou seja, nem todas as atividades ou serviços exercitáveis no âmbito dos portos organizados foram submetidos à publicização imposta pelo dispositivo. Mas mesmo essas atividades privadas se sujeitam às determinações regulatórias estatais.

### **VII – As “operações portuárias”**

Segundo a sistemática da Lei nº 8.630, as operações *“de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário”* são realizadas por meio de *“operadores portuários”* (art. 1º, § 1º, inc. II). O titular do porto organizado (a União ou o concessionário) não realiza diretamente (todas) as atividades que configuram a finalidade e a razão de ser do dito cujo.

Os operadores portuários são pessoas físicas ou jurídicas, que assumem, de modo permanente e contínuo, a titularidade da atribuição de promover as operações de movimentação e (ou) de armazenagem. Ocorre que a Lei nº 8.630 foi extremamente deficiente ao definir os operadores portuários. Muito mais grave, a Lei foi omissa e incompleta no tocante à determinação do regime jurídico a que se submetem, tal como abaixo exposto.

### **VIII – A questão dos terminais portuários**

Um dos temas mais primordiais do Direito Portuário se relaciona com os terminais portuários. A Lei nº 8.630 determina que a área do porto organizado compreende duas figuras entre si distintas.

Há os terminais portuários, *“quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna”*.

Ademais, existe a área de infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto (*“tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundo que devam ser mantidas pela Administração do Porto”*). Assim está previsto no art. 1º, § 1º, IV, da Lei dos Portos.

Então, a redação legal indica que os terminais portuários não necessitariam ser mantidos pelo porto, o que é reafirmado nos demais dispositivos legais. Como decorrência, as atividades portuárias por excelência (envolvendo movimentação de passageiros e movimentação e armazenagem de cargas) serão desenvolvidas por meio de terminais portuários. Ditos terminais poderão ser implantados e explorados por terceiros, que não a própria entidade titular do porto.

Bem se vê que uma questão essencial na organização portuária brasileira se relaciona com a existência, as características e o regime jurídico dos terminais portuários.

O principal ponto a destacar reside na distinção estabelecida pelo art. 4º, § 2º<sup>16</sup>. Ali se determina que as instalações portuárias se enquadram em dois grandes gêneros. Há os terminais<sup>17</sup> de uso público e os terminais de uso privativo. Estes últimos compreendem três espécies, que são as de uso privativo exclusivo (para movimentação de carga própria), de uso privativo misto e de uso privativo de turismo.

A Lei dos Portos não forneceu definição explícita para terminais de uso público. Mas adotou uma definição, defeituosa e imprecisa, para terminal de uso privativo.

A Lei determinou que a instalação de uso privativo é aquela explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

Ora, toda e qualquer instalação portuária é destinada à movimentação de passageiros ou na movimentação e armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário. Assim está determinado implicitamente nos incs. II e IV do próprio art. 1º, § 1º.

Portanto, não se pode admitir que os terminais de uso público seriam destinados a fins distintos daqueles dos terminais de uso privativo. A diferença entre as duas figuras não reside nesse ponto.

Nem se pode afirmar que a distinção estaria na condição do titular do terminal. A exploração por pessoa jurídica de direito público ou privado pode-se verificar tanto em relação ao terminal de uso privativo quanto ao de uso público.

---

<sup>16</sup> “§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: I - uso público; II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros; c) de turismo, para movimentação de passageiros (incluído pela Lei nº 11.314, de 2006).

<sup>17</sup> Anote-se que a Lei nº 8.630 utiliza ora a expressão “*instalação*” ora o vocábulo “*terminal*”. Não existe diferenciação semântica entre ambos os termos, razão pela qual o presente artigo adotará um ou outro, de modo indiferente.

Uma diferença relevante reside em que os terminais de uso privativo tanto podem operar em portos organizados como fora deles. Essa passagem é relevante porque o art. 4º, § 3º, determina que os terminais de uso público somente podem ser explorados no âmbito de portos organizados.

É evidente, no entanto, que essa diferença é secundária, sendo uma mera consequência dos caracteres essenciais que dão distinção às duas figuras.

A utilização das expressões “*uso público*” e “*uso privativo*” remete de modo imediato à dicotomia acima referida, relacionada com a disciplina constitucional dos recursos econômicos.

Assim se passa porque as atividades de movimentação de passageiros e de movimentação e estocagem de cargas<sup>18</sup>, na área dos portos, envolvem necessariamente a dicotomia constitucional apontada. Tal como exposto acima, a consagração constitucional do art. 21, XII, “f”, significa que as atividades ali referidas configuram a satisfação de necessidades coletivas essenciais. O seu desempenho deve necessariamente estar subordinado ao regime de serviço público.

Ou seja, a Constituição impõe a existência de serviço público destinado a assegurar a movimentação de passageiros e a movimentação e armazenagem de cargas, quando provenientes ou destinadas a transporte aquaviário. A referência a instalações de uso público exige interpretação conforme, o que conduz ao reconhecimento de que tais terminais são o instrumento pelo qual a União atende à determinação constitucional da existência de serviço público.

Isso significa que as operações realizadas no âmbito dos terminais de uso público são subordinadas ao regime de serviço público, vigorando os princípios da indisponibilidade dos interesses a serem satisfeitos, da continuidade, da universalidade e assim por diante.

Por decorrência, as instalações de uso privativo apresentam-se como manifestação de atividade econômica em sentido próprio. Trata-se de um empreendimento subordinado à concepção da livre iniciativa, em que o particular aplica os seus recursos para desenvolver atividade disciplinada pelo Direito Privado. As operações não se subordinam aos princípios da continuidade e da universalidade, nem incide o regime de Direito Público<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Destinadas ou provenientes do transporte aquaviário. Essa qualificação é tão evidente que nem necessita ser repetida a cada passagem.

<sup>19</sup> O que não significa, evidentemente, a ausência de submissão ao poder de polícia estatal e, em especial, à competência regulatória pública.

A disciplina jurídica dos terminais de uso privativo faz referência à existência de três modalidades, tal como acima exposto. Há o uso exclusivo, o uso misto e o uso de turismo. A al. “a” do art. 4º, § 2º, determina que os terminais de uso privativo exclusivo se destinam à “movimentação de carga própria”<sup>20</sup>. Isso significa a vedação à sua implantação como instrumento de prestação de serviço público. Trata-se de admitir a *verticalização* das atividades econômicas, ou seja, que uma mesma e única empresa exercite a sua iniciativa econômica não apenas no âmbito extraportuário, mas também instale terminal portuário para sua utilização *exclusiva*.

A exigência de “carga própria” indica, então, que o terminal portuário se destinará não a atender ao mercado, prestando serviços ao público em geral. Sob um certo ângulo, poderia ser afirmado que o terminal de uso privativo exclusivo promove o auto-atendimento às necessidades empresariais. A movimentação portuária não traduz uma atuação externa, mas se relaciona com a satisfação das necessidades internas a uma empresa determinada.

É verdade que a Lei não definiu mais precisamente o conceito de “carga própria”. Mas daí não se segue a consagração de expressão inútil. Trata-se de um conceito indeterminado<sup>21</sup>, por meio do qual a Lei intencionalmente buscou evitar a consagração de uma solução excessivamente rígida e abstrata.

No caso concreto, cabe afirmar que o núcleo do conceito de “carga própria” se relaciona com a titularidade de direitos que assegurem ao sujeito o direito de usar, fruir e dispor de uma certa mercadoria. A carga própria por excelência é aquela de propriedade do sujeito. Isso permite afirmar que o terminal portuário de uso privativo exclusivo destina-se a movimentar cargas de propriedade do seu titular.

Deve-se considerar que a complexidade empresarial pode conduzir a diversas soluções quanto à estruturação jurídica subjetiva. Todas as grandes empresas se organizam como grupos empresariais (de fato). Isso significa a existência de uma pluralidade de sujeitos de direito, cada qual com personalidade jurídica própria, vinculados entre si em vista da titularidade de participações societárias.

Ora, é perfeitamente imaginável que um terminal portuário de uso privativo exclusivo seja estruturado como uma pessoa jurídica autônoma, formalmente distinta de outras sociedades integrantes do mesmo grupo. É usual que cada sociedade seja titular do domínio das cargas que serão movimentadas no terminal.

<sup>20</sup> O uso privativo de turismo consiste na utilização para movimentação de passageiros.

<sup>21</sup> Sobre a figura do conceito indeterminado, consulte-se a exposição do autor em *Curso ...*, cit., p. 165/167.

Se a Lei tivesse adotado a figura da “*propriedade*”, o resultado seria vedar que cargas cujo domínio fosse de empresas controladas, controladoras ou coligadas viessem a ser movimentadas no terminal de uso privativo exclusivo.

A expressão “*carga própria*” tem um conteúdo muito mais econômico do que jurídico. Não se trata de utilizar conceitos jurídicos tais como “domínio” ou “posse” para delimitar o âmbito de atuação dessa espécie de terminais. O que se pretende é um vínculo de natureza econômica que assegure a pertinência da carga ao mesmo empreendedor que é titular do terminal.

Assim, se a exigência de “*carga própria*” fosse avaliada em vista de critérios jurídicos formais, estaria aberta a oportunidade para os negócios indiretos. Para exemplificar, bastaria um terceiro transferir fiduciariamente a propriedade do bem para o titular do terminal portuário. Outra alternativa seria a constituição de direitos reais limitados (usufruto, por exemplo). Ou haveria a transferência da posse temporária. Existe um grande número de negócios e de institutos jurídicos aptos a produzir efeitos para satisfazer uma exigência legal configurada segundo um modelo puramente formal. Esse é o motivo pelo qual a Lei se valeu de um conceito de conteúdo, antes do que de forma.

Bem por isso, não pode ser aceita a alternativa da integração totalmente acessória e economicamente irrelevante da carga na atividade do operador portuário. Isso ocorre nas hipóteses em que o operador (ou empresa a ele vinculada) assume obrigação sem maior relevância (tal como a atividade de embalagem).

Mas a Lei não conteve disciplina explícita para o uso privativo misto. A omissão não pode significar, como é evidente, que a expressão não teria qualquer sentido normativo e que o terminal poderia ser utilizado para qualquer fim, segundo melhor aprofundasse ao operador. Essa interpretação seria incompatível com as regras basilares da hermenêutica: se a Lei distinguiu terminais privativos de uso exclusivo e terminais privativos de uso misto, é vedado ao intérprete negar a diferenciação<sup>22</sup>.

Pode-se inferir que o terminal de uso privativo misto é aquele que conjuga operações com cargas próprias e com cargas que não o sejam<sup>23</sup>. Essa é a única interpretação que pode ser extraída do dispositivo em questão. A admissão de movimentação de cargas de

---

<sup>22</sup> A não ser que se evidenciasse um defeito redacional – hipótese que não se afigura existir no caso. Parece inquestionável que a redação legal reflete a vontade legislativa de distinguir duas figuras distintas e inconfundíveis.

<sup>23</sup> Não teria cabimento afirmar que no terminal privativo de uso misto haveria a conjugação de operações de movimentação de cargas e de passageiros. Essa interpretação seria incompatível com a própria evolução histórica. Lembre-se que apenas recentemente a redação do art. 4º, § 2º, II, da Lei nº 8.630 foi alterada para incluir as operações com passageiros.

terceiros em terminais de uso privativo apresenta necessariamente um cunho de excepcionalidade. Trata-se de solução anômala.

Logo, a movimentação de carga alheia num terminal de uso privativo propicia uma certa desnaturação da figura. Produz-se atuação aberta a terceiros, sem aquele vínculo de integração empresarial vertical a que se aludira acima. Ora, a admissão ampla e irrestrita da movimentação de cargas não próprias em terminais de uso privativo seria incompatível com a existência de terminais de uso público. Se a vontade legislativa fosse implantar essa solução, outro teria sido o sistema consagrado.

O fundamental para a compreensão do modelo instituído pelas Leis nº 8.630 e 10.233 é que não há a estipulação de concorrência entre os terminais de uso público e os de uso privativo misto. Se fosse esse o modelo pretendido, seria outra a disciplina legal. Quando o legislador pretendeu adotar modelos que combinavam serviços públicos e privados em competição, estabeleceu expressamente essa solução. Os setores de telecomunicações e energia elétrica são exemplos de reformas baseadas nesse conceito.

A faculdade de utilização dos terminais de uso privativo para movimentação de cargas de terceiros é uma exceção relacionada ao aproveitamento econômico da capacidade ociosa dos terminais privativos. Isso não autoriza a frustração da finalidade legal. Não se permite que terminais de uso privativo misto sejam destinados a promover primordialmente a movimentação de cargas de terceiros.

No modelo da legislação vigente, os terminais de uso público são os que se destinam a dar cumprimento às determinações constitucionais atinentes aos serviços portuários. Na essência, os serviços portuários são oferecidos à coletividade como serviços públicos. Isso significa que o Poder Público tem o *dever* de prestá-los de modo adequado e será *responsabilizado* pela sua inadequação. Esse dever e essa responsabilidade têm como contrapartida direitos dos usuários, os quais também são protegidos pelo regime público.

Os arrendatários das instalações de uso público fazem as vezes do Poder Público no desenvolvimento dessa atividade. Prestam o serviço por delegação. Submetem-se a intensa regulação – o que se reflete na garantia dada aos usuários, mas também nos custos diretos e indiretos do prestador. Muitos desses custos relacionam-se com a necessidade de manter estruturas aptas a atender, de modo satisfatório, todos os potenciais usuários interessados. Essa situação é bem descrita por CARLOS AUGUSTO SILVEIRA LOBO em trecho que merece transcrição:

*“O terminal privativo é um verdadeiro estabelecimento da empresa a que pertence e integra sua atividade industrial ou comercial, até porque a finalidade precí-*

*pua do terminal é a movimentação da carga própria, relacionada com o empreendimento. A movimentação de carga de terceiros visa a ocupar a capacidade ociosa do terminal”<sup>24</sup>.*

Desse modo, a movimentação de cargas de terceiros não é um elemento essencial da configuração de um terminal de uso privativo misto. Pressupõe-se que todos os terminais de uso privativo (sejam exclusivos, sejam aqueles mistos) têm a finalidade de *movimentar carga própria*. A diferença apenas é a de que o terminal de uso privativo misto admite, acessoriamente, a movimentação de carga de terceiros.

Portanto, a Lei consagra um sistema de serviços portuários que combina três hipóteses distintas.

A primeira é o oferecimento de serviços públicos portuários, segundo regime de direito público, prestados diretamente pelo Poder Público ou por meio de delegação. A segunda é o “auto-serviço” portuário, em que a movimentação de carga é feita pelo próprio interessado. Esse é o sistema de movimentação de cargas próprias pelos terminais privativos exclusivos ou mistos. Tal como previsto desde a instituição dos terminais privados em 1966, as cargas especializadas que justifiquem esse investimento podem tender a deixar de ser movimentadas pelos portos públicos – que seriam ainda assim imprescindíveis para as cargas gerais. E há uma terceira situação, consistente na movimentação de cargas de terceiros, além de cargas próprias, pelos titulares de terminais privativos mistos.

Desse modo, no modelo de serviços portuários atualmente vigente, não há nenhuma hipótese de pura e simples prestação de serviços portuários privados em favor de terceiros em geral. O que há é a possibilidade de, além de movimentar carga própria, o terminal privativo de uso misto movimentar carga de terceiros.

#### **IX – A disciplina do tema na Resolução ANTAQ nº 517, de 2005**

A matéria foi esclarecida por meio de ato normativo da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, que confirmou a interpretação extraível da Lei acima exposta.

O ato administrativo partiu da premissa de que o desenvolvimento do serviço público portuário – ou seja, das atividades postas à disposição dos interessados em geral, segundo critérios de isonomia, generalidade e continuidade – é reservado primordialmente às instalações portuárias de uso público. Essas são objeto de contratos (adminis-

---

<sup>24</sup> CARLOS AUGUSTO SILVEIRA LOBO, ob. cit., p. 28.

trativos) de arrendamento<sup>25</sup>, o que significa respeito ao princípio da licitação, ao pleno exercício da autoridade regulatória e à submissão do serviço ao regime público. Os critérios de outorga da autorização refletem a concepção de que as instalações portuárias privativas não são vocacionadas para substituir as de uso público.

A Res. nº 517 definiu o terminal de uso privativo misto como a “*instalação, não integrante do patrimônio do porto público, construída ou a ser construída por empresa privada ou entidade pública para a movimentação ou movimentação e armazenagem, além da carga própria, de carga de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário*” (art. 2º, IV).

A noção de *carga própria* foi definida formalmente, no art. 2º, inc. IV, do anexo da Resolução, nos termos seguintes:

*“a que pertença a pessoa jurídica autorizada ou a pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada, na forma do disposto nos arts. 265 a 268 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976”.*

Impôs-se a movimentação da carga própria estimada como dever do autorizado (art. 12, XV). A ausência de realização dessa movimentação submete o sujeito a multa (art. 16, XIV), cumulável com a cassação da autorização (art. 15, *caput*).

## **X – O Decreto Federal nº 6.620/2008**

Posteriormente, a Lei dos Portos foi regulamentada por meio do Decreto Federal nº 6.620/2008. Ali se reiterou, no art. 35, que “As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias: I - movimentação de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo; II - movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto...”.

## **XI – Conclusão**

O tema examinado vem merecendo crescente atenção da sociedade brasileira. O crescimento econômico vem demandando crescentes investimentos no setor portuário.

---

<sup>25</sup> O qual importa, no caso, a outorga de uma concessão de serviço público.



Mais ainda, diversos grupos empresariais (brasileiros e estrangeiros) manifestaram a intenção de implantar portos privados ou terminais privativos de uso misto, destinados à movimentação preponderante de carga de terceiros. As controvérsias foram levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, perante o qual tramita a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 139. O STF terá oportunidade, então, de manifestar-se sobre a modelagem constitucional da disciplina portuária, o que poderá afastar as controvérsias existentes. □



## Concessões de serviços públicos e *project finance*

Egon Bockmann Moreira

### 1. Introdução

Se até alguns anos atrás o Direito Administrativo brasileiro tinha sotaque francês (ato administrativo, contrato administrativo, desvio de poder, serviços públicos, etc.), fato é que, desde a década de 1990, começamos a nos comunicar com forte acento anglo-saxão (contratos *BOT*; *public-private partnership*; *independent agencies*, etc.). Essa racionalidade traz consigo novos desafios, mesmo porque muitas dessas expressões técnicas têm origem não no Direito (como se dava nos tempos do *Conseil d'État* e seus *grands arrêts*), mas sim na prática dos contratos e em projetos de engenharia financeira. Dentre tais desafios, um dos mais marcantes é o *project finance*. Aqui estamos diante de arrojada técnica de financiamento de projetos que exijam elevado aporte de capitais – o que de usual se dá em concessões de serviço público precedidas de obras públicas. Assim, as concessões de serviço público passam a ter como premissa não mais somente as LEIS DE ROLLAND e o Direito Público, mas também – e intensamente – as leis do mundo das finanças e o Direito Empresarial.

Pois essa técnica é cada vez mais implementada em contratos que envolvem *privatizações formais*, em vista a reserva constitucional dos serviços públicos. A Constituição do Brasil atribui ao Estado – União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal – a titularidade do serviço, que pode ser prestado diretamente ou por meio de concessões e permissões (as autorizações são excepcionais).

Operações complexas dessa ordem são necessariamente *taylor made*, uma especiaria cujos benefícios resultam da compreensão global e personalíssima do projeto nela contemplada. Tão especiais que são, não há dois financiamentos dessa ordem idênticos entre si. Também por isso o seu prazo de elaboração é longo – de um a dois anos, no mínimo – e muito caro (da alçada dos milhões de dólares). O *project finance* é adequado

para empreendimentos que se estruturam numa linha de política pública previsível e consistente, com apreciável volume de investimento e que não tenham risco muito elevado<sup>1</sup>. Daí a razão destas breves notas a respeito de alguns dos desafios que povoam o Direito Administrativo contemporâneo.

## 2. O conceito de *project finance*

A tradução literal da expressão inglesa permite de imediato o seu entendimento: *project finance* significa uma espécie de *financiamento de projetos*, em contrapartida ao tradicional custeio direto de empresas (*corporate finance*). A lógica está em que é o projeto que será financiado, não a pessoa. Há portanto a *despersonalização* da relação contratual, que é objetiva ao máximo e, em alguns pontos, chega a se tornar *desmaterializada*. O que está em jogo é o financiamento do projeto decorrente da união contratual entre os parceiros do negócio (não o patrimônio nele imobilizado nem as pessoas nele envolvidas).

Por meio da combinação estratégica de técnicas contratuais e de engenharia financeira, que contemplam a criação de pessoa específica (Sociedade de Propósito Específico – SPE) simultaneamente à implementação de projeto de investimento cuja receita assegurará o pagamento do débito, quem recebe a provisão do capital não é o controlador ou o concessionário, mas o empreendimento ele mesmo. A empresa concessionária é unicamente criada em vista da sua função: presta-se a servir de instrumento ao aporte de recursos que permitirá a gestão do projeto e a obtenção dos lucros. De usual, os direitos emergentes dos contratos e os créditos operacionais futuros são dados em garantia de operações de mútuo.

Essa complexa operação envolve tanto empréstimos de longo prazo e investimento de longa maturação com futuras receitas próprias (e a avaliação de sua rentabilidade) como a criação de múltiplas pessoas jurídicas (e a respectiva divisão de funções) e o aporte de capitais por parte de um grupo de instituições financeiras.

---

<sup>1</sup> V. os dados sobre a experiência brasileira de *project finance* e concessões nas notas abaixo e, em especial, em: A. WALD, L. R. DE MORAES e A. DE M. WALD, *O direito de parceria e a lei de concessões*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 202-220; C. A. BONOMI e O. MALVESSI, *Project finance no Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, pp. 102-387; R. VELLUTINI, *Estruturas de project finance em projetos privados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pp. 39-213. O Tribunal de Contas da União já se deparou com tais contratos e teceu algumas ressalvas (v.g., Relatório de Levantamento de Auditoria 006.653/2002-0, Min. ADYLSO MOTA, DOU 23.6.2003; Pedido de Reexame 006.958/2002-3, Min. MARCOS VILAÇA, DOU 14.7.2006).

### 3. A estrutura e características do projeto: o sistema solar contratual

Como acentua E. SALOMÃO NETO, o *project finance* é o contrato de mútuo com dois traços distintivos básicos: *a)* “sua natureza é a de um mútuo, ou mais freqüentemente promessa de mútuo, com destinação específica”; *b)* “os mutuantes aceitam que em princípio seu crédito deve ser pago com recursos gerados pelo próprio projeto, ao invés de por um tomador de recursos autônomo e preexistente, cujo crédito tenha sido aprovado”. É qualificado como empréstimo sindicalizado (*syndicated loan*), pois envolve “vários bancos que emprestam paralelamente ao mesmo tomador, sendo os vários empréstimos normalmente documentados pelo mesmo instrumento contratual e a atuação dos vários bancos mutuantes coordenada por um banco agente”<sup>2</sup>.

Esse tipo de financiamento é adequado para projetos de longo prazo que exijam aporte maciço de capital e tenham fluxo de caixa passível de avaliação quanto à sua previsibilidade e consistência. Como a sua garantia é a receita interna ao projeto, não provoca repercussão imediata no balanço dos acionistas da SPE. Tem como características: *a)* é próprio para projetos segregados, que valem por si sós (*ring-fenced project*), nos quais se instala uma Sociedade de Propósito Específico (SPE); *b)* há um conjunto de bancos (financiadores), liderados por um deles, que entre si celebram o *credit agreement*; *c)* normalmente se dá em projetos novos e nasce prévia ou simultaneamente a eles; *d)* exige investimento de elevado porte; *e)* tem alto índice de débitos em face do respectivo patrimônio líquido; *f)* não há garantias pessoais dos investidores (ou apenas garantias limitadas); *g)* os financiadores contam com o fluxo de caixa a ser gerado pelo projeto para o pagamento do débito (mais do que o valor dos ativos); *h)* o principal item relativo à segurança dos financiadores está nos contratos fechados pela SPE; *i)* o projeto tem existência finita e predeterminada; *j)* em caso de desvios existe a possibilidade de os financiadores avocarem a execução do projeto (*step-in-right*)<sup>3</sup>.

Há, portanto, a *união de contratos* (ou *contratos coligados* ou *grupo de contratos* ou *rede de contratos* – a depender da qualificação concreta<sup>4-5</sup>), que existe objetivamente

<sup>2</sup> *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 378 e pp. 359-360, respectivamente.

<sup>3</sup> Cf. E. R. YESCOMBE, *Principles of project finance*. Londres: Academic, 2002, pp. 7-9; L. F. X. BORGES e V. C. DE SÁ E FARIA, “*Project finance*”, *Revista do BNDES* 18/247-250. Rio de Janeiro: dez. 2002. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1808.pdf>; P. GONÇALVES, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de justiça administrativa* 64/45-46. Braga: Cejur, jul./ago. 2007.

<sup>4</sup> Sobre os contratos coligados e grupos de contratos, v. P. P. DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 215-222; A. WALD, *Obrigações e contratos*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 245-247; O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 112-117; J. V. L. ENEL, *Project finance*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 281-309.

<sup>5</sup> A Teoria das Redes Contratuais recebeu aportes de R. X. LEONARDO, para quem ela “ressalta não apenas a reunião de contratos voltados para uma determinada finalidade econômica, mas também um nexo siste-

devido à causa e motivos recíprocos que lhes dão existência. A bem dizer, no *project finance* a construção harmoniosa do conjunto de contratos é a peça mais importante; a chave para o bom funcionamento do projeto. “*In project finance, contract is king*”, pontifica P. R. WOOD<sup>6</sup>. No caso das concessões de serviço público, os negócios cuja combinação constitui o *project finance* não merecem ser compreendidos como meros contratos-satélites à SPE que administrará o projeto, mas sim como parte de um sistema solar: conjunto de planetas, satélites e outros fragmentos que orbitam o sol. Cada um desses pactos se mantém autonomamente em sua respectiva órbita em virtude da intensa força gravitacional exercida pelo projeto da concessão, que possui importância muito maior do que a de qualquer outro contrato a ela vinculado.

Tal rede envolve quando menos os seguintes contratos: *a*) concessão de serviço público por longo prazo; *b*) constituição da SPE; *c*) acordo de acionistas; *d*) fornecimento de crédito por parte dos financiadores (bancos comerciais, de fomento e agências multilaterais de crédito); *e*) *credit agreement* entre os financiadores; *f*) construção (empreitada); *g*) fornecimento de equipamentos; *h*) suprimento; *i*) compra do bem ou serviço a ser gerado pelo projeto; *j*) gestão do projeto; *k*) caução dos recebíveis; *l*) securitários<sup>7</sup>. Logo, contempla todo um universo de temas jurídicos. “Nos esquemas de *project finance* – escreve M. J. ESTORNINHO -, (...) entrecruzam-se as mais diversas relações contratuais (relação concedente/concessionária; relação concessionária/entidades sub-contratadas; relação concessionária/entidades financiadoras; relação contratados e outros terceiros/entidades financiadoras) e colocam-se inúmeros problemas cuja solução vai bulir com vários ramos do Direito (Direito Comercial, Direito Bancário, Direito das Obrigações,

---

mático entre esses diversos contratos que acaba por imantizar a atuação de diversos agentes econômicos para a consecução de determinada operação econômica.” (*Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2004, pp. 132-133). E em outro trabalho: “Por meio da teoria das redes contratuais, procura-se ressaltar que em um grupo de dois ou mais contratos – para além da específica relação jurídica que cada um deles engendra -, pode-se constituir uma realidade autônoma, sistemática, proveniente de um conjunto organizado em rede. [...] Os inúmeros contratos envolvidos na rede, nessa perspectiva, seriam apenas elementos de uma mesma e unificada *operação econômica*, dotada apenas de uma *causa sistemática* própria. Para além da função desenvolvida por cada contrato sistematicamente unido, haveria uma função própria à rede, correspondendo à operação econômica unificada que, concretamente, é possibilitada justamente pelo conjunto contratual.” (R. X. LEONARDO, “Redes contratuais: uma contextualização entre empresa e mercado”, *RDPE* 7/231. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2004).

<sup>6</sup> *Project finance, subordinated debt and State loans*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995, p. 13.

<sup>7</sup> Cf. P. R. WOOD, *Project finance, subordinated debt and State loans*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995, pp. 3-6 e pp. 13-18; H. L. BEENHAKKER, *Risk management in project finance and implementation*. Westport: Quorum, 1997, pp. 12-15; E. SALOMÃO NETO, *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 381-400; C. A. BONOMI e O. MALVESSI, *Project finance no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 69-70; G. FIGUEIREDO DIAS, “*Project finance*”, in *IDET – Miscelâneas nº 3*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 141-149; J. V. L. ENEI, *Project finance*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp 310-352.

Direito Administrativo) ”<sup>8</sup>. Enfim, os instrumentos e técnicas exclusivas do Direito Administrativo clássico, fechado no Direito Público que foi um dia, não se prestam a desventurar esta forma de implementação de contratos de concessão de serviço público.

#### 4. Os sujeitos do financiamento

Os grupos de sujeitos de um *project finance* vinculado a concessões de serviço público normalmente são de número elevado: *a*) poder concedente; *b*) SPE (concessionária); *c*) acionistas; *d*) compradores; *e*) financiadores; *f*) operadores; *g*) instituição financeira líder; *h*) fornecedores; *i*) construtores; *j*) seguradoras; *k*) conselheiro financeiro; *l*) engenheiro independente; *m*) agente fiduciário; e *n*) assessoria jurídica<sup>9</sup>. Em maior ou menor medida, entre todos esses participantes há repartição dos riscos do sucesso (ou do fracasso) do empreendimento, com respectiva atribuição dos graus de responsabilidade e das ações e reações a ser previstas e implementadas.

Aqui aos bancos é atribuído papel mais decisivo: uma vez que assumem riscos íntimos à gestão do negócio, eles mantêm a reserva quanto à participação na elaboração do projeto e nas decisões-chave do empreendimento (instrumentalizada por meio de *golden share*; *step-in-right*, etc.). Devido à sua importância nas concessões, a *golden share* – doravante “ação de classe especial” – e o *step-in-right* merecem tratamento à parte.

#### 5. Sujeitos do contrato, ações de classe especial e alterações do poder de controle

A ação de classe especial é a reserva de parcela do poder de controle de determinada sociedade anônima, atribuída ao sócio minoritário com a finalidade de intervir em determinadas decisões-chave a ser implementadas pela companhia (usualmente por meio do veto e/ou eleição de administradores). Diz respeito a aspectos específicos do poder de controle técnico e administrativo cujo exercício é condicionado à anuência do acionista minoritário (expressa ou tácita – esta desde que a ele formalmente submetida em prazo adequado). O estatuto atribui ao acionista minoritário a titularidade de número limitado de relevantes direitos de sócio, quais sejam o de eleger alguns dos (ou todos os) administradores e/ou exercitar o veto em restritas e estratégicas deliberações sociais.

<sup>8</sup> “Concessão de serviço público – que futuro?”, in J. L. M. LÓPEZ-MUÑIZ e F. DE QUADROS, *Direito e justiça: VI colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*. Lisboa: Univ. Católica Ed., 2005, pp. 22-23.

<sup>9</sup> Cf. L. F. X. BORGES e V. C. DE SÁ E FARIA, “*Project finance*”, *Revista do BNDES* 18/250-252. Rio de Janeiro: dez. 2002. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1808.pdf>; G. FIGUEIREDO DIAS, “*Project finance*”, in *IDET – Miscelâneas n.º 3*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 129-133.

Será mais eficiente o estabelecimento de cláusula estatutária que preveja expressamente *quais direitos* são reservados ao acionista titular da ação de classe especial; *quem será* esse acionista e por meio de qual pessoa ou órgão exercitará seus poderes; *como dar-se-á* o exercício de tais direitos; *quais atos societários* exigem-no como requisito de perfeição, validade e eficácia. Claro que essa latitude de poderes é fácil de ser compreendida numa companhia privada – mas deve ser encarada de forma muitíssimo mais restrita em termos de companhias despublicizadas e demais empreendimentos submetidos à técnica concessionária.

No que diz respeito ao Poder Público, as ações de classe especial referem-se prioritariamente às *privatizações substanciais*<sup>10</sup>. Neste caso, o ente público transfere à iniciativa privada o poder de controle do empreendimento e simultaneamente retém para si a ação que lhe assegura o direito de tutela de algumas das decisões societárias. O empreendimento passa a ser de titularidade privada, mas há reserva pública quanto a específicas decisões. Como leciona C. SALOMÃO FILHO, nestes casos “das ações preferenciais de classe especial emitidas quando de processos de privatização, o interesse é o público em setor estratégico desestatizado. A ação de classe especial é nesse momento um útil mecanismo regulatório-societário. Acrescenta instrumento societário à disciplina regulatória, permitindo uma co-participação do interesse público na definição dos rumos da empresa”<sup>11</sup>. O mesmo se diga ao reverso dessa hipótese: casos em que a Administração vende parcela restrita do capital social da companhia, mas assegura ao acionista minoritário privado o poder de decisão em algumas questões-chave (de usual, competência técnica e/ou de administração).

Caso a ação de classe especial importe a titularidade de parcela significativa do poder de controle, quando menos duas peculiaridades surgem no setor de concessões de serviços públicos brasileiros. A primeira delas diz respeito à transferência dessa ação, quando detida por sócio privado – se ela estará submetida (ou não) à prévia aprovação do concedente. A resposta é dependente da configuração do estatuto societário, combinada com a natureza (ou não) *intuitu personae* da cláusula e a dimensão dos poderes oriun-

<sup>10</sup> Mas nada impede que também se dê nas *privatizações formais* (concessão, permissão e autorização na Ordem Jurídica brasileira, em que o Estado persiste como titular do serviço público), apesar de muitas vezes supérflua em vista os poderes naturalmente detidos pelo concedente.

<sup>11</sup> F. C. COMPARATO e C. SALOMÃO FILHO, *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 100 (nota de texto 18 – v. também a nota de texto 11, pp. 76-79). Aprofundar em M. CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1º vol. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 163-166; L. R. de MORAES. “Ações de classe especial”. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 22/129-155. São Paulo: RT, out./dez. 2003; N. C. RODRIGUES, “Golden shares”: *as empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto acionista minoritário*. Coimbra: Coimbra ed., 2004, *passim*.



dos da ação de classe especial detida pelo acionista retirante. Cada um dos três ângulos de investigação tem relevância própria e pode determinar a necessidade (ou não) da prévia aprovação do concedente para a transmissão da ação de classe especial.

A segunda aplica-se com exclusividade às instituições bancárias porventura detentoras de ação dessa ordem. Como alerta E. SALOMÃO NETO, no Brasil os bancos não podem controlar as empresas às quais concedam empréstimos. Ora, de usual os bancos ingressam no empreendimento concessionário na condição de sócios capitalistas (agregam ao projeto o montante necessário para a sua formação). Porém, é de todo possível que, para além disso, o banco-sócio minoritário realize contratos de mútuo com o concessionário.

Outro detalhe que surge com força no *project finance* é o *step-in-right*: o direito de ingresso do financiador na direção da SPE, caso haja descumprimento desta na execução do contrato que importe a sua fragilidade financeira (e o elevado risco de inadimplimento). A rigor, trata-se de garantia dos financiadores, a ser implementada pela instituição financeira líder, que assumirá por prazo certo o poder de controle, suprimirá os desvios e promoverá a instalação de novo dirigente na SPE. O objeto principal há-de ser a preservação do projeto concessionário, por isso que se exige a supervisão por parte do poder concedente.

Porém, tais preocupações podem esbarrar num mito celebrado pela doutrina de Direito Administrativo brasileiro: o de que os contratos administrativos (dentre os quais os de concessão) são celebrados *intuitu personae*. Ora, a qualificação de um contrato como *personalíssimo* tem origem no Direito Privado e é associada a negócios como o mandato, a execução de obra de arte, a sociedade limitada, o atendimento médico, etc.<sup>12</sup>. A idéia central está em que tais contratos geralmente dão origem a “uma *obrigação de fazer*, cujo objeto é um serviço *infungível*, isto é, que não pode ser executado por outra pessoa, ou porque só aquela seja capaz de prestá-lo, ou porque à outra parte interessa que seja executado tão-somente por ela”<sup>13</sup>. Porém, é nítido que tal concepção tem inci-

<sup>12</sup> A natureza do contrato de empreitada gerou amplas discussões no Brasil. Há tempos, o tema dizia respeito ao contrato civil firmado com o empreiteiro pessoa física: aquele profissional com aptidões especiais para a execução da obra; instalando-se o problema da *sucessão* do empreiteiro em decorrência da sua morte. Discussão afastada pelo artigo 626 do Código Civil de 2002, que traduz ser o contrato *intuitu personae* uma exceção na empreitada (“Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.”). Sobre o debate, v. O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 89-90 e 330-339; C. M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. III, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 221-229; G. TEPEDINO, H. H. BARBOZA e M. C. B. DE MORAES, *Código Civil interpretado*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 344-345 e 381-382; T. A. LOPEZ, *Comentários ao código civil*, vol. 7 (coord. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 334-337.

<sup>13</sup> O. GOMES, *Contratos*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 89.

dência restritíssima nos contratos administrativos brasileiros – que, de regra, devem se submeter a prévio e isonômico processo de concorrência pública (licitação).

Afinal, se há mais de uma pessoa apta a contratar, executar as obras e prestar os serviços com a mesma qualidade e eficiência, como se falar em contratação personalíssima? Mais do que isso: se houve pessoa qualificada técnica, operacional e economicamente, mas que perdeu a licitação devido ao preço ofertado, como se opor óbices personalíssimos à assunção do projeto concessionário? E o que é pior: se essa pessoa é um consórcio de empresas ou uma SPE, como resolver o problema?

Ao que se infere, esta concepção brasileira tem como causa remota o Direito Administrativo francês (como tantas outras em sede de serviços públicos). Como anota C. T. KUBRUSLY, “a caracterização do contrato de concessão como *intuitu personae* tem origem em países como a França, onde a seleção do particular para execução do serviço se dava de forma discricionária, permitindo que o Estado se vinculasse a aspectos subjetivos do selecionado”<sup>14</sup>. Até a edição da *Loi Sapin*, de 29 de janeiro de 1993, a escolha do concessionário era discricionária, sem qualquer procedimento prévio, e recaía em pessoa da confiança da autoridade administrativa responsável. Como sintetiza R. CHAPUS, “porque a gestão do serviço público é confiada a uma pessoa (física ou jurídica) que será como um *parceiro* da administração, aplica-se o princípio segundo o qual a escolha do *parceiro* é uma livre escolha, feita *intuitu personae*”<sup>15</sup>. Assim, a qualificação de personalíssima do contrato de concessão frente ao Direito francês tinha a sua razão de ser. A escolha era livre; logo, personalíssima – premissas que não têm guarida no Direito brasileiro das concessões de serviço público.

Afinal de contas, para que a concessão se caracterizasse como *intuitu personae*, seria necessária a conjugação de: *a*) uma relação causal absoluta, previamente definida, entre a pessoa do contratado e o serviço a ser prestado; *b*) a impossibilidade legal e contratual de subconcessão; *c*) a impossibilidade legal e contratual de alterações societárias significativas (máxime as que atingem o poder de controle do concessionário). Pois bem, estes três requisitos são antitéticos a dispositivos expressos e implícitos da Lei Geral de Con-

---

<sup>14</sup> “Modificações subjetivas nos contratos de concessão”, *RDPE* 6/228. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004. A respeito do assunto, C. PADRÓS REIG traça as exceções fáticas quanto à execução do contrato de concessão pelo adjudicatário, tais como a subcontratação, a cessão de contratos e as operações societárias, pondo em xeque a ortodoxia administrativa quanto à alteração subjetiva dos contratos (“Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa e realidad práctica”, *REDA* 135/459-503. Madri: Civitas, jul./set. 2007).

<sup>15</sup> *Droit administratif général*, t. 1, 12<sup>a</sup> ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 579 – tradução livre.

cessões brasileira (Lei 8.987/1995: basta a leitura dos artigos 26 e 27 para se constatar que é válida a subconcessão e a alteração do poder de controle).

Enfim, como se conviver com o paradoxo de um contrato *intuitu personae* celebrado na maioria das vezes com uma *societate anônima*? Qual a justificativa para qualificar de personalíssimo um negócio jurídico firmado com uma empresa que possui como uma de suas principais características o fato de ser *intuitu pecuniae*? “Ao contrário do que ocorre com as demais sociedades empresárias, a companhia é uma sociedade de capital – o que significa que é o interesse em aplicar recursos para o empreendimento comum que atrai o ingresso de acionistas (sócios) no seu contrato social”<sup>16</sup>. Ora, a sociedade anônima tem justamente o perfil institucional de uma empresa que existe e desenvolve sua atividade de forma alheia à pessoa do acionista. Essa é a sua razão de existir, pois o que se pretende é justamente dissociar a estrutura empresarial de qualquer qualificação personalíssima. Como a pessoa do acionista é um dado secundário, mesmo nas companhias fechadas a Lei de S.A. estatui que a restrição à circulação de ações deve ser interpretada restritivamente (Lei 6.404/1976, artigo 36).

Assim, tudo indica que perdeu consistência a defesa da tese de que os contratos administrativos brasileiros – sobretudo o de concessão de serviços públicos – são personalíssimos. Por isso a necessidade de um rápido olhar na SPE como concessionária.

## 6. A SPE como concessionária de serviço público

Para o *project finance*, a constituição da SPE é essencial. Ela figurará como a concessionária de serviço público, no pólo prestador do contrato. Por meio dela o projeto será isolado de quaisquer outros desenvolvidos pelos participantes e nela será administrado o fluxo de caixa do empreendimento. A SPE desenvolverá de forma autônoma (mas não independente) o projeto ele mesmo, responsabilizando-se pelos ativos, débitos (e respectivos pagamentos) e relacionando-se diretamente com todos os grupos de sujeitos que lhe dizem respeito (além dos usuários reais e potenciais).

As garantias do *project finance* são precipuamente aquelas relativas aos ativos do projeto, os quais espelham a sua rentabilidade (o que mitiga mas não exclui a possibilidade de garantias dos responsáveis pelo projeto – no caso, os acionistas da SPE concessionária). O contrato de financiamento deixa portanto de ter a tradicional característica *subjetiva* que a ele desde sempre esteve associada (a pessoa-investidora como a razão sufi-

<sup>16</sup> A. A. GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*. São Paulo: RT, 2007, p. 408.

ciente para que o mútuo seja celebrado) e assume nota puramente *objetiva* (o investimento *lui même* como razão e garantia do empréstimo).

Constatação que contamina um dos pólos do contrato de concessão, justamente aquele ocupado pelo concessionário. A *despersonalização contratual* é forte demais para passar despercebida. Está-se diante de um projeto concessionário e de seu respectivo financiamento. Financia-se o empreendimento, não os empreendedores. Por isso que são primariamente as qualidades objetivas do projeto que permitem a sua implementação, não os atributos das pessoas que o concebem e administram (embora este dado não seja desprezável). Por isso também que se esvai em pó a compreensão pretérita quanto à “pessoa” do concessionário – este não mais tem qualquer conteúdo material, não é um sujeito, mas um projeto.

Nas concessões comuns brasileiras, a receita pode envolver a tarifa, as verbas alternativas, acessórias e complementares, bem como os projetos associados (são projetos auto-sustentáveis). Mas o que delas não pode constar de partida são os subsídios: desde a edição da Lei 11.079/2004, as subvenções públicas são exclusivas das concessões patrocinada e administrativa. Logo, é inválido o comprometimento pecuniário por parte do Poder Público nas concessões comuns e essa receita não integrará o *project finance*.

## 7. Considerações finais

Estas breves notas a propósito do *project finance* – na verdade mais uma das técnicas de financiamento e implementação de obras e serviços públicos – visam a trazer alguns alertas e a instalar várias provocações. O primeiro deles é o mais óbvio: não se pode compreender o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo à luz das grandes máximas do serviço público francês do início do século XX. Esse serviço público clássico, o “pai de todos os serviços públicos”, tem valor eterno em seu particular campo de aplicação (hoje bem mais restrito), e não tem porque ser substituído nesses domínios. Porém, fato é que há novos desafios a ser enfrentados – dentre eles esse sistema solar denominado de *project finance*, cuja compreensão é essencial para a análise de alguns contratos de serviço público contemporâneos. □

**Democracia, meios de comunicação social e internet\***

Alexandre Ditzel Faraco

**1. Introdução**

O presente texto busca avaliar se as novas formas de organização, produção e difusão de informações com base na Internet são capazes de desempenhar as mesmas funções dos meios tradicionais de comunicação social (rádio, televisão e impressos) na organização dos espaços de exercício da democracia.

Em sua primeira parte, o texto pretende aprofundar a noção quase intuitiva de que uma democracia implica a existência de um espaço público no qual os cidadãos poderão efetivamente participar do processo político. Para tanto, parte-se da idéia de que um regime democrático não se caracteriza apenas pela realização de eleições periódicas. Envolve, primordialmente, a possibilidade de os cidadãos participarem do processo de exercício e controle do poder político em outros níveis. Essa participação se traduz, em termos ideais, na existência de um espaço público de debate, integrado potencialmente por todos os cidadãos (e não apenas pelos ocupantes eleitos para certos cargos).

Em sociedades com maior grau de complexidade, as relações nesse espaço público serão mediadas por certos agentes, caracteristicamente os meios de comunicação social de massa (rádio, televisão e impressos). A interação política, salvo situações excepcionais, ocorre entre pessoas que não se conhecem, não mantêm um diálogo em tempo real e, em geral, não possuem outro vínculo além da mesma cidadania. Os meios de comunicação social é que criam um referencial comum em relação ao qual se pode idealizar a existência de um debate. É principalmente através deles que vozes, opiniões e visões de mundo podem pretender ultrapassar os estreitos limites da realidade na qual cada indivíduo se encontra. A segunda parte do texto procurará descrever esse papel dos meios de

---

\* Este trabalho foi apresentado no “PROCAD/Colóquio sobre Sociedade da Informação: Democracia, Desenvolvimento e Inclusão Tecnológica”, no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, no dia 22 de outubro de 2009.

comunicação social, o qual pode ser compreendido a partir das noções de “verificação”, “filtragem” e “construção de um referencial público comum”.

O texto avalia, então, se essas três funções são desempenhadas pelas novas formas de organização, produção e difusão de informações com base na Internet. Analisa modos coletivos de produção e organização de informações que emergem na Internet, baseados em processos editoriais não hierárquicos, que indicam possibilidades inovadoras de desempenho das funções de “verificação” e “filtragem”. Num segundo momento, observa o caráter ainda secundário dessas formas de produção e organização de informações. A partir de uma análise dos padrões de uso da Internet constata que os meios tradicionais de comunicação social ainda são centrais à “construção de um referencial público comum”, desempenhando uma função de síntese que não encontra paralelo na Internet.

## 2. Espectros da democracia

Na segunda metade do século passado, houve uma rápida expansão da democracia, não apenas como um conjunto de práticas concretas de governo nos mais diversos países, mas como ideal de legitimação do exercício do poder político (DAHL, 2000, p. 8). O discurso democrático tornou-se tão forte enquanto ideal que mesmo governos autoritários recorrem a simulacros de eleições com a pretensão de alcançar maior legitimidade (pelo menos diante da comunidade internacional).

Em sociedades que deixaram de ter um referencial externo ao político que pudesse justificar o exercício do poder (como o direito natural ou um sistema religioso uniforme), é compreensível que a fonte de legitimação passe a ser buscada nos próprios processos que conduzem, ou estão em algum nível relacionados, à edição de normas cogentes cuja eficácia é garantida a partir do emprego do aparato estatal. Não há, porém, uma explicação única quanto à razão dessa legitimidade poder ser relacionada à democracia, nem tampouco quanto às condições para sua existência.

Numa perspectiva elitista, que se desenvolveu sob a sombra da expansão das experiências totalitárias do último século, a democracia seria essencialmente uma forma de escolha dos integrantes dos governos a partir de uma disputa entre elites políticas, decidida pelo voto do eleitorado. Essa é a conhecida formulação desenvolvida por Schumpeter (1947), que, praticamente, reduz o papel político do cidadão ao ato de votar em eleições periódicas (e traduz um ceticismo quanto à racionalidade de um maior envolvimento da população no processo de governo). Preocupado em desenvolver um conceito puramente procedimental e desvinculado de qualquer escolha prévia quanto a valores substantivos, o autor admite, inclusive, a possibilidade de tratar como democráticos os regimes onde

essa “concorrência” por cargos públicos não é equilibrada, mas distorcida por circunstâncias que beneficiam determinado grupo ou indivíduo (1947, p. 271).

A recusa de Schumpeter a atribuir qualquer relevância a noções abstratas como “vontade do povo”, “vontade geral” ou “soberania popular” conduz à sua visão restrita quanto às condições de existência da democracia, a qual pretende criticar idealizações que, ou exigiriam arranjos institucionais impraticáveis, ou simplesmente ignorariam a realidade do processo político. Sob esse enfoque, a questão da legitimidade acaba por ser circunscrita à pretensão de que a mudança cíclica da elite que ocupa as posições de poder, propiciada pelo processo eleitoral, seria um mecanismo apto a conter a formação de regimes autoritários. Tal questão estaria, portanto, dissociada da idéia de participação do povo na condução do processo político ao qual está submetido, ou da possibilidade de identidade entre o resultado do exercício do poder político e um querer comum a todos os cidadãos (i.e., um bem comum a todos).

A visão elitista enfatiza, ainda, a idéia de que as elites governantes agiriam primariamente em seu próprio interesse (i.e., visando manter o poder) e não na busca desinteressada de bens coletivos. Esse enfoque teve influência significativa na formulação das chamadas teorias “econômicas” da democracia. Autores como Downs (1957) observaram não haver razão para imaginar que a motivação do agir do indivíduo no âmbito privado (i.e., nas suas relações econômicas no mercado) seria diversa da motivação inerente à atuação dos governantes e dos eleitores. Conseqüentemente, os processos políticos poderiam ser melhor compreendidos a partir de uma analogia com o mercado, em que os participantes estariam racionalmente buscando promover o seu interesse privado. Assim, os partidos políticos e os indivíduos no governo sempre agiriam de forma a maximizar o número de votos que alcançariam. Por seu turno, os eleitores decidiriam como votar com base numa comparação entre a utilidade que receberiam em decorrência da implementação, ou não, de uma política pública ou de um programa de governo.

O objetivo declarado de Downs (1957, p. 136) é oferecer uma teoria positiva (i.e., descritiva) do funcionamento da democracia, que permita explicar o seu funcionamento real a partir da análise de fatores que seriam obscurecidos por visões idealistas formuladas num plano puramente normativo. Seria de fato errôneo simplesmente pretender ignorar esse tipo de abordagem e adotar uma idealização excessiva das motivações pelas quais as pessoas atuam no âmbito público. Embora o funcionamento estável de um sistema político dependa de certas virtudes cívicas de seus cidadãos, o desenho de instituições democráticas não pode ignorar que, na ausência de limites apropriados à ação do governante, o poder político que ele detém muitas vezes será usado em seu exclusivo interesse privado.

Por outro lado, as abordagens econômicas da democracia deixam em aberto a questão da legitimidade desse sistema político e, no plano normativo, tendem a derivar apenas propostas de reformulação dos processos eleitorais e do funcionamento dos órgãos legislativos colegiados. Quando alguma tentativa de justificação da democracia é oferecida, acaba por ser limitada à noção utilitarista de que, numa sociedade que pretenda atribuir igual peso às preferências individuais de seus cidadãos, o princípio majoritário deve ser adotado porque refletirá o atendimento ao maior número dessas preferências (DOWNS, 1961, p. 192). É evidente o baixo potencial de legitimação de um princípio majoritário concebido estritamente nesses termos, que justificaria às minorias a necessidade de observar uma determinada norma apenas porque isso seria mais satisfatório à maioria<sup>1</sup>.

Quando há na teoria política e constitucional uma preocupação de enfrentar a questão de existir ou não algum valor intrínseco à democracia, apto a legitimar o exercício do poder, a resposta tende atualmente a ser formulada a partir da atribuição de um significado mais concreto à noção de governo pelo povo (i.e., pelos próprios sujeitos do exercício do poder). Isso pode ser construído a partir de uma variedade de fundamentos e conduzir a propostas institucionais muito diversas. Há, porém, um ponto comum relevante a ser destacado para os propósitos do presente trabalho, que pode ser sintetizado na idéia de que é central, para qualquer noção de democracia, a possibilidade de o cidadão influir no processo político de outras formas que não sejam limitadas ao ato de votar.

Dworkin (2000 e 2006), por exemplo, que se insere na tradição do pensamento político liberal, preocupado em limitar a possibilidade de o poder estatal interferir na autonomia privada do indivíduo, enfatiza a circunstância de que uma maioria só pode pretender que a minoria respeite determinada decisão se todos os cidadãos puderam participar como iguais na sua formulação (2000, p. 363; 2006, p. 134). Essa participação não se resume ao papel de “juízes” de disputas políticas, que expressam seu veredito por meio de eleições e referendos. Ela compreende, também, a efetiva participação do cidadão no processo político (como candidato ou apoiador desse), de forma que sua ação possa, por diferentes caminhos, auxiliar a definir a “opinião pública” e determinar como os demais irão votar (2000, p. 357).

Esse segundo papel parece estar diretamente relacionado a uma das dimensões de sua concepção de democracia, chamada pelo autor de “discurso democrático”. Dworkin (2000, p. 368) observa que os indivíduos precisam interagir para poder deliberar sobre

---

<sup>1</sup> Para uma análise mais detalhada da limitação do princípio majoritário enquanto fonte de justificação do exercício do poder político, cf. Dworkin (1996 e 2000). Cabe notar que esse autor também analisa e critica outras formulações do princípio majoritário mais sofisticadas e que serão, para os propósitos da análise que segue, em alguns pontos aproximadas à sua própria visão de democracia.



como agir coletivamente. Essa deliberação deve estar centrada em razões a favor e contra determinada ação coletiva (i.e., pautada numa discussão racional que caracteriza o “discurso democrático”), de forma que os cidadãos que sejam vencidos ao final do processo político possam compreender que, pelo menos, tiveram a oportunidade de convencer os outros, mas que falharam nisso (e não foram simplesmente suplantados por uma maioria).

A possibilidade de participar e influir efetivamente na formação da opinião pública e no resultado das eleições é central para que, nessa perspectiva, um regime democrático possa ter uma pretensão de legitimidade que não seja apenas uma derivação do princípio majoritário. Em outras palavras, um indivíduo só pode ser moralmente coagido a observar uma norma com a qual não concorda se foi tratado com igual consideração em relação aos demais no processo que leva à sua formulação, tendo oportunidade de efetivamente participar de uma deliberação pautada em argumentos racionais.

A ênfase de Dworkin no “discurso democrático” e na possibilidade de efetiva participação dos cidadãos aparece também como elemento central no pensamento de autores que derivam as condições de legitimação de uma democracia da existência de um processo deliberativo aberto. Uma democracia deliberativa se funda na visão de que a deliberação entre os participantes do processo político pode auxiliar a formar as preferências e posições individuais (à medida que o indivíduo é confrontado com opiniões distintas e amplia o nível de informação que possui),<sup>2</sup> e, ao mesmo tempo, legitimar a escolha feita com base no princípio majoritário, pois ele não será apenas a imposição arbitrária da vontade da maioria, mas o resultado de um diálogo no qual cada participante teve a oportunidade de oferecer aos demais justificativas racionais para a prevalência de sua posição (MANIN, 1987, p. 351). Para outros autores, ainda, por meio da discussão e do diálogo inerentes ao processo deliberativo, os cidadãos poderiam ultrapassar o âmbito de seus interesses privados e identificar preferências que corresponderiam a um bem comum (o que, em certas circunstâncias, implica recuperar a confiança no poder de um debate racional para definir escolhas envolvendo valores, as quais não teriam apenas um caráter subjetivo vinculado às preferências de cada indivíduo)<sup>3</sup>.

Esse ideal de democracia deliberativa conduzirá necessariamente à necessidade de se identificar formas de inclusão efetiva dos cidadãos no processo deliberativo, tal como a

---

<sup>2</sup> Este ponto claramente se contrapõe às noções econômicas de democracia ou a qualquer outra que pretenda que os indivíduos iniciam sua participação no processo político com um conjunto de preferências já determinadas, ignorando que tais preferências podem ser o resultado da própria participação no processo político. Sobre a contraposição entre essas duas perspectivas, cf. também Sunstein (1985, p. 31 e ss.).

<sup>3</sup> Para uma descrição dessa posição, cf. Sunstein (1985, p. 31 e ss.).

afirmação da liberdade de expressão e de imprensa para além do mero exercício da autonomia individual, a discussão do acesso aos meios de comunicação social e a criação de espaços nos quais a deliberação possa ocorrer sem necessariamente estar vinculada aos órgãos estatais que concentram o exercício do poder político. Nesse sentido, ganharam notoriedade os experimentos de Fishkin, com o que ele convencionou chamar de *Deliberative Polling*. Nesses experimentos, um conjunto de pessoas escolhidas aleatoriamente é inquirido sobre determinadas questões de interesse público. Em seguida, os participantes são convidados a se reunir por um ou alguns dias num mesmo local, no qual poderão ter acesso a informações sobre as diversas posições concernentes aos temas sobre os quais foram questionados, assim como discutir e participar de debates. O objetivo não é tentar criar algum consenso, mas avaliar a modificação na opinião das pessoas antes e após participarem do experimento. Segundo Fishkin et al. (2000, p. 662), mudanças de opiniões significativas ocorrem após cada experimento, o que sugere que as pessoas têm melhores condições de avaliar uma questão (ou pelo menos formar sua preferência) após participarem de um processo deliberativo.

Mais concretamente, Fishkin et al. (2000, p. 665) sugerem que *Deliberative Pollings* poderiam ser utilizados pelos formuladores de políticas públicas e governantes como uma medida mais precisa para captar a posição dos cidadãos quanto a determinados temas do que meras pesquisas de opinião (as quais não consideram a falta de informação dos entrevistados com relação aos assuntos sobre os quais são perguntados). Em outras palavras, essas pessoas seriam representativas de uma “opinião pública informada”, a qual deveria ter mais peso no processo político do que os resultados de uma pesquisa de opinião feita nos moldes tradicionais. A difusão de parte das discussões realizadas entre os participantes pela televisão, em horários de maior audiência, também poderia ampliar o seu impacto, permitindo que diversos outros cidadãos obtivessem maior informação sobre as questões discutidas. Fishkin e Ackerman (2002) chegaram a estender a idéia a uma sugestão quase utópica: a de que, antes das eleições, todos os eleitores pudessem ter a oportunidade de se reunir para participar de um processo deliberativo sobre os principais temas discutidos na campanha.

A possibilidade de existência de um espaço não estatal de deliberação racional, aberto a todos os cidadãos, é fundamental à concepção de democracia formulada por Habermas (1996). A complexa construção teórica desse autor é desenvolvida em torno da existência de uma “esfera pública”, na qual os integrantes da sociedade civil podem agir de forma “comunicativa”,<sup>4</sup> visando a influenciar os processos políticos institucionalizados<sup>5</sup>. O fluxo

---

<sup>4</sup> A “ação comunicativa” na perspectiva de Habermas (1996, p. 18 e ss.) caracteriza-se pela interação entre duas ou mais pessoas, na qual elas buscam alcançar um entendimento comum sobre algo no mundo (e não

de comunicação entre os processos de formação da opinião pública nesse âmbito não estatal, as eleições e as decisões legislativas, permite que a influência e o “poder comunicativo” gerados na esfera pública se transformem por meio da legislação em “poder administrativo” (i.e., estatal). Como o poder comunicativo deriva de um debate não coercitivo, mas racional (não deriva da força, mas do melhor argumento numa discussão racional), há um elemento de legitimidade que se forma na esfera pública e pode ser transposto para o âmbito do poder político.

Nessa perspectiva, a dinâmica da democracia não está centralizada nos órgãos estatais (administrativos ou legislativos), nem apenas no processo eleitoral, mas engloba também o processo de formação de opinião e vontade na esfera pública. Conseqüentemente, uma esfera pública que não seja aberta à participação de todos e não ofereça condições para uma ação comunicativa gerará problemas de legitimação do poder político. O trabalho de Habermas enfatiza expressamente a existência de práticas e interações entre os cidadãos que independem das práticas de poder institucionalizado como fator de legitimação desse, o que, por vezes, aparece de forma apenas implícita ou secundária em outras concepções de democracia deliberativa.

Fora do âmbito desse debate centrado na realidade de países desenvolvidos, a ampliação da participação dos cidadãos nos processos políticos tem sido destacada como necessária para a inclusão social de grupos menos favorecidos ou sujeitos a alguma espécie de discriminação. Aqui não se enfatiza apenas a maior utilização de mecanismos tradicionais de democracia direta como plebiscitos, referendos e leis de iniciativa popular, mas a construção de novas formas de participação, como os orçamentos participativos, nas quais os cidadãos possam atuar de forma concreta na decisão sobre como serão distribuídos os recursos públicos entre as diversas demandas existentes (assim como acompanhar e fiscalizar sua aplicação). A prática dos orçamentos participativos permite não apenas transferir poder de decisão do governo para os cidadãos, mas faz com que esses, a partir de um debate entre as partes diretamente afetadas, possam compreender as múltiplas

---

impor de forma coercitiva uma determinada visão de mundo). Implica, portanto, num uso da linguagem orientado a este mútuo entendimento, no qual os participantes buscam alcançar uma validade intersubjetiva para suas asserções a partir do oferecimento de justificativas racionais para defender suas posições dos questionamentos e críticas formulados pelos que discordam delas.

<sup>5</sup> O que o autor denomina de esfera pública é o âmbito da vida social, em princípio aberto a todos os cidadãos, em que uma “opinião pública” pode ser formada, englobando qualquer interação em que indivíduos privados se reúnem para formar um “público” (1989, p. 231). A “esfera pública” apresenta um caráter descentralizado e, em certa medida, espontâneo. É concebida por Habermas como uma rede difusa pela qual é possível comunicar informações e pontos de vista. Esse fluxo de comunicação será filtrado e sintetizado de forma a gerar opiniões públicas específicas e identificáveis (1996, p. 360).

carências que afetam a cidade em que vivem, de forma a definir prioridades na aplicação de um orçamento público limitado<sup>6</sup>.

É evidente que os autores citados nos últimos parágrafos assumem concepções bastante específicas de democracia. Como dito, porém, é possível buscar um elemento comum nessas diferentes visões. Trata-se da percepção de que a ação pública do cidadão não está circunscrita ao ato de votar e que uma democracia não se esgota na escolha pelo voto de certos representantes ou políticas (e no exercício do poder por pessoas escolhidas dessa forma). Em maior ou menor medida, essas diversas perspectivas atribuem um papel mais relevante ao cidadão e à atuação cívica que ocorre fora do âmbito específico dos órgãos em que está concentrado o poder político.

De um lado, enfatiza-se que o debate democrático não está circunscrito aos parlamentos, mas também abrange um conjunto de práticas e interações pelas quais os cidadãos procuram influir na formação da opinião pública ou nos resultados dos processos eleitorais. Há, portanto, um espaço de atuação pública para além da esfera estatal. De outro lado, a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos não fica limitada ao momento das eleições, mas pode ser exercida por outros mecanismos de pressão e influência, que também se baseiam em práticas e interações independentes do poder político institucionalizado.

Em suma, um regime democrático não é caracterizado apenas pela possibilidade de os cidadãos elegerem com alguma frequência os principais integrantes dos poderes legislativo e executivo. Ele envolve fundamentalmente, também, a possibilidade de participação no processo político em outro nível: no debate e avaliação crítica das opções possíveis de políticas públicas a serem implementadas ou daquelas efetivamente implementadas pelos legisladores e governantes. As próprias eleições não podem ser dissociadas desse contexto, pois só servirão de instrumento de responsabilização dos ocupantes de cargos públicos pelos seus atos se os eleitores tiverem algum nível de informação e opinião sobre eles. O processo eleitoral não é, conseqüentemente, apenas um arranjo institucional para solucionar o problema de como escolher os governantes (como uma alternativa a outros métodos, como a sucessão hereditária). Ele é, na realidade, um dos componentes de uma forma de organização do poder político que, potencialmente, permite aos cidadãos uma participação mais efetiva no modo de governo da comunidade em que vivem.

---

<sup>6</sup> Para uma descrição das experiências com orçamentos participativos em nível local no Brasil, cf. Santos (2002, p. 455-559); também Avritzer (2002, p. 561-597). Para uma discussão sobre as possibilidades da democracia direta participativa, cf. Barber (1984).

Uma democracia compreende, portanto, a existência de um espaço público, não controlado pelo governo, no qual essa participação possa se desenvolver (i.e., um espaço no qual os cidadãos possam interagir e dialogar). Nas democracias contemporâneas, isso remete aos meios de comunicação social de massa, os quais são necessários para viabilizar algum nível de interação entre cidadãos que não possuem vínculos diretos de convivência (embora, por outro lado, possam concentrar um poder que limita a própria dinâmica democrática assim concebida).

### 3. Democracia e meios de comunicação social

O tópico anterior destacou que a existência de um espaço público de diálogo e interação entre os cidadãos é inerente a concepções de democracia que se afastam de perspectivas elitistas ou focadas exclusivamente no funcionamento do processo eleitoral. Numa situação hipotética ideal, na qual um reduzido número de pessoas estivesse confinado dentro de limites geográficos não muito extensos, não seria difícil identificar e compreender como funcionaria esse espaço público. Muito provavelmente os integrantes dessa comunidade teriam condições de se organizar para discutir assuntos de interesse geral em encontros numa praça ou num parque. As impressões individuais formuladas nesses encontros seriam depois novamente debatidas em contextos privados, como um jantar entre membros de uma família ou no âmbito de clubes ou associações. Os resultados desses debates, por sua vez, emergiriam novamente num próximo encontro público, marcando um processo cíclico pelo qual os cidadãos poderiam conhecer, avaliar e decidir as opções sobre como resolver questões que afetam a vida da comunidade.

Obviamente essa idealização não corresponde ao que em regra acontece nas sociedades democráticas contemporâneas. Em tais sociedades, a não ser em relação a questões puramente locais dentro de comunidades menores, não será possível ter um espaço público de diálogo e interação não mediado, como ocorre no exemplo acima (i.e., um espaço onde os potenciais interessados estão efetivamente presentes e podem interagir em tempo real). O contato entre as diversas vozes no meio social não será direto, mas mediato e, normalmente, por intermédio dos meios de comunicação social (ou mídia) de massa. Esses instrumentalizam um espaço ideal, em democracias mais complexas, no qual pode ocorrer um debate que transcende o âmbito das relações imediatas dos cidadãos. Fatos, idéias ou opiniões tendem a ganhar relevância no processo político e serem notados quando veiculados por algum desses meios.

Com isso não se quer sugerir que o debate político só ocorra no âmbito da mídia de massa e em escala nacional. Outras versões fragmentadas das reuniões em praças públicas podem ocorrer paralelamente, como reuniões ou assembléias sindicais ou estudantis

(embora sejam eventos representativos de apenas uma parcela dos cidadãos e que normalmente reunirão pessoas com concepções de mundo semelhantes – i.e., tendem a não propiciar um efetivo confronto de idéias). Outras formas de dispersão de idéias e opiniões novas também existem (como ocorre no âmbito acadêmico, onde as idéias e opiniões são divulgadas e discutidas por intermédio de revistas especializadas, seminários e congressos).

Embora esses exemplos possam todos ser incluídos como constitutivos do que aqui chamamos de um espaço público de diálogo e interação, não terão ali a relevância da mídia de massa. Nos casos referidos acima, nota-se a existência de certos vínculos pessoais ou uma maior identificação entre os participantes do diálogo que integram uma mesma profissão ou grupo de interesse e que, normalmente, possuirão um sistema próprio de divulgação de informações. No entanto, o diálogo relevante para o funcionamento de uma democracia não se desenvolve apenas dentro desses grupos (nos quais muitas vezes se verificará uma tendência excessiva à polarização e à defesa de interesses específicos). Ele envolve a possibilidade de algum nível de comunicação e troca de informações, ainda que mediada, entre pessoas sem qualquer espécie de vínculo ou relação (a não ser o fato de viverem numa mesma unidade política). Neste aspecto, o papel da mídia de massa é fundamental.

Os meios de comunicação de massa em regra apresentam uma abrangência e alcance maior do que qualquer outra forma de divulgação de informações. Por serem previamente percebidos pelos cidadãos como fontes de informações (e também de entretenimento), tendem a atrair uma atenção que outras alternativas não conseguiriam. Ser entrevistado por um jornal de grande circulação, por exemplo, é mais eficaz como forma de divulgar determinada opinião do que enviar uma carta individual a todos os leitores desse jornal ou um correio eletrônico (que possivelmente seria rotulado como *spam*).

Os meios de comunicação social são percebidos, ainda, em maior ou menor grau, como fontes dignas de credibilidade. As pessoas confiam neles para conhecer fatos e obter informações sobre situações e acontecimentos que ultrapassam a realidade com a qual se relacionam diretamente (i.e., situações e acontecimentos que não podem ser objeto de uma experiência imediata). Nesse contexto, os meios de comunicação desempenham uma função de verificação e filtragem<sup>7</sup>. Em outras palavras, os profissionais da mídia buscam informações não diretamente acessíveis para muitas pessoas, verificam sua credibilidade e selecionam, dentro de um universo significativo de possibilidades, aquelas que serão vistas como mais relevantes por seus leitores ou espectadores.

---

<sup>7</sup> Sobre esse papel dos meios de comunicação de massa, cf. Habermas (1996, p. 376 e ss.) e Sunstein (2001).

Esse fato poderia ser referido como motivo de crítica aos meios de comunicação social, os quais seriam necessariamente manipuladores ou alienantes. Todavia, embora a mídia possa ser instrumento de manipulação e alienação, a crítica é desfocada. A filtragem de informações é um processo fundamental para a construção de sentido e para a organização de nossa experiência pessoal. Se tentássemos assimilar todas as informações disponíveis aos nossos sentidos no ambiente, a cada instante, provavelmente perderíamos a capacidade de agir racionalmente (ou, pelo menos, teríamos grande dificuldade de refletir sobre os fatos que nos cercam).

Um jornal que tivesse por objetivo veicular o maior número de informações possíveis seria um projeto destinado ao fracasso (não há muito sentido em receber diariamente uma enciclopédia de banalidades). A experiência insípida (para muitos) de se escutar o programa de rádio oficial *Voz do Brasil* decorre, em parte, do funcionamento do seu sistema de filtragem, o qual garante um destaque exagerado a fatos absolutamente irrelevantes (como pronunciamentos feitos na tribuna do legislativo, homenageando pessoas, datas e cidades). O próprio uso da Internet como instrumento de obtenção de informações seria de pouca expressão sem o desenvolvimento de ferramentas de busca mais avançadas, as quais também desempenham evidentes funções de filtragem (embora promovam um tipo diverso de verificação)<sup>8</sup>.

O processo de verificação e filtragem não apenas viabiliza aos usuários dos meios de comunicação o acesso a informações relevantes a um custo relativamente baixo (considerando o tempo que eles precisariam empregar para realizar por seus próprios meios essas mesmas funções), mas também conduz à formação de um referencial comum a todos os integrantes de uma unidade política. Ele cria, portanto, um elemento agregador entre pessoas que não têm qualquer vínculo, estabelecendo, entre elas, uma agenda comum de questões reputadas relevantes para a coletividade da qual fazem parte, que, em grande medida, define o que será objeto de maior atenção em determinado momento.

Em síntese, o espaço público de diálogo e interação numa democracia complexa está significativamente baseado nos meios de comunicação social de massa, os quais viabilizam o acesso a informações de uma forma coerente e organizada, permitem a disseminação de idéias e visões de mundo com uma abrangência que, em geral, não tem como ser replicada através de outros processos de comunicação, e possibilitam o desenvolvimento de um referencial comum que agrega pessoas sem qualquer espécie de vínculo ou relação.

---

<sup>8</sup> É interessante perceber que essas ferramentas de busca desempenham não apenas um evidente processo de filtragem mas, em casos como o Google, aspiram a uma credibilidade decorrente da utilização de parâmetros objetivos baseados na suposta relevância que os próprios usuários da Internet atribuem à informação.

O controle desses meios implicará, conseqüentemente, um poder significativo sobre o processo político, que, inclusive, contrabalança aquele detido pelos ocupantes de altas funções públicas. Não é por outro motivo que regimes autoritários convivem com muito mais facilidade com eleições periódicas do que com uma imprensa livre. Nessa perspectiva, a existência desse poder é não apenas inerente a toda democracia, pois está diretamente associado com a possibilidade de organização de um espaço público de diálogo e interação, como pode viabilizar o controle e a fiscalização da ação dos governantes a partir de fontes não estatais.

Assim como seria equivocado criticar os meios de comunicação social como necessariamente manipuladores e alienantes, em razão do desempenho das funções descritas acima, seria igualmente errôneo fundamentar essa mesma crítica no fato de constituírem uma fonte de poder político fora do âmbito estatal<sup>9</sup>. O poder econômico ou político, em si, numa democracia, não é necessariamente negativo, mas antes constitutivo da própria organização social e econômica. A não ser em termos absolutamente utópicos, os ambientes econômicos e políticos definem-se a partir da existência de poder. As próprias liberdades políticas e econômicas, típicas das democracias constitucionais, estão diretamente relacionadas aos processos de organização, obtenção e utilização do poder.

Por outro lado, o uso do poder numa democracia adquire legitimidade, em regra, apenas quando respeita parâmetros objetivos de legalidade e visa a finalidades externas ao seu detentor. Ao contrário do déspota, que tende a empregar o poder político na realização de seus próprios interesses particulares, o governante de um regime democrático exerce uma função e não uma prerrogativa. Em outras palavras, ele deve empregar o poder em vista de interesses que não lhe são próprios, mas da coletividade. Paralelamente, uma democracia precisa ter mecanismos de controle do poder para evitar que seu acúmulo excessivo subverta a própria existência do processo político que lhe é característico, aniquilando as liberdades públicas cujo exercício é inerente ao processo de organização, obtenção e utilização desse poder. Dessa forma, ao mesmo tempo em que a ordem jurídica democrática legitima e reconhece o seu exercício, na esfera política e econômica, ela

---

<sup>9</sup> No direito constitucional costuma-se utilizar a expressão “poder político” para designar aquele associado aos órgãos estatais. Na teoria da democracia de Habermas, referida em diversas passagens acima, o autor trabalha com essa perspectiva, tratando como “político” apenas o poder institucionalizado, enquanto a partir da esfera pública seria possível apenas exercer “influência” sobre o político (1996, p. 299). No contexto deste trabalho, optou-se por utilizar o termo de forma mais ampla, abrangendo outras situações capazes de influenciar o processo político, inclusive o “poder da mídia”. Esse parece ser, também, o enfoque adotado por Comparato (2002) ao tratar do tema e observar que os veículos da mídia fazem parte do “esquema de poder político, quer oficialmente como órgãos do governo, quer lateralmente, como empresas privadas que se aliam aos governantes, ou exercem uma influência preponderante sobre os Poderes do Estado, notadamente o Executivo e o Legislativo”.



restringe tal legitimidade, de forma a preservar as liberdades que estão na base de uma posição de poder e a promover propósitos e valores que ultrapassam o interesse particular de seu detentor.

Ao se reconhecer o papel central dos meios de comunicação de massa numa sociedade democrática, e do poder político que se pode daí derivar, é inevitável concluir que uma concentração excessiva desse poder, em âmbito privado, pode distorcer o processo político e limitar significativamente a participação que os demais cidadãos podem almejar possuir no espaço público (assim como ocorre quando tais meios são controlados diretamente pelo Estado). A ascensão ao poder na Itália de Berlusconi costuma ser citada como um exemplo disso (e é um indicativo de que mesmo democracias com economias mais avançadas tendem a ser afetadas por essa distorção)<sup>10</sup>.

Conseqüentemente, como qualquer outro tipo de poder numa sociedade democrática, aquele detido pelos meios de comunicação social também precisa ser objeto de regulação e limitação, visando a evitar sua concentração excessiva e os abusos que daí derivam (os quais podem comprometer a própria sustentabilidade da democracia e seus mecanismos de legitimação baseados numa ampliação das possibilidades de participação dos cidadãos). Do ponto de vista ideal, o controle desse poder acabará também por permitir que os meios de comunicação social como um todo possam melhor exercer as funções de verificação e filtragem. A manipulação desse processo, em vista da promoção de certos objetivos e pessoas, tende a ser relativizada num contexto em que há dispersão de poder (e, por conseguinte, pluralidade de fontes desenvolvendo as referidas funções).

Mas a regulação e a fixação de limites a esse poder devem ser pensadas de forma a evitar que, sob a justificativa de proteger a democracia, se pretenda eliminar a independência que os meios de comunicação devem ter em relação ao Estado. Caso contrário, se estará simplesmente transferindo poder aos governantes, ao se restringir os fatores que permitem um melhor controle e fiscalização de seus atos pelos cidadãos (FARACO, 2007).

A partir dessa delimitação do papel que desempenham os meios de comunicação social nas democracias contemporâneas, que pode ser traduzido pelas idéias de “verificação”, “filtragem” e “construção de um referencial público comum”, a próxima parte do texto irá avaliar a possibilidade de novas formas de organização da comunicação com suporte na Internet poderem desempenhar essas funções.

---

<sup>10</sup> Benkler (2006) é um autor que cita esse fato como exemplo, mencionando em diversas passagens o “efeito Berlusconi”, ao discutir a concentração de poder na mídia tradicional. Também Habermas (2006), ao observar que a comunicação política mediada só poderá facilitar processos de legitimação deliberativa se os meios de comunicação tiverem independência em relação ao ambiente social no qual se encontram, menciona Berlusconi como um exemplo de transformação do “poder da mídia” em “influência pública” e “pressão política”.

#### 4. O papel dos meios de comunicação social no processo democrático e a internet

A Internet parece ter tornado cada cidadão conectado um jornalista em potencial, capaz de divulgar e analisar fatos em *blogs* ou em páginas que podem ser criadas e mantidas a um custo relativamente baixo. Representaria, portanto, uma rede de comunicação apta a diluir o poder dos meios tradicionais de comunicação sobre a esfera pública de debates de uma democracia, além de potencializar a organização e atuação política dos indivíduos.

Essa imagem reflete, em grande medida, uma ilusão. A quantidade de páginas e informações disponíveis na rede é tão grande que a chance de um usuário encontrar e ler por acaso um *blog* determinado, quando está aleatoriamente navegando, é possivelmente menor do que a de encontrar o autor desse *blog* na rua, exatamente no momento em que ele decide subir sobre um caixote e fazer um pronunciamento. Embora teoricamente qualquer pessoa conectada possa acessar tal *blog*, a partir de um computador, em qualquer parte do mundo, a probabilidade de que o faça é mínima.

Grande parte das informações expressas na rede, portanto, jamais alcançarão a esfera pública. Em torno de muitas páginas se formarão, no máximo, apenas pequenas comunidades privadas, integradas por pessoas que potencialmente já mantêm alguma espécie de relação direta. Eventualmente, desse universo de documentos e informações, alguns ganharão notoriedade e passarão a ser acessados mais intensamente, culminando por terem *links* direcionados a eles (o que é a mais objetiva mensuração da relevância que um documento pode ter na rede – tanto que é o critério utilizado por ferramentas de buscas).

As razões pelas quais certos sítios adquirem essa relevância são diversas e não plenamente explicadas. Em alguns casos estão associadas ao uso de meios de comunicação ou redes sociais existentes fora da Internet (como é o caso de *blogs* de jornalistas, articulistas e professores). Em outros, a própria possibilidade de rápida transmissão de informações entre usuários da Internet parece estar associada a esse processo (aqui vale lembrar, dentre outros casos, a surpreendente difusão do *YouTube*). O certo, porém, é que são poucas as vozes que emergem e conseguem receber atenção.

Não obstante esse fato, que indica ser equivocado exagerar o potencial da Internet no tocante à transformação da prática política, é possível observar, por outro lado, o uso da rede para construir novas formas de organizar a ação coletiva e, mais particularmente em relação ao tema deste texto, de organizar processos de verificação e filtragem de informações, funções tipicamente desempenhadas pelos meios de comunicação tradicionais. Sítios voltados à produção cooperativa de informações e notícias se multiplicam. Nesses ambientes virtuais, onde em regra a participação é livre a qualquer interessado, observa-

se a organização de processos descentralizados de verificação e filtragem, sem um controle editorial hierárquico e profissional (como ocorre nos meios de comunicação tradicionais). Isso é possibilitado por programas que oferecem a capacidade de mensurar a relevância das notícias e informações a partir da própria avaliação difusa que os usuários fazem delas. O sítio *Slashdot*, voltado especificamente a assuntos ligados a tecnologia e informática, foi pioneiro nesse sentido. Criado por R. Malda em 1997, o sítio basicamente girava em torno de uma pequena comunidade que trocava informações e comentários sobre temas de interesse comum. Com o crescimento do número de usuários, aumentou também o volume de informações, muitas das quais irrelevantes ou colocadas com o mero propósito de perturbar o funcionamento do sítio.

Para tentar evitar aquele que parece ser o destino de todo sítio de troca de informações aberto e sem qualquer sistema de filtragem (i.e., a geração de um excesso incontrolável de conteúdo), Malda criou um sistema de “moderação” pelo qual seriam avaliados e atribuídos pontos às contribuições dos usuários. Inicialmente, o sistema era centralizado em 25 pessoas escolhidas pelo próprio Malda. Com o contínuo crescimento do sítio, esse número passou para 400 pessoas, selecionadas em função de terem recebido no passado as melhores pontuações por seus comentários. Mas o aumento do número de moderadores tornou mais difícil o controle sobre quem estava executando a tarefa. Inevitavelmente, alguns moderadores utilizavam de forma abusiva o poder que recebiam, oferecendo avaliações inadequadas (pelo menos na perspectiva do grupo original em torno do qual a comunidade formou-se). A solução foi reduzir o poder dos moderadores e permitir que a posição fosse ocupada apenas temporariamente, mas por qualquer usuário freqüente do sítio.

Ocasionalmente, um usuário freqüente será selecionado pelo próprio programa para ser um moderador. O escolhido recebe, então, uma quantidade limitada de pontos que pode usar para avaliar as contribuições dos outros usuários. Uma vez utilizados todos os pontos ele perde a função de moderador (embora possa ser selecionado novamente no futuro). É a partir das avaliações feitas pelos vários moderadores que se cria uma hierarquia interna de relevância e credibilidade dos comentários colocados pelos usuários do sítio. Avaliações positivas contribuem para aumentar o que se chama de “karma” do seu autor. Usuários com “karma” elevado recebem, para seus comentários subseqüentes, uma avaliação inicial melhor e têm maior possibilidade de serem selecionados como moderadores. Há, paralelamente, uma “meta-moderação” pela qual os usuários podem avaliar as avaliações dos moderadores (eventualmente afetando o “karma” do moderador). O que emerge

desse sistema é uma forma automatizada de filtragem de informações, baseada no trabalho cooperativo e não hierarquizado dos próprios usuários<sup>11</sup>.

Essa sistemática de filtragem, que se apóia na percepção da relevância que um universo amplo de pessoas atribui a determinada informação (e não nas preferências pessoais de alguns poucos editores), é o que está na base das principais ferramentas de busca na Internet, que são atualmente fundamentais para viabilizar a localização de páginas e conteúdos determinados. O *Google*, possivelmente o mais famoso e utilizado, cria uma hierarquia de páginas como resultado de determinada busca em função do número de *links* direcionados a cada uma que preenche os requisitos dos parâmetros da pesquisa. Em outras palavras, o fato de uma página dirigir um *link* à outra é tratado como indicador de relevância da segunda. Assim, quanto maior o número de *links* para uma página encontrado em outras páginas, maior a relevância que lhe é atribuída.

A utilização de programas que se baseiam na mensuração da relevância que um conjunto difuso de pessoas atribui a determinado conteúdo não é a única modalidade de filtragem e atribuição de credibilidade (“verificação”) na produção de informações na Internet. O emprego de *wikis* é outra alternativa que tem tido larga difusão. Um *wiki* é um sítio na Internet que permite aos seus visitantes facilmente adicionar, remover, editar e modificar o conteúdo disponível. O processo editorial, portanto, é absolutamente livre, sem um sistema de mensuração da relevância das contribuições dos múltiplos participantes. O termo também é empregado para designar o tipo de programa que organiza essa forma de produção de informação e que impede que um *wiki* degenere num amontoado desorganizado de dados ou num desperdício dos esforços de seus participantes (que poderiam ter suas colaborações simplesmente apagadas por um visitante que pretendesse prejudicar o funcionamento do sítio).

Resumidamente, num *wiki* é mantido o histórico de alterações e edições feitas. Isso permite conter ações que visassem a danificar o processo de produção de informações. Se um visitante de determinado sítio excluir por completo determinada informação, o conteúdo pode ser facilmente recuperado no histórico de alterações e edições e ser utilizado, por outro visitante, para remediar a ação danosa (ele pode simplesmente reverter a versão atual do documento a uma versão anterior). Se o *wiki* contar com um número significativo de participantes, eventuais erros nas informações oferecidas (mesmo que inseridos de boa-fé) podem ser rapidamente corrigidos pelo fato de o processo de edição ser absolutamente aberto e permitir uma constante comparação com o que foi feito. O *wiki* mais

---

<sup>11</sup> Para uma descrição do funcionamento do sistema de filtragem do Slashdot, cf. as páginas de perguntas e respostas do sítio em <<http://slashdot.org/faq/>>, acessado em 5 de janeiro de 2009. Sobre o tema, cf. também BENKLER, 2006, p. 79.

conhecido é o sítio *Wikipedia*, que oferece gratuitamente uma enciclopédia construída pela cooperação de um número indefinido de colaboradores. É um exemplo recorrente na literatura de como um processo coletivo, aberto e descentralizado de produção de informações pode adquirir acuidade e credibilidade (BENKLER, 2006). Há inclusive um *wiki* que tenta replicar a mesma metodologia para a produção de notícias, chamado de *Wikinews*.

Nota-se, do que foi dito acima, que a Internet é mais do que simplesmente uma forma diversa de acessar ou distribuir informações, mas também é uma plataforma para novas maneiras de produzi-las. Enquanto sítios de jornais ou canais de televisão estão simplesmente reproduzindo um conteúdo desenvolvido a partir do método tradicional de produção dos meios de comunicação social (baseados num processo hierárquico e centralizado de seleção e edição), outros como *Slashdot*, *Kuro5hin* e *Wikinews* oferecem informações desenvolvidas a partir de um processo diferente, que reúne um esforço de colaboração de uma comunidade de pessoas com reduzida ou nenhuma hierarquia formal. O fato de poderem reunir um número ilimitado de participantes, sob uma arquitetura que permite realizar uma síntese do conhecimento detido por todos, possibilita a organização e utilização de informações dispersas entre muitos indivíduos.

É conhecida a observação de Hayek (1945, p. 519 e ss.) de que cada indivíduo apenas pode ter uma fração pequena do conhecimento agregado detido por todos. As pessoas vivem, portanto, sem uma consciência exata dos fatos que podem afetá-las e que determinam a dinâmica das relações sociais. Isso implicaria, em princípio, não terem como ajustar seu comportamento a tais fatos sobre os quais não têm um conhecimento imediato. Essa deficiência no conjunto de informações detido individualmente pode ser superada, permitindo que cada pessoa se beneficie do conhecimento agregado detido pelas demais. Ainda na visão de Hayek, essa possibilidade não depende da extensão do conhecimento detido no plano individual (que jamais poderia abranger a totalidade<sup>12</sup>), mas na existência de mecanismos que permitam a utilização de um conhecimento que permanece disperso entre inúmeros indivíduos.

Os meios de comunicação social, no processo de produção de notícias, enfrentam a todo momento as dificuldades inerentes à tarefa de agregar e sintetizar informações dispersas entre inúmeras pessoas. Tipicamente, um jornalista procura verificar os fatos que irá reportar com base em fontes diversas e pontos de vista distintos, numa tentativa de

---

<sup>12</sup> Daí a crítica do autor ao modelo socialista de produção, que se baseia na idéia de que as decisões econômicas fundamentais numa sociedade poderiam ser centralizadas em alguns órgãos estatais. Mas tais órgãos jamais teriam como agregar as informações necessárias para tomar tais decisões, razão pela qual representariam uma forma inadequada de organização do conhecimento social.

reconstruir o que ocorreu (e aferir sua relevância) a partir do conhecimento segmentado detido individualmente pelos integrantes de um determinado conjunto de indivíduos. Mas isso é feito de forma centralizada (o que significa que as próprias preferências pessoais do jornalista poderão afetar a escolha de quem será ouvido e sobre quais fatos), e com limites evidentes à quantidade de informações que podem ser agregadas. A descentralização e abertura do processo de construção de informações em plataformas como os *wikis* poderiam conduzir, em certos casos, a resultados que melhor sintetizem o conhecimento disperso que se detém sobre determinados fatos.

A própria Internet viabiliza, portanto, modelos alternativos de se organizar a comunicação social, significativamente diversos daqueles utilizados pelos meios tradicionais e com soluções inovadoras sobre como agregar o conhecimento disperso em dada comunidade. Como destacado, ao invés da filtragem estar centrada em alguns poucos editores e repórteres que decidem o que é mais relevante e digno de crédito, os conteúdos são produzidos e recebem destaque a partir de uma interação descentralizada entre um número significativo de indivíduos, os quais são ao mesmo tempo produtores e usuários da informação. Assim, como não há uma separação entre quem produz e quem usa, também não há entre as fases de produção e utilização, as quais tendem a ocorrer concomitantemente (ao mesmo tempo em que a pessoa acessa determinado conteúdo, pode imediatamente modificá-lo ou apresentar uma perspectiva diversa por meio de um comentário). Adicionalmente, a manutenção dessas plataformas de produção exige recursos significativamente menores do que os investimentos de capital necessários para se estabelecer e manter um jornal impresso ou um canal de televisão.

Em síntese, a Internet oferece possibilidades de mudanças importantes na forma como as pessoas produzem e disseminam informações, permitindo a emergência de novos meios de comunicação, tanto num contexto privado de troca de informações entre indivíduos determinados (o exemplo mais evidente é o correio eletrônico ou *email*), como no âmbito da comunicação social (i.e., a produção de informação empregando mecanismos de verificação e filtragem com o propósito de difundi-la ou torná-la disponível a um número indeterminado de pessoas).

A relevância que essas novas formas de desempenhar as funções de verificação e filtragem alcançam no processo democrático é ainda absolutamente secundária. Não obstante a expansão do uso da rede no último decênio, com base em soluções tecnológicas que garantem o acesso e a transmissão de informações em velocidades cada vez maiores, os meios de comunicação tradicionais continuam a centralizar a dinâmica que leva à construção de um referencial público comum, o que indica a incapacidade de a Internet poder substituí-los no desempenho dessa função.

Os padrões de uso de cada um dos meios indicam que a Internet não aparece como um substituto da televisão ou dos jornais impressos, mas antes como uma fonte complementar de notícias, na maior parte acessada a partir de sítios das próprias redes de televisão ou dos jornais impressos (i.e., as fontes tradicionais são aqueles responsáveis pelos conteúdos mais acessados fora do âmbito estrito do entretenimento). É claro que tais padrões podem se alterar significativamente no futuro, em função da própria mudança de comportamento das pessoas, assim como do desenvolvimento da tecnologia. Mas não se pode assumir isso como certo, nem pretender precisar em que grau e em que espaço de tempo alterações relevantes serão verificadas.

Conforme dados relativos ao ano de 2006 (PEW RESEARCH CENTER FOR THE PEOPLE & THE PRESS, 2006), 54% da população dos Estados Unidos relataram recorrer com frequência à emissora local de televisão aberta como fonte de notícia. Embora represente uma queda expressiva em relação a 1996 (65%), o número permanece estável desde de 2000 (56%). Em relação à televisão a cabo, 34% dos entrevistados relataram utilizá-la com frequência com o mesmo propósito. O uso da Internet para tal fim observou um crescimento expressivo na última década, passando de 2% em 1996 para 31% em 2006, embora não tenha crescido com a mesma intensidade desde 2000 (quando o percentual já alcançava 23%).

Quando perguntados se tinham acessado a Internet no dia anterior para buscar notícias, apenas 23% responderam de forma afirmativa (o dado citado no parágrafo anterior inclui quem usa a Internet com esse propósito pelo menos três vezes por semana), dos quais somente 4% utilizaram-na como fonte exclusiva. Metade dos entrevistados indicava utilizar mais de uma fonte de notícia (percentual praticamente idêntico ao de 1996), sendo a televisão o meio mais difundido. Nota-se, portanto, que a Internet em geral apenas foi agregada como uma fonte adicional por aquelas pessoas que já recorriam a mais de uma alternativa. Aparentemente, o propósito principal de seu uso não é confrontar as informações obtidas nos meios tradicionais. A maior parte dos usuários enfatiza a velocidade e facilidade de acesso como o principal motivo para recorrerem à Internet (60%). Para quem destacou o tipo de conteúdo oferecido como o principal motivo (40%), o número mais expressivo usa o acesso para verificar manchetes e manter-se informado sobre eventos recentes (14%).

A pesquisa não questionou diretamente qual o meio que as pessoas reputavam mais importante como fonte de notícias. Todavia, é indicativo disso o fato de a televisão aparecer como aquele em que mais tempo é despendido. Para quem busca notícias na Internet, a média de tempo utilizado em cada acesso é de 32 minutos, enquanto para a televisão é de 53 minutos e para um jornal impresso de 40 minutos. É também relevante o fato

de o sítio mais indicado como principal fonte regular de notícias ser o de uma rede de televisão (31% indicaram o sítio MSNBC.com). Os sítios mais citados (e os entrevistados podiam indicar mais de um) referiam-se aos de redes ou canais de televisão, jornais impressos ou ferramentas de busca (como Google e Yahoo, os quais em regra apenas agregam notícias de outras fontes). Apenas 8% das pessoas que utilizam a Internet como fonte regular de notícias indicaram visitar *blogs* com o objetivo de se informar, embora nenhum tenha sido referido dentre aqueles sítios apontados como os mais utilizados como fonte de acesso de notícias<sup>13</sup>. Outra pesquisa indica, aliás, que a maior parte dos *blogs* é utilizada para relatar experiências individuais e não notícias (LENHART e FOX, 2006)<sup>14</sup>.

O resultado de outra pesquisa feita no Reino Unido, promovida pela agência reguladora do setor de comunicação com o propósito de avaliar as regras que impõem limites à concentração da propriedade desses meios, indica ainda mais claramente a relativa relevância das novas tecnologias mesmo em contextos onde sua difusão é maior (OFCOM, 2006). Foi constatado, primeiramente, que não obstante sua rápida expansão (41% das residências já tinham acesso a Internet em banda larga e 70% das residências já tinham televisão digital no primeiro trimestre de 2006), a televisão analógica continuava a ser o único meio com presença quase universal (98% da população). Adicionalmente, os meios tradicionais continuavam a representar as fontes mais utilizadas pelas pessoas (razão pela qual se enfatiza no relatório que a pluralidade de propriedade desses meios é a que ainda importa).

Conforme dados de 2005, a televisão foi apontada como principal fonte de notícias nacionais (68%, com outras fontes não tradicionais, incluindo a Internet, representando apenas 5%), internacionais (72% contra 5% da Internet) e locais (46% contra 2% da Internet, que aparece atrás da categoria *talking to people*, a qual ficou com 4%). Foram também referidos estudos apontando que muitos dos usuários que buscam notícias na Internet recorrem a sítios que disponibilizam conteúdos dos meios tradicionais (televisão e jornais impressos e respectivas agências), repetindo o padrão identificado nos Estados Unidos. Não obstante a disponibilidade à população de diversas tecnologias que permitem a oferta de serviços de televisão com canais múltiplos (via cabo, satélite, televisão digital, dentre outros), o maior número de horas assistidas continuava concentrado nos canais abertos tradicionais (aproximadamente 18 horas semanais por pessoa contra 7,3

<sup>13</sup> O *Drudge Report* foi mencionado por 3% dos usuários, mas é um sítio que oferece essencialmente *links* para notícias veiculadas em outros sítios.

<sup>14</sup> 37% dos entrevistados citaram a sua vida e experiências pessoais como o principal assunto do *blog*, enquanto notícias sobre assuntos correntes aparecem em segundo lugar com apenas 11%.



horas dos outros serviços), sendo que parcela expressiva da audiência era detida pela BBC (mesmo em residências com serviços com canais múltiplos, a BBC ainda detinha 29,8% da audiência, a maior parcela).

Os dados acima sugerem não apenas uma persistência de certos hábitos adquiridos (que poderia ser eventualmente superada com o crescimento do número de gerações que não conheceram um mundo sem Internet ou com apenas algumas limitadas opções de emisoras de rádio ou televisão), mas também que o próprio uso das novas tecnologias e as possibilidades que trazem não necessariamente representam um substituto adequado para certos usos e possibilidades ofertados pelos meios tradicionais de comunicação. As novas tecnologias têm, antes, um caráter complementar ou se prestam a propósitos distintos.

Não obstante o desenvolvimento de plataformas cooperativas como aquelas utilizadas no *Slashdot* e *Kuro5hin*, a popularização dos *blogs* e a oferta de diversos sítios voltados à veiculação de notícias com atualizações em tempo real, a televisão aberta ainda parece oferecer uma síntese e facilidade de uso não replicados pelos outros meios. No âmbito do jornalismo, a Internet é primariamente um meio adicional de distribuição de conteúdo, o qual continua a ser produzido em grande medida pelas emisoras de televisão e jornais impressos (que utilizam a rede como uma fonte secundária de distribuição). O fato de o conteúdo produzido por esses agentes ser o mais procurado na Internet é indicativo, também, da credibilidade que ainda conseguem manter. Ademais, plataformas cooperativas e *blogs*, não obstante o potencial que trazem, não conseguem ainda replicar os resultados alcançados a partir da manutenção de equipes profissionais e estruturadas de jornalistas, as quais exigem dispêndios consideráveis e dependem da escala alcançada a partir dos meios tradicionais.

## 5. Conclusão

Modos coletivos de produção e organização de informações que emergem na Internet, baseados em processos editoriais não hierárquicos, indicam possibilidades inovadoras de desempenho das funções de “verificação” e “filtragem” típicas dos meios tradicionais de comunicação social e centrais à organização do processo político democrático em sociedades complexas. A análise dos padrões de uso da Internet, todavia, conduz à constatação de que essas possibilidades têm, ainda, um caráter secundário e limitado. Ao mesmo tempo, indica que os meios tradicionais de comunicação social continuam centrais à “construção de um referencial público comum”, desempenhando uma função de síntese que não encontra paralelo na Internet.

As formas de produção e organização da informação a partir da Internet não oferecem, portanto, um substituto à mídia tradicional no que concerne à função de construção de um referencial público comum. Integram, antes, mais propriamente, um âmbito privado marcado por significativa fragmentação (SUNSTEIN, 2001). Ao invés de mediar a formação de um espaço público, a Internet parece ser mais propensa à organização de pequenas comunidades e redes sociais privadas, sem ligações entre elas ou ligadas apenas a outras comunidades e redes de igual perfil. Por esse motivo, os indivíduos continuam a depender da televisão, do rádio e dos impressos quando buscam um referencial público.

Essa constatação indica não apenas os limites do uso da Internet na organização de substitutos aos meios tradicionais de comunicação, mas também seus limites no que concerne à organização da interação política. A intensificação do seu uso para mediar as relações sociais, acompanhada de um eventual declínio dos meios tradicionais de comunicação, pode representar a desestruturação do espaço público de debate de uma democracia e sua fragmentação numa multiplicidade de pequenas comunidades privadas. □

## Terceirização de atividades estatais: a possibilidade da transferência de atividades-fim e a indelegabilidade de atividades típicas de Estado

Fernando Vernalha Guimarães

### 1. Introdução

Expandiu-se nos últimos anos a *terceirização* de atividades estatais. O movimento originou-se de razões precipuamente econômicas, buscando-se imprimir maior eficiência e economicidade à gestão dos serviços estatais. No Brasil, o processo foi embalado também por uma série de normas restritivas da expansão de gastos com servidores, priorizando a execução direta apenas daquelas atividades mais relevantemente afinadas com atribuições próprias de Estado.

Na esteira dessa tendência, ergueram-se certos limites oponíveis à hipótese. Afirmou-se a impossibilidade de contratação indireta de certos serviços coincidentes com a *atividade-fim* do ente público em vista da infração ao princípio do concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal). O raciocínio foi formulado a partir da utilização da dicotomia atividades-meio/atividades-fim<sup>1</sup> e teve enorme prestígio no passado. Segundo essa orientação, só serviços instrumentais e acessórios ao desempenho finalístico do órgão poderiam ser trespassados aos privados pela via da terceirização. A delegação de serviços que se configurassem atividade-fim do aparato estaria vedada.

O problema desta construção esteve – e está – na dificuldade de demarcação precisa e nos casos concretos das chamadas atividades-meio e atividades-fim. A evolução da discussão tem revelado a imprestabilidade da dicotomia como critério hábil a permitir uma solução adequada ao enfrentamento dos casos concretos, no propósito de distinguir atividades transferíveis daquelas intransferíveis aos privados pela via da terceirização. Antes

---

<sup>1</sup> Importou-se classificação desenvolvida na esfera da Justiça do Trabalho para tratar da intermediação de mão-de-obra. Como referido no Enunciado nº 331 do TST (de 1994), “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, 20.06.83), de conservação e limpeza bem como as de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta”.

disso, a própria origem desta concepção parece ter raízes em teorizações desconectadas de um exame mais específico sobre o direito constitucional e legal vigente no Brasil.

O presente texto pretende oferecer algumas ponderações sobre essas questões.

## 2. A terceirização na atividade administrativa

A *terceirização* é um termo destituído de um significado técnico-jurídico específico. Há significações arbitradas à expressão, mais e menos abrangentes. Pode-se dizer que sua origem remonta à prática empresarial privada, usada para explicar a técnica em se contratar terceiro para a execução de parcelas de um processo econômico mais abrangente. Buscando a ampliação da eficiência e o alcance de maior economia no processo produtivo, o empresário transfere a execução de parcelas de sua produção a outrem, supostamente titular de maior especialização. Com isso, atenuam-se os ônus da ausência de especialidade na execução da parcela terceirizada, bem como se deslocam os riscos inerentes à atividade empresarial ordinária.

A técnica foi incorporada pela atividade administrativa. Espelhada nos resultados obtidos com a terceirização no setor privado e premida pela necessidade de enxugamento da máquina administrativa, a Administração passou a fazer uso recorrente desta técnica, alcançando resultados satisfatórios. Não seria excessivo dizer que a experiência histórica mais recente tem mostrado imensos benefícios à Administração (especialmente quanto à economia e qualidade dos serviços) obtidos pela substituição da prestação direta estatal pela execução terceirizada.

Fundamentalmente, a opção pela terceirização decorre de uma pressuposta (e penso que historicamente demonstrada) maior eficiência do setor privado na execução de obras e serviços gerais ao encargo do Estado. Há quatro razões relevantes que poderiam ser lembradas para justificar essa pressuposição:

(1) a Administração não conta com uma *gestão* de obras e serviços que possa favorecer a eficiência. Os funcionários do Estado não obedecem (pelo menos como regra) aos estímulos do lucro e da concorrência, bem como não estão vocacionados ao atingimento de metas e resultados. Tendem à execução de uma rotina calcada primordialmente no cumprimento de ritos, desinteressada da busca pela ampliação dos benefícios gerados pela eficiência. Não há por isso um sistema inteligente de gestão que possa estimular os funcionários da Administração ao incremento da eficiência;

(2) a atuação estatal não é apta a alcançar a mesma eficiência que o setor privado devido às amarras próprias que lhe são impostas pela legislação, decorrentes de um esquema burocrático de controle preventivo dos atos estatais. Isso faz com que as decisões do

Estado, para contratações em geral, tenham de obedecer aos ritos procedimentais impostos pela legislação – o que é inevitável sob um regime democrático e sob o Estado de Direito. Por isso, a gestão de um serviço prestado inteiramente pela máquina estatal produz custos adicionais não apenas temporais mas também quanto ao desenvolvimento material da burocracia;

(3) as decisões administrativas, especialmente de gestão, são fortemente influenciadas por posições e intervenções políticas. Isso atenua o caráter técnico e especializado que deveria caracterizar as decisões de *gestão*, prejudicando o bom funcionamento (ou um funcionamento eficaz e técnico) da Administração. Neste contexto, as decisões e soluções não são orientadas exclusivamente pela busca à eficiência, mas por interesses políticos (na acepção fisiológica da expressão) subjacentes, corporativos etc.

(4) o setor público não produz tecnologia na mesma intensidade e qualidade que o setor privado. Há uma tendência em se obter um custo de prestação mais econômico no universo privado devido ao desenvolvimento tecnológico.

Todos estes pontos exemplificam a tendência em se obter maior eficiência e economicidade pela via da terceirização; mostram que, pragmaticamente, a terceirização pode ser uma via mais adequada para a execução de certas tarefas estatais.

Estas terceirizações, no Brasil, têm sido operadas pela via dos contratos administrativos gerais regidos pela Lei nº 8.666/93. Outro instrumento que poderá favorecê-las é a *concessão administrativa*, recentemente introduzida no ordenamento brasileiro pela Lei Geral das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004).

Nada obstante o reiterado uso que vem fazendo a Administração da terceirização, o exame dos limites oponíveis à hipótese ainda necessita de aprofundamentos. Há dogmas e mitos que vêm sendo invocados por parcela da doutrina (e mesmo por algumas instâncias de controle) para obstar esta tendência – não raras vezes contaminados por orientações ideológicas subjacentes – que não se compatibilizam, como penso, com a legislação específica e com o texto constitucional. O presente texto pretende, assim, oferecer algumas ponderações jurídicas sobre a questão, enfocando adiante a (im)pertinência da classificação atividade-meio/atividade-fim, freqüentemente utilizada como critério delimitador de atividades transferíveis/atividades/intransferíveis.

### **3. A viabilidade da transferência de atividade-fim da Administração pela via da terceirização**

Como dito, não tem sido incomum, em algumas instâncias de controle, opor-se à terceirização a inviabilidade da transferência da *atividade-fim* do ente público. Diz-se que as ati-

vidades de Estado deveriam ser preferencialmente executadas por pessoas organicamente vinculadas à Administração, sob pena de infração ao princípio do concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal).

Com respeito àqueles que advogam a tese referida, tenho para mim que tais limites são inaplicáveis à terceirização.

A exigência de concurso público, acolhida no inciso II do artigo 37 da Constituição, tem um pressuposto lógico bem definido: a iniciativa pela contratação de pessoa apta a integrar a estrutura orgânica da Administração para o desempenho de função em regime de dependência e subordinação hierárquica. A compreensão de sua utilidade jurídica deve pressupor, pois, a necessidade administrativa que lhe dá existência. Só faz sentido falar em concurso público como um meio para a Administração contratar *alguém* para inserir em seu quadro funcional, preenchendo, desta forma, cargo ou emprego público. Evidencia-se, no caso, uma relação institucional (e não contratual<sup>2</sup>).

Situação diversa é pressuposta pela norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição. Aqui, prescreve-se autorização constitucional para que a Administração valha-se da figura do *contrato administrativo* (em regra precedido de licitação) para alcançar prestação temporária executada por ente alheio à estrutura administrativa, submetida a um regime contratual – e não com vínculo institucional. O pressuposto lógico à contratação administrativa está na necessidade ou conveniência do Estado na aquisição de certa prestação específica produzida por terceiro, sem vinculação orgânica e hierárquica com a Administração. Não por acaso, então, a Constituição tratou das hipóteses em dispositivos distintos: os meios jurídicos acolhidos afiguram-se soluções constitucionalmente viáveis na persecução dos interesses da Administração, pressupondo escolhas estratégicas subjacentes. A decisão por uma ou por outra via configura uma opção *discricionária* da Administração, por traduzir escolha de natureza política.

Lembro, a esse respeito, orientação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que, reconhecendo que a “locação civil de serviços” não se traduz na exclusão do princípio do concurso público, bem distinguiu as hipóteses, anotando que o concurso público “é exigido para ingresso em cargos e empregos da Administração direta, indireta ou fundacional; é dizer: para que alguém possa ser inserido no aparelho governamental, assumindo a qualidade de integrante deste organismo. Isto não se dá na locação civil de serviços. Quem por este meio é contratado não mantém com o contratante vínculos de dependência e subordinação típicos da relação de cargo ou emprego. Permanece estranho aos quadros do Poder

---

<sup>2</sup> Ainda que no passado se tenha cogitado de imprimir ao vínculo jurídico entre Estado e funcionário a natureza de contrato.

Público. Apenas se compromete a prestar-lhe determinados serviços, alocando sua aptidão profissional em relação a certas atividades específicas no contrato”<sup>3</sup>. E, mesmo reconhecendo que o recurso à “locação de serviços” deve ter um caráter excepcional, anota ter cabimento naqueles casos “em que a atividade pretendida só poderá ser feita adequadamente por terceiros, estranhos ao organismo estatal, ou melhor se fará por meio deles, seja porque menores serão os custos, seja porque distintas circunstâncias desaconselham recorrer aos próprios servidores ou manter, em seus quadros, profissionais da área requerida”<sup>4</sup>.

Daí que, na esteira de CELSO ANTÔNIO (mas em posição não exatamente coincidente com a do jurista), posso afirmar que são aquelas hipóteses inconfundíveis, sendo que a escolha por uma ou outra via jurídica baseia-se em razões diversas, de economicidade, de “vantajosidade”, etc.<sup>5</sup>. Há uma opção discricionária do agente público a orientar essas escolhas.

Observe que a Constituição Federal não vedou incondicionalmente o trespasse de *atividades-fim* da Administração à execução privada. Considere-se que o inciso XXI do artigo 37 prescreve a possibilidade jurídica de contratação de serviços mediante processo de licitação sem que se tenha ressalvado vedação quanto à transferência de *atividades-fim* da Administração<sup>6</sup>. Infere-se do preceito um princípio geral de admissibilidade à forma do contrato administrativo (em sentido amplo) para regular o trespasse de atividades do Estado a terceiros. É verdade que se admitir a possibilidade da forma do contrato administrativo não implica a aceitação de qualquer conteúdo que possa caracterizá-lo (nos casos concretos). Mas não houve pela norma constitucional vedação específica a que a Administração possa transferir determinadas atividades qualificáveis como atividade-fim. Não foi adotada pela norma uma disciplina restritiva quanto a isso.

<sup>3</sup> *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 74 e 75.

<sup>4</sup> *Regime dos Servidores...*, p. 75.

<sup>5</sup> Como já aludiu CARLOS PINTO COELHO MOTTA, “...sob o ângulo formal, considerem-se dois conjuntos de dados: primeiro, as especificações de cargos em uma estrutura orgânica; e segundo, as especificações dos “pacotes” de serviços contratados. A rigor, não há como compará-los. Tais quadros expressam realidades radicalmente diferentes, em linguagens diferentes. No primeiro, citam-se designações funcionais que terão seu lugar em uma estrutura organizacional vigente, sob a ordem hierárquica. No segundo, descrevem-se unidades de gestão — que se referem, obviamente, a serviços em si, e não à locação de trabalhadores, prática esta ilegal segundo o art. 37, II, da Constituição Federal e reiterada jurisprudência...”. “Terceirização e funcionalização: conflito ou complementariedade”, in *Boletim de direito administrativo*, dez/97. São Paulo: NDJ, 1997, p. 802. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO tem entendimento semelhante: “... a exigência do art. 37, II, CF destina-se ao provimento de cargo público, busca-se uma relação individual e hierarquizada; no contrato, almeja-se a realização de uma atividade (o resultado e não a pessoa executante). Sequer há que se falar em quebra da isonomia ou de impessoalidade, já que, para a contratação de serviços, a seleção pelo mérito, a competitividade e a igualdade entre os competidores são obtidos pela via da licitação — CF, art. 37, XXI”. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 356.

<sup>6</sup> Neste sentido, MOTTA, Carlos Pinto Coelho. “Terceirização...”, p. 806.

O raciocínio pode ser reforçado, ademais, socorrendo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional. A interpretação do problema não deve olvidar que a Constituição federal explicitamente admitiu a possibilidade de prestação *indireta* dos *serviços públicos*, por meio dos instrumentos jurídicos de delegação de sua gestão, pressupondo-se, inclusive, a transferência desta atividade-fim (um serviço público econômico) – art. 175. Mas o serviço público (econômico, inclusive) também pode ser executado *diretamente* pelo Estado, através de servidores concursados. É perceptível, portanto, que o texto constitucional não acolheu medida de concentração ou centralização da prestação do serviço público, admitindo sua prestação descentralizada mediante simples escolha discricionária da Administração.

Ao autorizar, para o campo dos serviços público econômicos, a delegação de atividade-fim alternativamente à sua prestação direta (pressupondo-se o concurso público), o legislador constitucional deixou claro que não desejou reservar as atividades-fim do Estado ao sistema do concurso público e à prestação direta. Parece-me mais sintonizado com uma leitura inteligente da Constituição supor que tais possibilidades são meras alternativas de gestão administrativa, disponibilizadas ao administrador para que dela faça uso de acordo com critérios de eficiência e sob o postulado da boa administração.

Penso, então, que a inteligência do artigo 175 no que tange à descentralização das atividades organicamente desempenhadas pela Administração não pode ser desprezada no enfrentamento daquela questão.

É preciso, também, notar a equivalência dos valores prezados pelos instrumentos jurídicos do concurso público e da licitação, afastando a pressuposição de que o uso do contrato administrativo importaria em desviar-se dos valores garantidos pelo regime jurídico do concurso público no fim de aquisição de mão-de-obra para o desempenho de serviços finalísticos da Administração, constatando uma espécie de desvio de finalidade na adoção da via contratual. Tanto no concurso público como no processo licitatório (precedente lógico do contrato administrativo no direito brasileiro) há a preservação da isonomia concorrencial e aferição da habilidade técnica dos licitantes como valores prezados pelo direito a pautar as escolhas do Poder Público. Sob esse ângulo, a via licitatória destina-se a salvaguardar os mesmos interesses subjacentes ao concurso. Diferem os institutos, como dito, no que refere ao seu pressuposto lógico, à necessidade específica visada pela Administração. E quanto à definição dessa necessidade não se vê qualquer censura do ordenamento jurídico ao exercício discricionário da Administração.

Reversamente, ademais, ao que se tem propugnado em alguns setores mais conservadores, a orientação constitucional, a partir da projeção dos princípios da *economicidade* e da *eficiência*, não rejeita a tendência à descentralização (por colaboração) das atividades



estatais. Bem ao contrário. A considerar o incremento da eficiência e da economicidade alcançadas pelas iniciativas descentralizadoras experimentadas nos últimos anos, tenho para mim que esse modelo poderá servir com maior efetividade aos valores prezados por aqueles princípios.

A interpretação constitucional, neste particular, deverá pressupor um rol de tendências na direção da redução do aparelho do Estado, o que indica a promoção da terceirização. Reconhecida a limitação imposta pela indelegabilidade de certas atividades (de índole imperativa e de vocação política), prefere-se a cessão (com reserva de gestão estratégica) da prestação de atividades estatais aos privados pela suposição de que este modelo realize melhor os valores fundamentais contemplados na Constituição da República.<sup>7</sup> Parte-se do reconhecimento de que a participação (acessória) dos privados na gestão pública vem se mostrando mais eficiente do que a atuação direta estatal. Mesmo em se tratando de atividades ditas *permanentes*, deve ser estimulada a terceirização se assim impuserem postulados de economicidade e eficiência<sup>8</sup>.

A busca, então, por uma gestão eficiente da máquina administrativa, o que passa pela tentativa de reduzir custos de despesa fixa com pessoal, tem conduzido as Administrações, em diversos países do mundo, a optar pelas técnicas de terceirização de serviços administrativos. É visível nos últimos anos o crescente trespasse da prestação de serviços essenciais à gestão privada. A terceirização, ao lado de outras modalidades de contratação, passa a ser crescentemente adotada por inúmeros países como uma decorrência necessária da redução do desempenho direto de tarefas pelo Estado.

---

<sup>7</sup> Como aludiu DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “mesmo em seu próprio campo, que é o das questões políticas, o Estado deverá se reservar, cada vez mais, para as decisões em que apenas a ele caiba atuar, em razão de seu monopólio da imperatividade, passando a valer-se, paulatina e preferencialmente, da cooperação e da colaboração em tudo o que puder ser mais vantajosamente atendido pela consensualidade, notadamente com a ampliação do campo de debate aberto e de negociação de interesses metaindividuais, flexibilizando, assim, um outrora marmóreo e inexorável conceito de interesse público, que deixa de ser, cada vez mais claramente, aquele confundido com o seu próprio, para ser não mais que aquele que o Direito põe a seu cargo, um específico modo de atendimento”. “Globalização e o direito administrativo”, in *Um avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 559.

<sup>8</sup> Após reconhecer que, em regra, para atividades permanentes, deve ser criado, por lei, cargo público e provido por servidor selecionado através de concurso público, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO ressalva argumentamente que “em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço)”. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: 3ª. Ed. Lúmen Júris. 2000, p. 189.

O Brasil também se engajou numa tendência de terceirização das atividades de apoio, chegando-se a aludir a uma “crise do concurso público”. A política da Reforma Gerencial (em seu segundo ciclo, produzida a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso) teve como uma de suas metas a ampliação da relação de serviços eficientemente providos por prestadores especializados no setor privado. Explicou LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA que “O objetivo é permitir que a administração direcione claramente as suas áreas de atuação, executando com competência apenas as atividades que são próprias ou exclusivas do Estado. Aquilo que representar atividade com similaridade no setor privado deve ser objeto de execução indireta, mediante contratação de prestadores de serviço nas condições que permitiam a maior economia de custos”<sup>9</sup>. No âmbito federal, o Decreto nº 2.271/1997 (§ 1º do art. 1º) proveu a regulamentação quanto à execução indireta de atividades da Administração Pública, prevendo-se que, entre outras, as tarefas de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, reprodução de documentos, telecomunicações e manutenção de prédios deverão ser preferencialmente contratadas<sup>10</sup>.

A reorganização estrutural quanto ao desempenho de atividades administrativas vem retratada no ordenamento nacional a partir de inúmeras normativas (infraconstitucionais) surgidas no bojo do processo de *privatização* (para usar uma acepção lata do termo). Mesmo o Decreto-lei nº 200/67 já prescrevia o recurso à execução indireta (art. 10º, § 7º)<sup>11</sup>, tendo esta opção sido reforçada, mais recentemente, com a edição do Decreto federal nº 2.271/97 (art. 1º).

Portanto, rejeito a concepção de que somente atividades-meio seriam possíveis de repasse aos particulares mediante contratação administrativa. Atividades-fim podem ser transferidas aos privados no bojo de programas de terceirização.

Mas isso não significa, por óbvio, ausência de limites à hipótese. Do plano constitucional, seria possível extrair a indelegabilidade de atividades próprias de Estado (como aquelas

<sup>9</sup> *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP — Escola Nacional de Administração Pública, 1998, p. 300.

<sup>10</sup> Indiciária da viabilidade jurídica em se terceirizar a mão-de-obra em substituição à contratação de servidores é a disposição do § 1º. do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe que: “Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”. Uma crítica aos termos do artigo por aparentemente reconhecer a possibilidade de contratos de terceirização de mão-de-obra acha-se em Di Pietro. Maria Sylvia. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal* (coord. IVES GANDRA MARTINS e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO). São Paulo: Saraiva. 2001, p. 137.

<sup>11</sup> Art. 10 - A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada”. ... § 7º. “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

envolvidas com a manifestação da coerção, do poder de império e que importem em escolhas *políticas* do governante). Já no plano infraconstitucional, não há legislação específica que prescreva parâmetros precisos à hipótese. Poder-se-ia lembrar aqui a prescrição genérica do inciso III do art. 4º da Lei n 11.079/2004, que fixa como diretriz aos ajustes de parceria público-privada (em sentido estrito) a indelegabilidade de funções estatais típicas e do poder de polícia<sup>12</sup>. No plano infra-legal (federal), cabe referir à determinação do § 2º do art. 1º do Decreto federal nº 2.271/97, que ressalva à prestação indireta de serviços a observância do plexo de atribuições de cargos integrantes dos planos de cargos ou salários dos órgãos ou entidades da Administração.

#### 4. As atividades indelegáveis à luz da Constituição Federal

É certo que nem todas as atividades estatais são transferíveis aos privados pela via da terceirização. Há um núcleo de atividades que se destinam ao exercício do império e à manifestação da coerção (que pressupõem escolhas políticas do Estado) indelegáveis aos privados em face da orientação do princípio da república<sup>13</sup>. E o critério delimitador deste núcleo de atividades típicas, repise-se, não mantém relação com a dicotomia atividade-meio/atividade-fim<sup>14</sup>. Isto é: haverá eventualmente atividades qualificáveis como atividades-fim mas destituídas da virtualidade de manifestação do império e da coerção, afigurando-se, portanto e em princípio, delegáveis à prestação pelos privados.

<sup>12</sup> As leis estaduais de PPP também veiculam a vedação: Lei de Minas Gerais nº 14.868/2003 (inciso II do art. 6º); Lei de São Paulo nº 11688/2004 (inciso III do parágrafo único do art. 1º); Lei da Bahia nº 9290/2004 (inciso V do art. 4º); Lei de Santa Catarina nº 12.930/2004 (inciso III do art. 2º); Lei do Estado do Rio Grande do Sul, nº 12.234/2005 (inciso III do art. 2º); Lei do Ceará nº 13.557/2004 (inciso III do parágrafo único do art. 1º); e Lei de Goiás nº 14.910/2004 (inciso III do art. 2º).

<sup>13</sup> Esta específica questão já foi examinada em artigo de minha autoria. “As Parcerias Público-Privadas e a Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia – Em Especial, a Questão dos Contratos de Gestão Privada de Serviços em Estabelecimentos Prisionais”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>14</sup> Até se poderia valer do raciocínio para classificar, no âmbito daquelas atividades envolvidas com o poder de coerção, atividades de suporte (como atividades-meio), delegáveis, e atividades decisórias e finalísticas, como atividades-fim, indelegáveis. Mas o critério peca, ainda, pela dificuldade de delimitação dos conceitos aos casos concretos. É visível a inexistência de consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicação destes conceitos: ora se relaciona atividade-fim com a *essencialidade* do serviço, ora se a identifica como atividade diretamente relacionada com o *objeto social* da pessoa jurídica etc. Tome-se um exemplo. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO utiliza-se desta dicotomia para explicar que algumas atividades relacionadas com os serviços de saúde pública são transferíveis a privados. Inclui nesse rol (das atividades-meio) serviços técnico-especializados, como os inerentes a hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc. Confrontados os exemplos referidos pela autora com inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União, conclui-se que tais assumiriam, perante esse órgão, qualificação de *atividade-fim* (de ente administrativo dedicado à prestação de serviços de saúde). DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 174.

No Brasil, é tradicional o reconhecimento acerca da indelegabilidade de determinadas funções estatais. As atividades essenciais de produção-aplicação do direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos são atingidas pela limitação, como refere a doutrina<sup>15</sup>. São indelegáveis as atividades que manifestam o poder de império do Estado.

No campo das atividades administrativas, essa limitação alcança as competências decisórias vocacionadas à disciplina e manutenção da ordem pública, que se servem do uso da força para impor (dentro dos parâmetros normativamente estabelecidos) condicionamentos e restrições à propriedade e liberdade dos privados. São competências que decorrem da chamada *função de polícia*.

A noção de poder de polícia vem se aperfeiçoando nos últimos anos a partir da contribuição da doutrina. Mesmo a expressão “poder de polícia” é mantida mais pela tradição do que pela significação que carrega. Talvez fosse mais adequado referir a uma *Administração Ordenadora* — para usar uma expressão de procedência germânica introduzida em nosso direito por influência do pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD, que formulou interessante enquadramento da problemática das limitações impostas pelo Poder Público aos particulares<sup>16</sup>. Contudo, o exame do tema não é propriamente objeto deste estudo. O que importa aqui é adotar-se um conceito *operacional* de polícia que se preste a instrumentar o raciocínio acerca da viabilidade do trespasse de atividades de suporte a competências administrativas envolvidas com a *coerção*. Para tanto, prefere-se a adoção de uma noção ampla de *polícia*, relacionada com o uso de poderes imperativos e coercitivos destinados a assegurar a manutenção da ordem pública e a realização de direitos fundamentais<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O sistema da Parceria entre os setores público e privado — Execução de serviços através de Concessões, Permissões, Terceirizações e outros Regimes — aplicação adequada destes institutos” in *BDA — Boletim de Direito Administrativo* n° 2/97, São Paulo: NDJ, p. 77. Ver (sobretudo) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”, in *Revista Trimestral de Direito Público* n° 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 74.

<sup>16</sup> Administração Ordenadora é definida pelo jurista como “a parcela da função administrativa, desenvolvida como o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo da atividade que lhes é próprio”. Este setor envolve a produção de atos ligados a condicionamentos de direitos que admitem a “execução administrativa”, isto é: a (a) imposição coercitiva de obrigações ou a (b) atuação direta do Estado em execução das sujeições de direito, assim como poderes de repressão a infrações e aplicação de sanções; de fiscalização das atividades dos privados; e de expedição de autorizações e licenças. SUNDFELD, Carlos Ari *Administração ordenadora*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 20 e 83.

<sup>17</sup> Englobam-se nela tanto a chamada polícia administrativa (encampando as ditas polícias especiais, como a polícia de costumes, a polícia da comunicação, a polícia sanitária, a polícia de viação, a polícia do comércio e da indústria, a polícia das profissões, a polícia ambiental, a polícia de estrangeiros, a polícia edilícia e a polícia de segurança pública), como a polícia judiciária, dedicada às atividades instrumentais à prevenção de

É importante notar que o exercício do poder de polícia, particularmente na sua manifestação imperativa e coativa, apresenta-se como decorrência da legitimidade do poder político. Este tem origem num sistema de atribuição originária de competências que se funda no princípio da república. Seu caráter funcional – de busca ao atendimento do interesse da coletividade – justifica a atribuição de espaços discricionários ao agente estatal. À delegação da função de polícia a terceiros contrapõe-se, portanto, a impossibilidade de se transferirem poderes administrativos decisórios fundados na realização do interesse público, que se servem de função discricionária ou de autonomia pública. Isso porque não há cabimento acerca da delegação de atividade cuja extensão possa propiciar, ainda que indiretamente, o preenchimento do interesse público<sup>18</sup>.

Considere-se ainda que, como instrumento para a melhor realização desse poder à luz do atendimento a valores fundamentais, o Estado monopoliza a violência. Esta tem caráter instrumental àquele; será sempre sua consequência, nunca sua causa (quanto a isso, pode-se consultar a interessante ponderação de MARÇAL JUSTEN FILHO com apoio na filosofia de HANNAH ARENDT<sup>19</sup>). Uma das atribuições do poder, portanto, está em decidir acerca do uso (instrumental) da violência. O seu monopólio justifica-se para restringir sua utilização “apenas às hipóteses em que seja absolutamente indispensável, reduzindo a capacidade de os diversos grupos sociais gerarem conflitos”<sup>20</sup>. Portanto, só o Estado poderá decidir acerca do uso da violência.

Estas considerações permeiam o instituto do poder de polícia. Diz-se que as competências que expressam a *coação administrativa* são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do poder público. Como a violência é monopólio do Estado, a hipótese do exercício de coação por particulares (salvo as específicas exceções legais) traduz-se, em princípio, na quebra de um equilíbrio imanente da relação entre privados, propiciando o exercício de supremacia (traduzido na imposição de restrições e condicionamentos de liberdade e de propriedade) de uns perante outros.

Há, contudo, parcelas destas atribuições plenamente transferíveis. São as chamadas *atividades de suporte*.

---

ilícitos penais e à repressão criminal. Conforme DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 393 a 413.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral da concessão de serviço público*. São Paulo: Dialética, p. 139, 2003, p. 137.

<sup>19</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11 e 12.

<sup>20</sup> *Curso....*, p. 7 a 9.

#### 4.1. A delegabilidade de atividades de suporte

A despeito de reconhecida a indelegabilidade de algumas competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração Pública, hipóteses existem em que os particulares poderão desempenhar atividades instrumentais e acessórias ao exercício destas competências.<sup>21</sup> A doutrina tem examinado a questão<sup>22</sup>. Nos casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas ou típicas estatais (preparatórios ou sucessivos), não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à interferência na propriedade e liberdade dos particulares. São atividades consideradas “serviços instrumentais” à expressão jurídica do poder de polícia. Nestas condições, afirma-se a viabilidade da gestão privada. Excepcionalmente, mesmo a emissão por privado de ato jurídico (vinculado) manifestante do poder de polícia tem sido admitida<sup>23</sup>.

Portanto e como afirma FLORIANO MARQUES NETO, “bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração Pública, nada obsta que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular. E menos óbice ainda há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade”<sup>24</sup>.

Assim e por exemplo, nada impedirá que a Administração, no propósito de aferição de metrologia de produtos, cometa a um particular a execução de serviços de avaliação técnico-pericial prévia para esse fim. Da mesma forma, nenhum óbice se põe à avaliação pericial-ambiental por *experts* privados com vistas à deliberação administrativa acerca da adequação e correção do uso do meio ambiente. Também possível será a prestação de

---

<sup>21</sup> Refira-se ao crescente fenômeno, na Espanha, das “entidades colaboradoras”, atuantes campo de proteção ao meio ambiente, urbanismo, entre outros. A atividade que desenvolvem estas entidades é, fundamentalmente, técnica e operativa. Como esclarece JOSÉ BERMEJO VERA, “... más que delegación de funciones públicas de carácter administrativo, se trata de “encomiendas de gestión”, porque, por supuesto, la acción de estas entidades encuentra desprovista, al menos jurídicamente, del imperium característico del Poder público”. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 423.

<sup>22</sup> DALLARI, Adilson Abreu. “Credenciamento”, in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 51 e 52. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”, in *Revista Trimestral de Direito Público* n° 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 68 a 71. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 102. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação”, in *Revista Trimestral de Direito Público*. n° 20. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25, 26, 27 e 28.

<sup>23</sup> Sustenta-se, no entanto, que, na hipótese, não há “delegação” da atividade de polícia, afirmando-se a caracterização de mera “relação de administração” (sendo o próprio Poder Público que manifesta o ato de polícia, o fazendo por via de equipamento sob a guarda e conservação de particulares). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Serviço público...”, p. 27 e 28.

<sup>24</sup> “A contratação de empresas...”, p. 76.

alguns serviços gerais de suporte ao funcionamento de estabelecimento prisional por empresa privada<sup>25</sup>. Enfim, a transferência de atividades meramente instrumentais, e geralmente de conteúdo técnico, ao desempenho de competências exclusivas do Estado, é admitida em nosso direito<sup>26</sup>.

Poderia supor-se, com fins de delimitar o tratamento jurídico das hipóteses, a existência de uma diferença qualitativa entre o *exercício decisório* que se verifica na atuação exclusiva da Administração Pública em promover a ação de polícia (não só no âmbito abstrato-normativo, mas, ainda, quanto a decisões concretas e específicas), e o *exercício de mera execução*, por particulares, acerca de tarefas (materiais) decorrentes (ou preparatórias) da manifestação decisória da Administração. Uma coisa é decidir acerca do conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa, competência reservada indelegavelmente à Administração, outra é promover a mera execução, preparatória ou sucessiva, acerca do que foi (ou será) deliberado pela autoridade pública. Apanha-se uma distinção quanto à natureza das atividades exercidas: uma, de origem decisória (envolvendo exame de mérito); a outra, de cunho (restritamente) executivo.

Costuma-se por isso proceder a uma distinção classificatória entre *gestão estratégica* (função mais elevada, compreendendo a direção e orientação de um serviço), *gestão operacional* (compreendendo a gestão do funcionamento de um serviço em seus aspectos de regulação e otimização — logística, resolução de conflitos, racionalização etc.) e *gestão executiva* (compreendendo a execução material da prestação)<sup>27</sup>. Usando-se deste critério de classificação, seria lícito afirmar que os particulares poderão receber, no terreno da prestação de serviços relacionados a funções típicas do Estado, transferência de função *executiva*. Nunca delegação de competências *decisórias* (presentes na *gestão estratégica* e, em alguma medida, na *gestão operacional* de serviços), próprias da manifestação exclusiva da Administração. Transfere-se não a autoridade decisória, mas os instrumentos de que esta se serve.

Note-se, contudo, que, em certas situações, será extremamente difícil, na prática, delimitar as hipóteses de *gestão da decisão* de *gestão da execução*. A multivariada realidade dificulta a recondução de hipóteses a categorias precisas e delimitadas, impedindo

<sup>25</sup> VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. “As Parcerias Público-Privadas e a Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia – Em Especial, a Questão dos Contratos de Gestão Privada de Serviços em Estabelecimentos Prisionais”, Parcerias Público-Privadas (coord. Carlos Ari Sunfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>26</sup> Cite-se também a Lei nº 9472/97 que estabeleceu, seu art. 59, a possibilidade da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações utilizar-se, mediante contrato, de técnicos ou empresas especializadas para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

<sup>27</sup> Conforme classificação de GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 101. DI PIETRO, Maria Sílvia. *Parcerias...*, p. 170 e ss.

uma taxonomia adequada. Evidencia-se que, na prática, mesmo no âmbito de um exercício de mera execução material, será possível visualizar, em algumas hipóteses, influência da gestão privada no espaço decisório próprio da polícia. Daí a dificuldade de se afirmar uma distinção rigorosa (e prestável a possibilitar a delimitação de tratamentos jurídicos) entre uma ação de *decidir* e uma ação de *executar* materialmente o que fora decidido. O problema fica reconduzido a uma gradação da margem de interferência privada no desempenho das ações de polícia. As soluções somente poderão buscar-se nos casos concretos e a partir da modelagem dos arranjos negociais entre a Administração e os privados.

### 5. Conclusões

Como síntese do exposto, concluo que: (1) a dicotomia atividade-meio/ atividade-fim não é uma imagem adequada para explicar a transferibilidade de atividades estatais à iniciativa privada; (2) há certas atividades indelegáveis pela via da terceirização, mas o fundamento que as reserva à prestação estatal encontra-se no vínculo que mantêm com escolhas políticas e com o exercício da coerção; (3) há viabilidade no trespasse de atividades de mero suporte, delimitação que só poderá realizar-se nos casos concretos. □



## As fundações estatais de direito privado e o debate sobre a nova estrutura orgânica da administração pública \*

Paulo Modesto

### 1. Introdução

A organização administrativa do Estado constitui o capítulo mais inconsistente do direito administrativo nacional. Essa afirmação polêmica tanto vale para o direito administrativo como conjunto de regras e princípios normativos (microcosmo normativo, linguagem-objeto ou linguagem prescritiva do direito) quanto para o direito administrativo como disciplina prática ou hermenêutica (metalinguagem da interpretação, linguagem descritiva ou, sob outro enfoque, linguagem criptonormativa da doutrina). É o que se tentará demonstrar a seguir, enfatizando a aplicação dessa premissa às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

#### 1.1. Inconsistência Normativa

As disposições jurídicas atinentes à organização administrativa do Estado Brasileiro, em particular sobre a organização das entidades da administração indireta, caracterizam-se pelo casuísmo e pela imprecisão conceitual.

Há marcado casuísmo, no sentido técnico, a partir da própria normatividade constitucional. A Constituição Brasileira, por um lado, estabeleceu que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação (...)” (Art. 37, XIX), estabelecendo ainda que “depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas”(…) ou a “participação de qualquer delas em empresa privada” (Art. 37, XX); por outro lado, a Constituição aparentemente não reclamou a existência de uma lei orgânica

---

\* Texto base da conferência realizada pelo autor no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 9 de outubro de 2007, em Arraial da Ajuda, Porto Seguro, Bahia. Parte da exposição foi também utilizada na conferência proferida pelo autor no VI Fórum Brasileiro sobre a Reforma do Estado, na cidade do Rio de Janeiro, em 1 de outubro de 2007.

geral da administração pública, destinada a conceder sistematicidade, previsibilidade e clareza conceitual às diferentes formas organizacionais de expressão do Poder Público.

A ausência de uma norma geral em matéria de organização administrativa permitiu e permite que em cada lei ordinária se redefina conceitualmente as entidades da administração indireta do Estado. A lei específica que cria ou autoriza a criação de entidade pública pode estabelecer disciplina que vale casuisticamente para aquela entidade criada ou autorizada, mas não para as demais, em aspectos sensíveis, como o âmbito de autonomia da entidade, a composição dos seus quadros dirigentes e o controle ou supervisão de sua atuação pela Administração Direta. O risco constante de fragmentação e fluidez dos arranjos organizacionais, ao contrário de ser algo positivo, terminou por produzir grave confusão no próprio legislador, no administrador, na jurisprudência dos Tribunais e entre juristas, gerando incerteza e ineficiência no que se refere ao *modus operandi* específico de cada tipo de entidade, o seu regime jurídico predominante e a sua forma de relacionamento com os órgãos de controle interno e externo. Falta um quadro normativo nítido do regime jurídico das entidades públicas e sobram soluções originais, desconhecidos conceituais e mal entendidos em matéria essencial para o funcionamento regular e ágil da Administração Pública.

O casuísmo certamente gera imprecisão, mas também é retroalimentado por vacilações conceituais e terminológicas da própria legislação, lamentavelmente a partir da Lei Fundamental, mas com reforço especial na legislação ordinária, em particular no Decreto-Lei 200, de 25/2/1967, expedido com fundamento no Ato Institucional 4, de 1966, em plena ditadura, composto por nada menos de 215 artigos. Não é preciso buscar muito: o inciso XX, do art. 37, da Constituição Federal, já referido, ainda em sua redação original, reclama autorização legislativa específica tanto para criação de subsidiária como para a participação em empresa privada de qualquer das entidades referidas no inciso IX da art.37, o que é tecnicamente uma impropriedade evidente, pois não parece concebível que autarquias e fundações constituam subsidiárias ou participem do capital de empresas privadas! O Decreto-Lei 200/67, de sua parte, confunde com freqüência institutos díspares, como a descentralização e a desconcentração (v.g, art. 10), além de adotar conotações problemáticas para definir autarquia e fundação pública, entre outras graves inconsistências, assinaladas reiteradamente pela doutrina.

Essa conclusão vale também para o âmbito estadual e municipal que, embora detentores de autonomia para disciplinar a própria organização administrativa, habitualmente têm adotado em grande medida o modelo da legislação federal.

No texto constitucional vigente, já com sucessivas emendas, no caso específico das fundações, que nos interessa aqui mais de perto, a vacilação conceitual e terminológica pode

ser qualificada como dramática. São adotadas nada menos do que quatro formas de referência a fundações no texto constitucional:

- a) “fundação” (art. 37, XVII, XIX; 39, §7º; art. 40, caput; 163, II, 167, VIII; 202, §§3º e 4º, da CF e art. 8º e 61, do ADCT);
- b) “fundação pública” (art. 39, caput, original, repristinado por recente decisão do STF; art. 19, do ADCT);
- c) “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”(art. 71, II e III; 150, §2º; 157, I; 158, I; 165, §5º, II e III; 169, §1º, da CF e art. 18; 35, §1º, V, e 61 do ADCT);
- d) “fundações sob controle estatal”(art. 163, II, da CF e art. 8º, §5º, da ADCT).

Em algumas dessas disposições, a “fundação” referida emparelha perfeitamente com as autarquias e com a própria administração direta, pessoas de direito público, a revelar semelhança de disciplina jurídica. É o caso, por exemplo, do art. 19 do ADCT, pois o dispositivo garante aos “servidores públicos civis” dessas pessoas administrativas o direito a estabilidade extraordinária se em exercício continuado há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição e, mediante concurso de efetivação, a própria integração em cargo público. É a hipótese também do art. 40, caput, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, que determina a aplicação do regime de previdência específico dos titulares de cargos efetivos para servidores da administração direta, das autarquias e das fundações. Pode-se referir também o disposto no art. 169, §1º, da CF, que ressalva apenas as empresas estatais da exigência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias para a concessão de vantagens ou aumentos de remuneração de pessoal. É a hipótese igualmente do art. 39, caput, da Constituição, na redação original, repristinada por recente decisão do STF, que reestabeleceu a obrigatoriedade do regime jurídico único para a administração direta, das autarquias e das fundações públicas.

Em outros dispositivos, a “fundação” referida recebe tratamento equivalente ao concedido a empresas estatais, pessoas submetidas predominantemente a regime jurídico privado, como no art. 37, XIX e 167, VIII, da Constituição Federal. Na primeira disposição, também já referida, na redação da Emenda Constitucional n. 19/98, reclama-se lei específica para criar autarquia e, de modo claramente distinto, reclama-se lei específica para autorizar a criação de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação. No art. 61 do ADCT, que cuida especialmente de dispor sobre o fomento de entidades privadas de ensino, inclui-se também referência a manutenção de recursos para fundações de ensino e pesquisa “cuja criação tenha sido autorizada por lei”. No art. 167, VIII, proíbe-se a utili-

zação, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos.

FRANCISCO GAETANI denomina essa fluidez e incerteza das formas estruturais da organização administrativa de “cacofonia organizacional”. Nas suas palavras: “A administração pública brasileira é correntemente caracterizada por uma cacofonia organizacional devido à co-existência de múltiplas formas jurídicas referentes a como se estruturam os variados tipos de atividade governamental”. Essa cacofonia, que também reconhecemos, não traria problemas, se o quadro geral fosse nítido, com cada forma estrutural bem definida, a ser utilizada e compreendida por todos, sem vacilações e mal entendidos. Não é o que ocorre.

No segmento das fundações, saliente-se novamente, a Constituição refere ora a “administração fundacional” como segmento à parte da administração indireta (art. 38, caput; 37, XI, da CF), ora encarta as fundações no âmbito da administração indireta (art. 37, caput, XVII e XIX). Desse modo reproduz, no plano constitucional, as vacilações do legislador ordinário.

Na EC 19/98, em norma específica, o legislador da reforma deixou assinalado que esse estado de coisas reclamava revisão abrangente, global, sistemática, abrangente de todas as entidades da administração indireta. No art. 26, da Emenda Constitucional n. 19, prescreveu-se:

*Art. 26. No prazo de dois anos da promulgação desta Emenda, as entidades da administração indireta terão seus estatutos revistos quanto à respectiva natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente realizadas.*

A disposição não foi regulamentada nem foi efetivamente aplicada, não tendo ocorrido a revisão dos estatutos nem um programa para análise da transformação da natureza jurídica de entidades em dissonância organizacional com as suas finalidades ou competências efetivamente realizadas. Essa revisão, imposta em norma constitucional de cumprimento obrigatório, no entanto, somente parece viável se existente um quadro coerente e global sobre a tipologia das formas estruturais da organização administrativa, referencial para as revisões reclamadas. É dizer: o art. 26 da Emenda Constitucional n. 19/98 pode ser considerado base para a exigência não apenas para a revisão da forma jurídica das entidades da administração indireta, mas base de exigência para uma nova lei orgânica da administração pública, apta a revogar o Decreto-Lei 200/67 e oferecer sistematicidade e alguma clareza conceitual a organização administrativa brasileira.

Essa inteligência encontra reforço também em outras alterações realizadas pela Emenda Constitucional n. 19/98 em sede de organização administrativa. Com eficácia imediata, o

legislador da reforma de 1998 promoveu alteração no art. 37, XIX, da Constituição para diminuir, em parte, a imprecisão técnica do texto, mas foi além, revelando também a sua preocupação com a sistematização dos entes da administração indireta. Na versão original do art. 37, XIX, dizia-se: *"XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública"*. A imprecisão era patente: as autarquias eram e são criadas por lei, que as constitui, sem reclamarem qualquer outro ato adicional de instituição; as empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações de direito privado, reversamente, sempre reclamaram, ao menos em nosso direito, atos constitutivos e registros adicionais para a efetiva instituição, consoante a legislação regente. Por outro lado, as fundações de direito público, ou fundações públicas, na dicção constitucional, entendidas como simples autarquias ou fundações autárquicas, deveriam ser subsumidas no próprio conceito de autarquia e, portanto, não deveriam demandar uma dupla referência no interior de um mesmo dispositivo constitucional. Com a Emenda 19/1998, o texto assumiu outra feição: *"somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação"*.

A redação vigente ainda é imperfeita. Coerente com a idéia de uma melhor sistematização das entidades da administração indireta, a exigência de lei complementar para definição das áreas de atuação de certas entidades é louvável, especialmente se a medida contribuir para ordenar as entidades conforme "a finalidade e as competências efetivamente realizadas", nos termos do art. 26 da Emenda Constitucional n. 19/98. Mas a forma como essa exigência foi posta no texto, lamentavelmente, permite a ambigüidade sobre a abrangência da lei complementar, isto é, deixou incerto se devem ser definidas as áreas de atuação das fundações apenas ou, por igual, também a área de atuação das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Com efeito, o texto da norma divide em dois os modos de emprego da lei específica na criação de entidades da administração indireta. Se com a expressão "neste último caso" está a referir o segundo modo de emprego da lei, a simples autorização para a instituição das entidades, então a abrangência é ampla e alcança todas as formas de entidade referidas na segunda parte da norma. Se a expressão refere a última entidade mencionada na relação de entidades apresentada, circunscreve-se às fundações referidas na segunda parte do dispositivo. Considero esta última a melhor compreensão do texto, especialmente sob um ângulo sistemático, pois a própria Emenda Constitucional 19/98 estabelece no art. 173 da Constituição, §1º e seguintes, a exigência de lei ordinária para disciplinar o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômi-

ca de produção ou comercialização de bens. Se esta última matéria é entregue à lei ordinária, reserva-se o objeto da lei complementar referida na parte final do art. 37, XIX, apenas a disciplinar o campo de atividades das fundações criadas por autorização legal, isto é, as fundações estatais de direito privado.

A Emenda Constitucional 19, além disso, suprimiu da cabeça do art. 37 a expressão “administração fundacional”, mantendo apenas a referência a administração direta e indireta, esta última suficiente para abranger todas as entidades personalizadas criadas pelo Estado. Mas, paradoxalmente, introduziu a expressão referida na cabeça do art. 38. Na EC 41/2003, a mesma expressão ressurgiu no sempre instável inciso XI do art. 37.

### 1.2. Inconsistência da Doutrina

A doutrina brasileira tradicionalmente dispensou uma atenção secundária ao tema da organização administrativa. Por razões pragmáticas, diante da vertente autoritária de nossa administração pública, dominante na história do país, a doutrina concentrou atenção no estudo das "formas de expressão" da função administrativa (por exemplo, no regime do ato administrativo, do contrato administrativo, do regulamento) e nas garantias dos administrados (princípios jurídicos condicionantes da administração, processo administrativo e o controle administrativo), com o objetivo de precisar os limites e condicionamentos do agir da Administração. A estruturação do aparato administrativo, a organização da administração no seu sentido subjetivo ou orgânico, recebeu muito menor atenção. Contamos ainda assim com estudos valiosos na matéria, verdadeiramente magistrais, especialmente sobre o regime das autarquias (v.g., a clássica tese de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a Natureza e o Regime Jurídico das Autarquias, publicada em 1968), mas são estudos em pequeno número, o que apenas confirma a tendência geral.

Esse fato explica em parte o grande desencontro de classificações e de conceitos entre os estudiosos da matéria.

Podemos exemplificar essa inconsistência da doutrina, por igual, com o conceito de fundação.

Todos concordam que fundação é categoria jurídica aplicada tanto no direito civil quanto no direito administrativo. Em qualquer dos ramos, fundação é patrimônio (conjunto de bens) personalizado, afetado a uma finalidade específica e não lucrativa definida pela vontade do instituidor, submetido a controle e fiscalização pelo Poder Público.

No atual Código Civil, ao contrário do que ocorria na vigência do Código de 1916, essa finalidade do instituidor vem demarcada, pois somente poderá constituir-se fundação para “fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.

Mas cessam neste ponto as concordâncias.

Podemos classificar as orientações doutrinárias em matéria de fundações em três:

- a) Para a primeira, monista, toda fundação instituída e mantida pelo Poder Público é fundação de direito público, é autarquia ou fundação autárquica, apenas com a peculiaridade da criação ser realizada ou autorizada por lei e área delimitada por lei complementar (Celso Antônio Bandeira de Mello após a Constituição Federal de 1988, Lucas Rocha Furtado, Lúcia Valle Figueiredo);
- b) Para a segunda, monista também, tradicional e quase desaparecida após 1984, com a decisão no STF no RE 101.126-RJ, Rel. Moreira Alves, é impróprio falar-se em fundação de direito público, pois toda fundação é forma civil, isto é, de direito privado (Manoel Franco Sobrino, Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles antes da Constituição de 1988);
- c) Para a terceira, dualista, o texto constitucional vigente refere a dois tipos de fundação, como explicitou a nova redação do art. 37, XIX, sendo possível falar-se tanto em fundações de direito público, autênticas autarquias, como em fundações de direito privado, desde que a denominação tenha coerência com a finalidade e as competências efetivamente realizadas. (Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diogenes Gasparini, Alice Gonzalez Borges)

Adoto, desde há muito, a concepção dualista.

As fundações são de direito público se manejam prerrogativas de direito público, se titularizam poderes de autoridade, independentemente da atividade que desempenham, pois semelhante autorização legal é incompatível com a aplicação geral do regime das entidades de direito privado. Neste caso, devem receber tratamento equivalente ao das autarquias, em sintonia com diversas disposições constitucionais, antes referidas (Art. 39, caput; 40, caput; 169, §1º.; 19, ADCT). Se são autarquias fundacionais, por oposição às autarquias corporativas, são disciplinadas integralmente por normas de direito público, em especial:

- a) seus bens são inalienáveis (art. 67, CC), insuscetíveis de usucapião (art. Art. 200 do Decreto-Lei 9.700/19460), imprescritíveis e impenhoráveis;
- b) o pagamento de dívidas decorrentes de condenações judiciais se faz mediante precatório (art. 100, CF);
- c) a cobrança de seus créditos se faz por executivos fiscais;

- d) gozam do foro privilegiado do juízo federal (art. 109, CF);
- e) criação e extinção por lei (art. 37, XIX, CF);
- f) capacidade de auto-administração; especialização dos fins ou atividades;
- g) sujeição a controle ou tutela pela administração direta nos mesmos termos das demais autarquias, salvo regime especial (v.g., autarquias executivas).

Se a fundação estatal é de direito privado, predominam no seu funcionamento normas de direito privado, em sintonia também com diversas normas constitucionais antes referidas (art. 37, XIX; 167, VIII; 61, ADCT), porém com diversas derrogações de direito público, especialmente:

- a) não aplicação das regras do direito civil sobre as áreas em que as fundações privadas podem atuar (CC, art. 62, parágrafo único) em face da existência de previsão constitucional específica (CF, art. 37, XIX);
- b) extinção somente autorizada por lei, o que excepciona a regra do art. 69 do Código Civil;
- c) aplicação aos seus servidores de diversas regras gerais dos servidores públicos, inclusive efetivos, como o teto constitucional de remuneração, analogia também empregada para fins criminais (art. 327, CP) e para fins de improbidade administrativa (Lei 8.429/92);
- d) sujeição dos seus dirigentes ao mandado de segurança quando exerçam funções delegadas, no que dizem respeito a essas funções (art. 1, § 1, Lei 4.717/65);
- e) cumprimento, em matéria de finanças públicas, das exigências dos art. 52, VII, 169, 165, §5 e 9, da CF.

São obviamente comuns aos dois tipos de fundações:

- a) imunidade tributária do art. 150, § 2; da CF;
- b) vedação de acumulação de cargos ou de empregos públicos (CF, art. 37, XVII);
- c) obrigatoriedade da licitação (art. Art. 22, XXVII); concurso público (art. 37, II);
- d) controle pelo Tribunal de Contas (art. 71, II e IV);
- e) controle do Ministério Público em termos gerais (ações civis públicas, ações de improbidade, etc), entre outros aspectos, que não cabe aqui detalhar.

## 2. Projeto de lei complementar n. 92/2007

Na tentativa de dar cumprimento ao disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, e com o objetivo de renovar a aplicação da forma “fundação” no âmbito da Administração



Pública, o atual governo apresentou no último mês de junho o projeto de Lei Complementar n. 92/2007, cuja transcrição integral se impõe:

Regulamenta o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, parte final, para definir as áreas de atuação de fundações instituídas pelo poder público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Poderá, mediante lei específica, ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas:

- I. saúde;
- II. assistência social;
- III. cultura;
- IV. desporto;
- V. ciência e tecnologia;
- VI. meio ambiente;
- VII. previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição;
- VIII. comunicação social; e
- IX. promoção do turismo nacional.

§ 1º. Para os efeitos desta Lei Complementar, compreendem-se na área da saúde também os hospitais universitários federais.

§ 2º. O encaminhamento de projeto de lei para autorizar a instituição de hospital universitário federal sob a forma de fundação de direito privado será precedido de manifestação pelo respectivo conselho universitário.

Art. 2º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.

Na exposição de motivos (EM nº 00111/2006/MP, datada de 04 de junho de 2007), assinada pelo Ministro Paulo Bernardo, Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, é afirmado que “o Projeto prevê que somente poderá ser instituída para desempenho de atividades estatais que não sejam exclusivas de Estado, de forma a vedar a criação de entidade de direito privado para exercício de atividades em áreas em que seja necessário o uso do poder de polícia”.

O texto do projeto é contido e merece elogios por isso. Além disso, é positivo o fato de explicitar em norma entendimento de que persistem no sistema jurídico nacional as duas alternativas de configuração das fundações no âmbito da Administração Pública, a fundação estatal de direito público e a fundação estatal de direito privado.

No entanto, no interior do Governo, duas orientações se apresentam neste momento: alguns acreditam que o projeto deve ser ampliado, para detalhar melhor o modo de funcionamento e estruturação das fundações estatais de direito privado (sinal disso é a previsão, aparentemente fora dos esquadros constitucionais, de norma de natureza processual no art. 1º, §2º, do Projeto de Lei Complementar); outros, consideram que o projeto deve permanecer geral, cuidar exclusivamente de definir áreas de atuação das fundações estatais de direito privado, ser aprovado, e nas leis especiais de autorização de criação ou transformação das autarquias existentes para fundações de direito privado deve ser especificada a forma de funcionamento e estruturação das fundações de direito privado criados pelo Estado, inclusive mediante detalhamento de normas processuais. As duas orientações preocupam. A primeira, pois colocará o projeto em situação de fragilidade jurídica, dado que a inclusão de temas organizatórios e processuais na lei complementar requerida pelo art. 37, XIX, parece exceder o âmbito previsto neste comando para a lei complementar, que unicamente está autorizada a definir as áreas de atuação das fundações estatais de direito privado. A segunda orientação igualmente preocupa, pois pode ensejar uma grande variedade de soluções de organização e funcionamento das fundações a serem criadas ou transformadas, a tornar mais fragmentário e fluido ainda a tipologia dos entes da administração indireta, na ausência de uma norma geral de enquadramento das entidades públicas.

A segunda preocupação não é excessiva. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem mantido uma jurisprudência dúbia em relação às entidades da administração pública indireta, de direito privado.

Por um lado, podem ser referidos diversos pronunciamentos da Corte admitindo a possibilidade de convivência no atual sistema constitucional de fundações estatais de direito privado e fundações estatais de direito público.

Recolho, em particular, uma decisão em que o tema foi o centro do debate. Tratava-se do mandado de segurança n. 24.427-5, Distrito Federal, em que se debatia validade de ato emitido pelo TCU, que determinara ao Banco do Brasil que providenciasse junto ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional para formalizar a criação da Fundação Banco do Brasil, dado que a instituição da entidade, ocorrida em 1986, não decorreu de lei autorizativa. O Supremo, por unanimidade de votos, considerou que a decisão do TCU era inexecutável, pois determinava providência que

somente poderia ser tomada pelo Presidente da República, mas, além disso, afirmou claramente tratar-se de entidade privada, que não exerce função peculiar e exclusiva da administração pública, chegando a afirmar, para mim em evidente excesso, que é impossível qualificá-la como “entidade da administração indireta”. Leia-se com atenção a correspondente ementa:

Emenda: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. 1. A Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de sua criação. 2. O art. 2º do decreto-lei n. 900/69 estabelecia os requisitos e condições para a instituição de fundações pelo Poder Público. A inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta operou-se mercê do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.229/86 e no art. 1º da Lei n. 7.596/87, nos termos dos quais a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. 3. A Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração nem exerce atribuição pública. Não pode ser incluída entre aquelas às quais dizia respeito o art. 2º do decreto-lei n. 900/69. 4. O Banco do Brasil, entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexecutável. O impetrante não pode ser compelido a fazer o que depende da vontade de terceiro. Segurança concedida. (STF, MS 24427, Data de Julgamento: 30/08/2006, Relator: EROS GRAU, DJ 24/11/2006 PP/00064).

O tema voltou à baila na ADI 2794-DF, julgada pelo Supremo Tribunal em 14/12/2006, relatada pelo eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicada no DJ 30/03/2007. Vale dizer, a segunda decisão relevante foi proferida quase quatro meses após a decisão no mandado de segurança n. 24.427-5, Distrito Federal.

Tratava-se de um debate sobre a demarcação de atribuições de segmento do Ministério Público federal e do Distrito Federal na tutela das fundações. Questionava-se o §1º do art. 66 do Código Civil, na parte que encarregava o Ministério Público Federal de velar pelas fundações, "se funcionarem no Distrito Federal".

O Tribunal considerou a disposição inconstitucional, por haver adotado, no dizer da corte, um critério que pecava, a um só tempo, "por escassez e por excesso". Transcrevo, nesta parte, a ementa:

"Por escassez, de um lado, na medida em que há fundações de direito público, instituídas pela União - e, portanto, integrantes da Administração Pública Federal e sujeitas, porque autarquias fundacionais, à jurisdição da Justiça Federal ordinária, mas que não tem sede no Distrito Federal.

5. Por excesso, na medida em que, por outro lado, a circunstância de serem sediadas ou funcionarem no Distrito Federal evidentemente não é bastante nem para incorporá-las à Administração Pública da União - sejam elas fundações de direito privado ou fundações públicas, como as instituídas pelo Distrito Federal -, nem para submetê-las à Justiça Federal."

Por isso, concluía:

"Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do Código Civil, sem prejuízo, da atribuição ao Ministério Público Federal da veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos eventuais Territórios."

A decisão da corte merece diversas ressalvas:

- a) É correto dizer que não cabe ao Ministério Público federal velar por fundações privadas ou fundações privadas instituídas pelo Poder Público simplesmente por terem sede no Distrito Federal.

Porém, é preciso reparar que:

- b) As fundações estatais de direito privado também compõem a administração pública indireta. Por isso, podem ser aplicadas a elas disposições constitucionais diversas, tais como a (a) exigência de concurso público para os seus servidores; (b) a aplicação do teto de remuneração; (c) a exigência de licitação; (d) a proibição de acumulação de seus servidores; (e) o controle do Tribunal de Contas, entre outras

disposições gerais, aplicáveis aos diversos organismos criados ou mantidos pelo Poder Público.

- c) As fundações estatais de direito público são autarquias, sujeitas a controle interno e externo, criadas diretamente por lei. Logo, dispensável, a “veladura” do Ministério Público, pensada desde sempre para as fundações de direito privado, criadas por particulares, com o objetivo de fiscalizar a fidelidade dessas entidades a vontade indisponível do instituidor.

A confusão na jurisprudência, já se vê, não é pequena em relação às fundações.

Por outro lado, o Supremo Tribunal tem manifestado uma tendência à aplicação integral do regime de direito público a entidades privadas que realizam serviço público, sem isolar a atividade de prestação de serviço público e outras atividades da entidade, inclusive o regime de seu funcionamento interno.

Em caso famoso, o Supremo Tribunal determinou a equiparação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos à Fazenda Pública, inclusive para assegurar a observância do regime de precatório e o regime da impenhorabilidade e imprescritibilidade de bens. O argumento foi o exercício, pela ECT, de serviço público. (STF, RE 229.696/DF).

Em que medida pode-se aplicar o regime da Fazenda Pública a entidades instituídas sob regime de direito privado por realizarem serviço público? As prerrogativas reconhecidas devem dizer respeito a todos os campos de atividade das entidades, a um segmento destes ou, além disso, a todo funcionamento da entidade? Se as entidades realizam atividades mistas, complexas, em parte realização de serviço público, em parte atividade eminentemente privada, também devem ser enquadradas de modo simples no regime das autarquias?

São muitas perguntas, maiores perguntas, que espero sejam respondidas por uma nova Lei Orgânica da Administração Pública ou pelo trabalho e pesquisa dos senhores, procuradores de todo o Brasil, presentes a este importante evento científico.

Afinal, como dizia Guimarães Rosa, em Grande Sertão Veredas: "Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só a fazer outras maiores perguntas". □



**Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro \***

A. Saddy

**Introdução**

O exercício da função administrativa que em sua essencialidade é exercida pelo Poder Executivo passa por múltiplas formas de ações. Podem ser deônticas ou não deônticas, ambas relevantes ao Direito. As inseridas no plano do dever ser, com produção de alterações no ordenamento e uso de linguagem diretiva, são as ações deônticas e, todas as restantes, que estão no plano do ser, sem produção de alterações no ordenamento e sem o uso de linguagem diretiva, seriam as ações não deônticas.

A avaliação da função administrativa na distinção entre ações deônticas e ações não deônticas separa normas e decisões administrativas de todos os restantes comportamentos administrativos (como, por exemplo, opiniões, justificações, condutas técnicas meramente reprodutivas de normas ou decisões), sendo sua junção o conjunto de todas as condutas passíveis de serem realizadas pela Administração Pública.

Ocorre que, não poucas vezes, a Administração Pública se omite, exteriorizando um comportamento que também é capaz de produzir consequências jurídicas. Ambas (ação e omissão) representam o aspecto físico, objeto da conduta administrativa, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo. A ação é a forma habitual de exteriorização da conduta; trata-se de um movimento comissivo, ou seja, comportamento positivo, diferente da omissão, a qual se caracteriza pela inatividade, pela abstenção em relação a algo ou alguém.

O trabalho que aqui se pretende desenvolver abordará um dos aspectos da falta de comunicação, ideias, significados e pensamentos existentes entre a Administração Pública e seus administrados: o silêncio administrativo<sup>1</sup> e, em específico, seus efeitos positivos.

---

\* Trata-se de desenvolvimento e atualização do trabalho realizado como professor visitante da Universidade de Utrecht – Holanda quando convidado para lecionar sobre o Silêncio Positivo no Ordenamento Jurídico Brasileiro – 25 e 26 de junho 2008. Aproveito para tornar público o agradecimento ao Prof. Dr. David Duarte (FDUL) pela indicação.

## 1. Dever de apreciação e motivação da Administração Pública

A Administração deve por meio da palavra transpor ao texto escrito sua posição, decisão ou desejo de forma semântica e sintática. Portanto, diante da postulação de qualquer administrado, seja pessoa jurídica ou física, tem a Administração o dever de apreciar e expressamente decidir de forma clara e compreensível. Não se trata de decidir por decidir, tem ela a obrigação de decidir, conceder, responder o pleiteado, o solicitado e o requisitado. É assim, não apenas por conta da nova configuração contemporânea do Estado, mas também pelo já consagrado na Constituição brasileira.

Os princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e o princípio da motivação dos atos administrativos, implícito nas garantias constitucionais do direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CRFB), direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a* e *b*, CRFB), amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB), direito ao contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (art. 5º, LV, CRFB) e o direito a uma razoável duração dos processos administrativos e judiciais (art. 5º, LXXVII, CRFB), garantem atualmente o direito de resposta da Administração<sup>2</sup>.

Resultaria sem efeitos práticos a existência do direito de petição consubstanciado na faculdade de se dirigir aos Poderes Públicos por meio de petição, para defender-se de direitos ou demonstrar ilegalidades ou abuso de poder<sup>3</sup>, se não existisse o direito ao recebimento de informações dos órgãos públicos, ou melhor, o direito de resposta da Administração num tempo razoável, caso contrário, estar-se-ia ferindo o direito ao contraditório e ampla defesa<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Referir-se-á a denominação silêncio administrativo e silêncio da Administração como sinônimos.

<sup>2</sup> Não se pode deixar de transcrever os artigos 48º e 49º da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o dever da Administração de decidir expressamente no processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, bem como sobre solicitações ou reclamações formuladas. A Lei Federal n.º 9.784/99 impõe em seu art. 50º, a obrigação da Administração de motivar suas decisões, em determinadas hipóteses, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos.

<sup>3</sup> Em trecho de voto proferido pelo Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS no Superior Tribunal de Justiça afirma: “O direito de petição, inserido entre as garantias fundamentais do art. 5º da nossa Constituição Federal, tem como corolário o direito à resposta. Não houvesse obrigação de responder, o direito de petição mereceria integrar o acervo da solenes inutilidades. Enquanto não responde ao requerimento, a Administração está em mora. O silêncio traduz inadimplência, não resposta implícita”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 16284 / PR, UF: PR – PARANÁ, Fonte: DJ 23.03.1992 p. 3447, RSTJ vol. 32 p. 416, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS).

<sup>4</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 446): “É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. Algumas constituições contemplam explicitamente o



Tal resposta, tendo em vista o princípio da legalidade, da publicidade (em sua vertente da transparência) e da motivação exige que a Administração expresse, por escrito, num prazo razoável, de maneira eloquente o “*porquê*” de seus atos. Faz-se necessária, portanto, as razões de todos seus comportamentos, não bastando que exista um motivo para a atuação administrativa, sendo necessária sua enunciação, ou seja, sua motivação, caso contrário, estará implicando um cerceamento de defesa do administrado, ferindo direitos que lhe são fundamentais, além de tornar impossível o controle da Administração<sup>5</sup>. Além do mais, a inafastabilidade da prestação jurisdicional confirma a impossibilidade de se admitir o silêncio como um comportamento administrativo sustentável, uma vez que possuiria essa uma ausência de motivação a qual acarretaria um óbice à apreciação judicial.

Duas são, portanto, as hipóteses relevantes da ausência de palavras transpostas na forma de texto escrito, ou seja, duas são as hipóteses relevantes de silêncio da Administração Pública: o silêncio decorrente da inércia administrativa na defesa de direitos, obrigações e deveres<sup>6</sup> e o silêncio decorrente da ausência de decisão, concessão, respostas em razão de pedido, solicitação ou reclamação. É o segundo enfoque que ora interessa: quando a provocação do administrado não resulta qualquer pronunciamento ou quando resulta, mas este é irreal<sup>7</sup>. Tal modalidade é conhecida como “*silêncio administrativo*”.

---

*dever de responder (Colômbia, Venezuela, Equador). Bem o disse Bascuñan: ‘O direito de petição não pode separar-se da obrigação da autoridade de dar resposta e pronunciar-se sobre o que lhe foi apresentado, já que, separado de tal obrigação, carece de verdadeira utilidade e eficácia. A obrigação de responder é ainda mais precisa e grave se alguma autoridade a formula, em razão de que, por sua investidura mesmo, merece tal resposta, e a falta dela constitui um exemplo deplorável para a responsabilidade dos Poderes Públicos.’*”

<sup>5</sup> O Judiciário brasileiro já teve a oportunidade de afirmar que o direito de petição é aquele que pertence a uma pessoa de invocar a atenção do Poder Público sobre uma questão ou situação. Sustentou o Tribunal Regional Federal da Terceira Região que “*a omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável, configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de mandado de segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido, mas também para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado*”. (BRASIL: Tribunal Regional Federal – Terceira Região. AMS 200482, UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 09/06/2004, Fonte: DJU DATA:31/08/2005 p. 157, Relator(a): NERY JUNIOR)

<sup>6</sup> Muitos são os exemplos de inércia no direito brasileiro, entre alguns: a sanção de lei do chefe do Executivo (art. 66.º, § 3.º, da CRFB e art. 30.º da Lei Federal nº 6.448, de 11 de outubro de 1977); a manifestação do Congresso a respeito de medida provisória; o estágio probatório (art. 41.º, § 4.º, da CRFB); o parecer da comissão técnica em projeto de lei (art. 20.º do Regimento Comum do Congresso Nacional - Resolução nº 1, de 1970-CN); o convênio para a concessão de fomento tributário (art. 4.º da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975); entre outros.

<sup>7</sup> TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, p. 579-581, jan-mar, 1939, p. 579-580) alerta para a distinção entre inércia da Administração, na defesa dos direitos seus ou da coletividade, com o silêncio na decisão, provocada por terceiros. O primeiro caso pode importar na decadência do direito. No segundo, afirma que não implica o silêncio, necessariamente, no reconhecimento tácito de um direito. Dessa forma, criando-se uma hipótese para o primeiro caso, a falta do exercício de poder de polícia, de medidas coercitivas, de restrições ao exercício de direitos, quanto à maneira e à forma de praticá-lo, implicará, tacitamente, no consentimento. Mas a falta de despacho em um pedido, requerimento ou solicitação,

## 2. Silêncio administrativo

A teoria do silêncio administrativo ou silêncio da Administração Pública no Brasil é um assunto carente de atenção, mas que na prática possui um relevo extraordinário. Basicamente o que se observa na doutrina brasileira é o atrelamento a discussão em torno do direito de indenização ao prejudicado à luz da teoria do abuso de poder<sup>8</sup> e a natureza jurídica do silêncio administrativo<sup>9</sup>. Alguns admitem ser o silêncio uma “substituição” da manifestação da vontade estatal, o que em certas hipóteses acarretaria a equivalência à declaração do Estado, tendo-se desse modo a natureza de ato administrativo. Outros a admitem como um mero fato administrativo, não como uma declaração, nem mesmo uma pronúncia, mas algo que simplesmente ocorre<sup>10</sup>.

---

não pode ser considerada assentimento tácito, reconhecimento implícito da legitimidade da pretensão de terceiros perante o Estado ou a Administração.

Referia-se o autor a diferença entre ato implícito do ato tácito, apesar de alguns os tratarem como sinônimos. O ato implícito é aquele que resulta dos efeitos indiretos de outro ato administrativo expresso que nos leva a conclusão da denegação ou afirmação. Já o ato tácito corresponde ao silêncio administrativo, que nada mais é que o comportamento que nem diz que sim nem que não para pedido, requerimento ou solicitação formulada à Administração.

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 504) afirma que o silêncio pode decorrer da inação (a qual para o autor gera manifestação de vontade, logo ato administrativo), mas jamais da inércia (essa apenas gera a decadência do direito).

<sup>8</sup> Nesse sentido: TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Brasília, v.17, n.72, p. 35-64, dez., 1959; e FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 14, n. 57/58, p. 7-17, jan./jun., 1981.

<sup>9</sup> Quanto à natureza jurídica do silêncio, muitos são os trabalhos. Vale aqui transcrever o resumo que ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de Petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 149, nota 47) realizou: “Consideram o silêncio um fato administrativo: Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit.), *Temístocles Brandão Cavalcanti* (In: *Revista Forense* 03/1939, APUD *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. XXXIV, fasc. II, p. 122-130), Renato Alessi [...], André Gonçalves Pereira (*Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*, São Paulo, Ática, 1962), Eduardo Garcia de Enterría (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1991) e Agustín Gordillo (ob. Cit.), entre outros. Consideram-no ato administrativo Alberto Xavier (apud Antônio Carlos Cintra, *Extinção do Ato Administrativo*), Sérgio Ferraz (In: *Curso de Direito Administrativo, Instrumentos de Defesa dos Administrados*, São Paulo, Saraiva, 1986), José Wilson Ferreira Sobrinho (In *Silêncio Administrativo e Licença de Construção*, RT, *Revista de Direito Público*, nº 99). Atribuem-no o caráter de ato administrativo condicionando à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para sua emanção, respectivamente, Neyde Falco Pires Corrêa (em *O Silêncio da Administração*, RT, *Revista de Direito Público*, no. 69) e Régis Fernandes de Oliveira (*Ato Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2002). Lúcia Vale Figueiredo (*Disciplina Urbanística da Propriedade*, São Paulo, 1980), referindo-se à licença para construir, admite o silêncio, como ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Então, do silêncio tem-se por deferida a continuidade das obras mediante comunicação, a fim de se constituir a administração em mora, marcando-se o prazo para preclusão. Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*, 1987) sustenta ser o silêncio uma conduta omissiva da Administração”.

<sup>10</sup> Para o Tribunal Regional Federal da Primeira Região o silêncio da Administração não constitui ato administrativo. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. AC 8901211556, UF: DF Órgão Julgador:

Entende-se que quem silencia, nada diz, nada enuncia, nada manifesta, não declara. Daí porque não se tem um ato administrativo e sim um fato. Fato este que deve ser repudiado, não só por não se conseguir cumprir com os deveres constitucionalmente consagrados<sup>11</sup> mas, também, pela nova concepção de Estado Pós-moderno. Desse modo, o silêncio administrativo deve ser extirpado, pois considera-se abuso de poder<sup>12</sup>, repudiando assim sua prática pela Administração, levando inclusive, em casos de prejuízo do administrado, a eventuais responsabilidades do Estado.

---

SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 10/10/1989, Fonte: DJ DATA: 27/11/1989, Relator(a): ORLANDA FERREIRA)

<sup>11</sup> O silêncio administrativo consiste na violação ao dever de decidir que se impõe à Administração Pública como princípio. Não se confunde com o silêncio procedimental no qual a Administração Pública ignora etapas e normas relativas ao procedimento administrativo indispensável para prática de determinados atos.

<sup>12</sup> Não são poucos os casos em que o Judiciário afirma que o silêncio administrativo se configura como um abuso. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região em caso relativo à demora no julgamento dos pedidos administrativos relacionados a licença de importação afirmou que o silêncio administrativo caracteriza omissão injustificada e ilegal do administrador. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Segunda Região*. AMS 27356, UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 27/06/2000, Fonte: DJU DATA:17/10/2000, Relator(a): ROGERIO CARVALHO). O mesmo Tribunal, agora da Primeira Região, entendeu que quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental para a decisão administrativa, deve-se aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, ultrapassado o qual o silêncio da Administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. REO 199701000433911 UF: MA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 8/6/2000, Fonte: DJ DATA: 29/6/2000 PAGINA: 31, Relator(a): JUIZ ALOISIO PALMEIRA LIMA). Em caso sobre pedido de revisão de débitos inscritos em dívida ativa, novamente, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região manifestou que além de ser uma garantia a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, todos são detentores de uma Administração eficiente, traduzindo-se na qualidade dos serviços públicos prestados. Daí, porque, sustentou que a falta de servidores e o excesso de trabalho alegados não podem inviabilizar o direito do administrado de obter resposta ao seu pedido entendendo que as conclusões dos procedimentos administrativos não podem ser postergada indefinidamente. O silêncio da Administração, nesse caso, caracterizou para o Tribunal um abuso a ser corrigido mediante a concessão de ordem para determinar à autoridade impetrada a conclusão dos processos em prazo razoável. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Segunda Região*. REOMS 69556, UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA ESP., Data da decisão: 18/09/2007, Fonte: DJU DATA:27/09/2007 p. 170/171, Relator(a): PAULO BARATA). O mesmo entendimento é observado em outras decisões, agora do Tribunal Regional Federal da Terceira Região que entende que a “*omissão ou o silêncio da Administração, quando desarrazoados, configuram não só desrespeito ao princípio constitucional da eficiência, mas também rematado abuso de poder*”. (BRASIL: *Tribunal Regional Federal – Terceira Região*. REOMS 301926, UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 07/04/2008, Fonte: D.E. DATA:06/05/2008, Relator(a): FONSECA GONÇALVES; BRASIL: *Tribunal Regional Federal – Terceira Região*. AMS 268401, UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 19/11/2007, Fonte: DJU DATA:23/01/2008 p. 463, Relator(a): VERA JUCOVSKY; BRASIL: *Tribunal Regional Federal – Terceira Região*. REOMS 280997, UF: SP Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 23/07/2007, Fonte: DJU DATA:26/09/2007 p. 716, Relator(a): NEWTON DE LUCCA)

Vale ressaltar, no entanto, que o silêncio administrativo não é inconstitucional. Trata-se, sim, de prática abusiva<sup>13</sup>. Mal, portanto, que deve ser reprimido, afinal não pode o administrador escorar-se atrás de suas prerrogativas para ferir direitos do administrado.

É inadmissível a arbitrariedade do administrador público. A discricionariedade (ou não) da Administração não pode assegurar ao Poder Público a prerrogativa de não se manifestar, ficando inerte ou silenciado sobre qualquer petição, solicitação ou requerimento.

Por estar estabelecido o dever de decidir, não se pode invocar a discricionariedade para não decidir, deixando de manifestar-se, seja para realizar direitos, obrigações e deveres ou para apreciar petição, solicitação ou reclamação. Essa inobservância caracterizará má administração, conceito vinculado às ações e omissões do Estado, no desempenho da função administrativa, que não atendam aos princípios constitucionais e legais aplicados para a Administração Pública.

No entanto, o Direito brasileiro não possui, ao menos a nível federal, uma regra geral, nem sobre como deve o administrado proceder nem sobre seus efeitos (positivos ou negativos). Pode-se atribuir tal deficiência à falta de contencioso administrativo que pressupõe uma maior rigidez das fórmulas processuais, bem como respeito aos prazos e outras exigências, afinal, muito se aproximam dos moldes do judiciário. O ordenamento jurídico brasileiro quase sempre tenta remediar o silêncio administrativo com a responsabilização do Estado, mas não corrige o mal. Guarda o cidadão a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever. A responsabilidade não é o desejável, apesar de ser elementar caso ocorra o descumprimento e a Administração se silencie.

O que existe no Brasil são casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos configurados, ora como silêncio positivo, ora como silêncio negativo<sup>14</sup>. O

---

<sup>13</sup> O STF afastou a alegação de que o § 3º, do art. 26 da Lei Federal n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997, seria inconstitucional. Afirmou, apenas, tratar-se de conduta negativa da Administração, eis que a lei dá regulação neste ponto, ao chamado “*silêncio da Administração*”, sendo, portanto, matéria infraconstitucional. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3273 UF: DF, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator(a): CARLOS BRITTO e BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3366 UF: DF, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02266-02 PP-00281, Relator(a): CARLOS BRITTO).

<sup>14</sup> Apesar da imprecisão vocabular, que o mais correto seria empregar a expressão “*efeitos positivos do silêncio*” e “*efeitos negativos do silêncio*”, utilizar-se-á os vocábulos reduzidos, quais sejam: silêncio positivo e silêncio negativo.

Tratar-se-á, apenas, dos casos de silêncio positivo, porém, não se pode deixar de expor entendimento sobre o silêncio negativo. Este, assim como o positivo, pode ser próprio, provido de atribuição legal que expressamente denega o petitionado, solicitado ou requerido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se; condicionado, quando o administrado se vê condicionado à realização de determinada tarefa e o implícito, quando existe atribuição legal que não expressamente denegue o petitionado, solicitado ou requerido, mas que presta-lhe, indiretamente, um efeito negativo a petição, solicitação ou reclamação.

O silêncio negativo possui uma forte carga processual, uma vez que será tal efeito imprescindível para que o administrado possa se valer do recurso administrativo. Apesar de importante para minimizar a insegurança

intuito é amparar o administrado que se encontre prejudicado pelo silêncio. Por ser o silêncio da Administração a situação de ausência de linguagem escrita afigurada em deci-

---

jurídica, a atribuição de tal silêncio pode originar abusos por parte da Administração que, diante da situação em que se imponha a denegação do pedido, solicitação ou reclamação, pode se sentir tentada a silenciar-se, forçando a produção dos efeitos, subtraindo assim do administrado o direito de resposta devidamente motivada. Por mais que a legalidade possa estar a seu lado, estar-se-á, por certo, ferindo a legitimidade e a licitude, pois a decisão expressa é sempre o desejável.

A nível federal o Brasil não possui uma regra genérica sobre silêncio negativo, mas algumas leis estaduais sobre o processo administrativo no âmbito da suas Administrações o regulam, como ocorre nos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Norte (art. 33.º, da Lei Estadual n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo e art. 66.º e 67.º, da Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte n.º 303, de 09 de setembro de 2005, que dispõe sobre normas gerais pertinentes ao processo administrativo no âmbito de sua Administração Pública Estadual).

Exemplo do silêncio negativo próprio a nível federal é o parcelamento de solo urbano. Este poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento. Loteamento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes e, o desmembramento é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. O art. 16.º, da Lei Federal n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, remete à lei municipal a definição dos prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas. Caso o Município não estabeleça tal prazo este será de 90 dias para a aprovação ou rejeição e de 60 dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização. Determina o § 1.º, do mesmo artigo, que o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas se transcorrido o prazo sem a manifestação do Poder Público, mas assegura indenização por eventuais danos derivados da omissão.

Quanto ao silêncio negativo condicionado, não se conhece nenhum exemplo a nível federal, mas quanto ao silêncio negativo implícito, tem-se: o exaurimento da instância administrativa para impetração de Mandado de Segurança (art. 5.º, da Lei Federal n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951) - exercitando a esfera administrativa e não obtendo qualquer resposta, silenciando a mesma quando ao recorrido, estará o particular prejudicado por uma falta de efeito negativo, tendo que socorrer-se ao Judiciário, tão somente para obter a pronúncia administrativa e, a partir do resultado obtido, encetar-se nova lide judicial; e a falta de manifestação de órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados (art. 8.º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.507, de 12 de novembro de 1997) - qualquer cidadão pode requerer ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados informação sobre a sua pessoa que deverá ser deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas, sendo feita a comunicação da decisão ao requerente em vinte e quatro horas. A falta de manifestação sobre os requerimentos formulados pelo interessado caracteriza recusa tácita, pois legítima o mesmo a ingressar com o *habeas data*, concedendo-lhe interesse de agir.

Ainda com relação ao silêncio negativo, apesar de alguns preferirem chamar de silêncio-inadimplemento (TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 226, p. 281-292, out./dez., 2001), por possuírem apenas efeitos formais, que possibilitam a parte interessada ingressar em juízo ou a recorrer à instância administrativa superior, não se pode deixar de referir-se a solução encontrada pela Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, que em seu art. 7.º estipula que a pessoa que não receber, no prazo de 10 dias, informações requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data*, exigí-las judicialmente. Nesse caso o juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de 24 horas, deve decidir em 5 dias, intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas, sob pena de desobediência. Exclui-se, dessa disposição, as hipóteses de sigilo imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

sões, concessões e respostas frente a petição, solicitação ou reclamação dirigida a mesma, descumprindo-se, como visto, os princípios e deveres constitucionais tutelados, e sendo sabedor de que ao atribuir efeitos ao silêncio não está a lei legitimando o descumprimento dos princípios e deveres antes analisados, vale deixar claro, desde o princípio, que a previsão de efeitos para o silêncio é medida que presta a evitar, ou ao menos, minimizar, as consequências a que fica vulnerável o administrado<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Existem casos que não existe qualquer efeito na previsão legal, momento no qual estará totalmente desprotegido o administrado. Nesses casos emerge a necessidade da doutrina e da jurisprudência fixarem as consequências, dentro do ordenamento jurídico, passíveis de se pleitear.

Nessas hipóteses, restará ao particular a faculdade de postular um recurso administrativo ou socorrer-se ao Judiciário depois que decorrer o prazo legal sem a devida manifestação da Administração, ou no caso de inexistência de prazo, depois de decorrido um tempo razoável.

Sustenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, 24. ed. Malheiros. 1999. p. 98-99), que o administrado poderá formular em juízo dois tipos de pedido: a) o suprimento da manifestação administrativa e deferimento do pedido naqueles atos que forem vinculados; b) determinação de prazo para a Administração manifestar-se, sob pena de multa diária em caso de descumprimento, para aqueles atos que tiverem conteúdo discricionário, uma vez que o administrado tem direito a uma decisão motivada.

Entende-se que poderá, quando diante de hipótese de discricionariedade, solicitar ao Judiciário além de manifestação sob pena de multa diária em caso de descumprimento, também, alternativamente, sob pena de reconhecimento do indeferimento da pretensão, para assim permitir ao administrado que se socorra às vias recursais da Administração, ou de novamente ingressar no judiciário, pleiteando seus direitos.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 95): “*Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação comissiva da Administração, não restará para o interessado outra alternativa senão recorrer a via judicial. Diferentemente do que sucede na hipótese em que a lei indica que a omissão significa denegação - hipótese em que se pretende desconstituir relação jurídica -, o interessado deduzirá pedido de natureza mandamental (ou para alguns, condenatória para cumprimento de obrigação de fazer), o qual, se for acolhido na sentença, implicará a expedição de ordem judicial à autoridade administrativa para que cumpra seu poder-dever de agir e formalize manifestação volitiva expressa, sob pena de desobediência a ordem judicial.*”

*Há juristas no entanto, que sustentam que, se a Administração estava vinculada ao conteúdo do ato não praticado (ato vinculado), e tendo o interessado direito ao que postulava, poderia o juiz suprir a ausência de ma*

*nifestação. Ousamos dissentir desse entendimento, porquanto não pode o órgão jurisdicional substituir a vontade do órgão administrativo; pode, isto sim, obrigá-la a emití-la, se a lei o impuser, arcando o administrado com as consequências de eventual descumprimento”.*

Quanto ao tempo razoável, propõe CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, 24. ed. Malheiros. 1999. p. 378), salvo para os casos de urgência, o prazo de 120 dias a partir do pedido, conforme estabelecido no artigo 18, da Lei Federal n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que dispõe sobre matérias relativas ao mandado de segurança.

Tal construção doutrinária não é de todo errada, mas parece que tal aspecto dependerá do caso concreto e, também, do tempo que a Administração usualmente leva para decidir questão semelhante à que se encontra pendente. Logo, pode inclusive ser menor que 120 dias, mesmo não sendo caso de urgência.

Fixou-se, assim, um período máximo de tolerância para o administrado. Usando-se o mesmo parâmetro e para criar um critério isonômico, a mesma regra poderá ser aplicada quanto ao silêncio da administração, estabelecendo-se assim tal período, em qualquer hipótese, como o máximo admissível para a pronúncia tempestiva.

Assim, para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo ao fato, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendente a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados<sup>16</sup>.

Independentemente dos efeitos produzidos pela norma, certo é que a dicotomia entre silêncio negativo e positivo, ao menos em seu âmbito próprio, não abrange todo leque de situações juridicamente possíveis, além do que, há de se ter presente que em determina-

---

Isso não quer dizer, que dadas as circunstâncias possa o prazo ser substancialmente menor, quando a demanda encaminhada não envolva maior complexidade *"verbi gratia"* o fornecimento de certidões.

Ocorre que, em algumas ocasiões, não poderá o particular recorrer administrativamente, pois não possui decisão para recorrer. Nesses casos poderá depois de decorrido o prazo legal ou se não estipulado o prazo, depois de prazo razoável, notificar a administração para que em determinado prazo, que também há de ser razoável, se pronuncie, sob pena de entender como negativa a sua manifestação.

Também há de recordar o problema do interesse de agir que aqui impedirá o ajuizamento de qualquer ação.

Tal solução parece plausível para os casos em que a manifestação da Administração for condição para que o particular possa utilizar-se de outras medidas em defesa dos seus interesses e direitos e recorrer a outra autoridade administrativa ou judicial.

Pode-se citar, como exemplo, o art. 24.º, da Lei Federal n.º 11.457 de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Fixa prazo de 360 dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte para que a Administração profira decisão, mas não impõe qualquer efeito para o silêncio.

Tem-se também o caso dos arts. 152.º e 167.º, da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que impõe a conclusão do processo administrativo disciplinar e a eventual imposição de pena para os servidores públicos federais no prazo de 140 (cento e quarenta) dias. Em assim sendo, o prazo de duração razoável para a conclusão do processo disciplinar federal é de 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a Comissão, podendo ser prorrogado por igual período (art. 152.º, da Lei Federal nº 8.112/90). Possuindo no total 120 (cento e vinte) dias para a conclusão do processo administrativo disciplinar, a Comissão Disciplinar deve remeter o feito para a Autoridade julgadora, que possui 20 (vinte) dias, contados do recebimento do mesmo para proferir a sua decisão. Portanto, o prazo de duração razoável estabelecido pelo legislador é de 140 (cento e quarenta) dias, contados a partir da instauração do processo administrativo disciplinar, com a nomeação dos membros que irão compor a Comissão processante. Entende-se, que com a inclusão do art. 5.º, LXXVIII, da CRFB, o § 1º, do art. 169.º, da Lei Federal nº 8.112/90 passou a ser inconstitucional. Apesar de não existir nenhum efeito não poderá o administrador, neste caso, o servidor ficar ao bel prazer da Administração, sendo inseguro seu futuro profissional. Deve a Administração ser eficiente e punir o servidor caso assim as circunstâncias exijam, mas se não o fizer dentro do prazo estipulado deverá ter seu direito de permanecer tramitando o processo disciplinar e de punir o servidor público federal extintos, que nada mais é que a preclusão (art. 183.º do CPC), ou seja, a perda de determinado direito para a parte que foi negligente e não observou o prazo legal.

<sup>16</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 446): *"A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o petionário esteja utilizando efetivamente o direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o art. 5º, XXXIV, a. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso, conforme disposto na Lei nº 4.898/65"*.

das situações, por estritas impossibilidades lógicas, não poderá haver nem silêncio negativo nem positivo.

De qualquer modo, entende-se que em possuindo um efeito negativo ou positivo, haverá de existir uma previsão na mesma<sup>17</sup>. Não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito legal sem a devida previsão normativa<sup>18</sup>.

O problema também é minimizado com a estipulação por algumas Constituições Estaduais. Algumas (Constituição do Estado de São Paulo, art. 114.º; Constituição do Estado de Pernambuco, art. 97.º, IV; Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 27.º, §

<sup>17</sup> O Judiciário por meio do Tribunal Regional Federal da Terceira Região já teve oportunidade de afirmar que o silêncio da Administração só produz efeito quando assim expressamente determinar a lei. (BRASIL: *Tribunal Regional Federal – Terceira Região*. REOMS 189199, UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 05/04/2006, Fonte: DJU DATA:02/06/2006 p. 430, Relator(a): MIGUEL DI PIERRO)

No entanto, CELSO LUIZ BRAGA DE CASTRO (CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvios de Conduta da Administração Pública*. 2000, 195 laudas, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Federal da Bahia – Salvador, jan. de 2001) entende que a regra aplicável quando não houver lei expressa sobre quais efeitos se produzirão no silêncio administrativo é o silêncio negativo. O que implicaria dizer que para o autor os efeitos positivos do silêncio exigiriam uma previsão legal, não havendo tal exigência nas hipóteses dos efeitos negativos. A esse respeito, HELY LOPES MEIRELLES (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 98-99): “A omissão da Administração pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente. Não há, em doutrina, um critério conclusivo sobre a conduta omissiva da autoridade. Quando a norma estabelece que, ultrapassado tal, o silêncio importa aprovação ou denegação do pedido do postulante, assim se deve entender, menos pela omissão administrativa do que pela determinação legal do efeito do silêncio. Quando a norma limita-se a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as conseqüências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo, enquanto perdurar a omissão da Administração no pronunciamento que lhe compete.”.

<sup>18</sup> É de salientar que a Lei Federal n.º 9.784/99 não estabelece qualquer efeito para o silêncio, além de não estabelecer um prazo legal para que o administrado aguarde a manifestação da Administração para demandar judicialmente. SÉRGIO FERRAZ e ADÍLSON ABREU DALLARI, (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 41): “De se lastimar, contudo, tenham sido até criados alguns mecanismos de frontal contrariedade à realização do propósito de duração razoável do processo. Nesse sentido, para exemplificar: a) nada se prevê, em termos de prosseguimento do processo, quando um parecer, embora obrigatório e de efeito vinculante, requerido a um órgão consultivo, não seja emitido (art. 4.º2, § 1º); b) o mesmo praticamente ocorrerá se, reiterada e sucessivamente, diversos órgãos administrativos se esquivarem à produção de laudo técnico, requerido pela autoridade processante (art. 43.º); c) tampouco ousou o legislador enfrentar aberta e frontalmente a questão da conseqüência processual na hipótese de omissão do dever de decidir dentro dos prazos consignados no diploma (arts. 49.º e 59.º).”

Questão pertinente que cabe aqui alertar diz respeito ao momento que poderão os efeitos do silêncio administrativo ser considerados produzidos. Entende-se que seria o dia seguinte do prazo legal estipulado. Agora, quanto aos casos em que não houvesse um prazo legal, sendo, portanto, necessário decorrer um tempo razoável sem que se tenha ocorrido a manifestação da Administração, entende-se que dependerá do caso concreto e, também, do tempo que a Administração usualmente leva para decidir questão semelhante à que se encontra pendente. Vale aqui mencionar que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 387) nas hipóteses de não haver previsão legal específica de prazo para a oferta de resposta pela Administração, entende aplicar, subsidiariamente, o lapso de 30 dias previsto na Lei Federal n.º 9.784/99.



6.º; Constituição do Estado de Santa Catarina, art. 16.º, § 2.º) obrigam a Administração a fornecer a qualquer cidadão, para a defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de seu interesse pessoal, num prazo máximo que varia conforme o Estado (entre 10 dias úteis e 30 dias corridos), certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilidade da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição. Apesar de tratar de atos entende-se que aqui o legislador constituinte estadual se referiu a atos da Administração estando inseridos aí os fatos administrativos. Outras vão mais além, pois ademais de fixarem tal obrigação, também expressamente afirmam que as omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais deverão ser sanadas na esfera administrativa, dentro de determinado prazo, que também varia entre os Estados, normalmente de 90 dias do requerimento do interessado, incidindo ainda em penalidade de destituição de mandato administrativo ou de cargo ou função de direção o agente público que injustificadamente deixar de fazê-lo (Constituição do Estado do Amazonas, art. 3.º, § 1º e 5º e art. 105.º, § 10º; Constituição do Estado da Paraíba, art. 3.º, § 1º e art. 30.º, V; Lei Orgânica do Distrito Federal, art. 22.º, II e 23.º, II e parágrafo único). E há ainda aquelas que se limitam a impor as penalidades mencionadas nos casos de omissão que inviabilize o exercício de direito constitucional (Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 4.º, § 1º; Constituição do Estado do Pará, art. 5.º, § 2º; Constituição do Estado de Piauí, art. 5.º, § 1º) e as que se limitam apenas a garantir aos cidadãos, sempre que o requeiram, informações sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como sobre as decisões nestas proferidas (Constituição do Estado de Alagoas, art. 44.º, VIII).

O Estado brasileiro mais avançado no que diz respeito ao silêncio administrativo é o Estado do Rio Grande do Norte, que em sua Constituição (art. 7.º) e Lei de Procedimento Administrativo, como se observará mais adiante, define um silêncio-inadimplemento (silêncio formal), ao estipular que a pessoa que não receber, no prazo de 10 dias, informações requeridas a órgãos públicos estaduais, pode, não sendo hipótese de *habeas data*, exigí-las judicialmente. Neste caso o juiz competente, ouvido quem as deva prestar, no prazo de 24 horas, deve decidir, em 5 dias intimando o responsável pela recusa ou omissão a fornecer as informações requeridas sob pena de desobediência. Exclui-se, dessa disposição, as hipóteses de sigilo imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

### 3. Efeitos positivos do silêncio administrativo

Trata-se da atribuição legal que expressamente concede o que foi petitionado, solicitado ou requerido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se (silêncio positivo pró-

prio). Origina-se da máxima romana “*qui tacet consentire videtur*” (quem cala consente). Esse silêncio pode estar condicionado à realização de determinada tarefa (silêncio positivo condicionado). Como, também, pode existir atribuição legal que não expressamente conceda o peticionado, solicitado ou requerido, mas que presta-lhe, indiretamente, um efeito positivo a petição, solicitação ou reclamação (silêncio positivo implícito).

Em qualquer dos casos ganhará o administrado a legitimação da Administração para atuar conforme o que tenha pedido, solicitado ou requerido.

A produção de tais efeitos não autoriza que o administrado ultrapasse os limites do quanto requerido, por isso o correto seria só se falar de efeitos positivos quando a solicitação fosse de tal forma nítida que não permita dúvidas acerca do que se obtém, daí porque afirma-se que tais efeitos não se operam em providências discricionárias, só podendo tratar de efeitos positivos do silêncio quando a providência omitida pela Administração seja de caráter vinculado.

Ademais de tal dificuldade, os efeitos positivos do silêncio da Administração encontram problemas ao se pensar em sua comprovação. Normalmente, não terá o administrado um documento, a não ser o protocolo de sua petição, ficando assim vulnerável as circunstâncias, caso tenha que comprová-los.

Além do mais, no direito brasileiro, apenas se afigura possível a provocação do Judiciário quando se tem interesse de agir. Logo, o administrado que tenha tido seu pleito atendido em decorrência de um silêncio positivo, faltará interesse para antes de se ver ameaçado por algum questionamento da sua posição jurídica, socorrer-se ao Poder Judiciário para obter aquilo que já lhe tenha sido concedido por Lei.

Questiona-se, também, a compatibilidade do silêncio positivo com os princípios da motivação e do dever de decidir exigidos pela Administração, além de violar os princípios da “*reserva de procedimento*”, necessários para grande maioria das decisões administrativas<sup>19</sup>.

Vê-se, assim, que o silêncio positivo contribui para alimentar o que tenta extirpar, ou seja, a insegurança jurídica, afinal, sempre restará incertezas tanto para o administrado que não terá como comprovar documentalmente seu direito, quanto para a sociedade que viverá a incerteza dos efeitos que na prática são auferidos pelo próprio beneficiário.

No mais, resta registrar que a Administração poderá a qualquer momento ofertar uma resposta expressa, ainda que tardia, a petição, solicitação ou reclamação do administra-

---

<sup>19</sup> BRANDÃO, Cláudio. O controle das omissões e do silêncio da Administração Pública. In: OSÓRIO, Fábio Medina Osório. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

do. Em sendo hipótese de silêncio positivo e tendo a Administração decidido posteriormente de maneira contrária ao concedido fictamente pelo silêncio anterior, restará o administrado investido de interesse de agir para pleitear, além de possuir eventual possibilidade de indenização<sup>20</sup>.

Por todos esses motivos, vale retificar a necessidade de disposição legal para que seus efeitos sejam válidos<sup>21</sup>.

Como se afirmou, o Brasil não possui uma provisão geral sobre silêncio positivo, mas existem hipóteses em que a própria norma atribui determinado efeito ao silêncio. Cabe analisá-las.

### 3.1. Silêncio positivo próprio

#### 3.1.1. Zona Franca de Manaus

Determina o art. 11.º, do Decreto Federal n.º 61.244, de 28 de agosto de 1967, que regulamenta o Decreto-Lei Federal n.º 288, de 28 de fevereiro de 1967, que altera as disposições da Lei Federal nº 3.173, de 6 de junho de 1957 e cria a Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, que estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias industrializadas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer a comercialização em qualquer ponto do território brasileiro. Para tanto, deve-se submeter à aprovação da SUFRAMA que ouvirá o Ministério da Fazenda, quanto aos aspectos fiscais. Dita o § 1º, do artigo 11.º, que fica implicada

---

<sup>20</sup> Tal indenização inclusive poderá englobar terceiros de boa-fé, se a eles advierem danos comprovadamente derivados da decisão.

<sup>21</sup> O Judiciário brasileiro em caso relativo a contrato administrativo de locação de máquinas e equipamentos da IBM afirmou que o “*silêncio da Administração Pública não pressupõe prorrogação tácita do contrato de locação, porque, ao reverso, toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (art. 57.º, § 2º, Lei n.º 8.666/93)*” (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. AC 200001000702396, UF: BA Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 3/3/2006, Fonte: DJ DATA: 20/3/2006 p. 87, Relator(a): FAGUNDES DE DEUS). Em outro caso julgado pelo mesmo Tribunal entendeu-se que o descumprimento pela Administração do prazo para apreciação do requerimento de registro de medicamento não implica em concessão automática do registro, que está sujeito à análise técnica pelo órgão competente. Sustentando, assim, implicitamente a necessária disposição legal dos efeitos do silêncio. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. REOMS 9601094881, UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data da decisão: 24/2/2005, Fonte: DJ DATA: 31/3/2005 p. 50, Relator(a): VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA). Por fim, cabe citar outro caso que também deixa implicitamente entendido essa ideia. O Tribunal Regional Federal da Primeira Região entendeu que eventual pedido de licença para acompanhar cônjuge, no caso em questão, não encontrava respaldo na legislação trabalhista. Logo, o simples silêncio da Administração (empregadora no caso) deveria ser interpretado como indeferimento do pedido. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. RO 8901054213, UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 23/11/1998, Fonte: DJ DATA: 19/4/1999 p. 115, Relator(a): ANTÔNIO SÁVIO).

a aprovação tácita por este último, caso não haja qualquer manifestação no prazo de 30 dias contados do pedido de audiência.

### 3.1.2. Planos e projetos de desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural

Outra hipótese que se pode mencionar é o caso do art. 26.º, da Lei Federal n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

A exploração de petróleo e gás natural, também chamada de pesquisa, pode ser concedida por 3 anos, podendo ser prorrogada por um prazo máximo de 2 anos, que dependerá de um requerimento formal. Trata-se do conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando descoberta de petróleo e gás natural. Divide-se, basicamente, em pesquisa e perfuração. A pesquisa levanta os diversos fatores que indicam a formação de grandes acumulações de hidrocarbonetos. Uma vez identificados todos estes fatores é feita a perfuração do poço. Completa-se com a exploração propriamente dita e a avaliação de eventuais descobertas. Existe nesta fase um programa exploratório mínimo que deve ser cumprido. Descobrendo-se petróleo, há de ser feita uma notificação de descoberta, para que então avalie-se a mesma no intuito de declarar ou não esta como comercial, que é, vale mencionar, uma faculdade do concessionário. Caso esta não ocorra deverá devolver à ANP a área de desenvolvimento (é o chamado direito de desistência)<sup>22</sup>.

Uma vez realizada a declaração de comercialidade, há de ser feito um plano e projetos de desenvolvimento e produção que deve ser preparado de acordo com as boas práticas da indústria do petróleo. Deve a ANP aprovar os planos e projetos em 180 dias<sup>23</sup>. Decorrido tal prazo e não havendo manifestação, os planos e projetos estarão automaticamente aprovados, tendo em vista o silêncio da Administração. Ressalta-se, que essa aprovação “*tácita*” não é ato administrativo, mas sim fato jurídico<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Seguidamente há a fase da produção, também chamada de lavra, que cobre as atividades anteriormente mencionadas (desenvolvimento), uma vez que tem início na data da declaração de comercialidade e a produção propriamente dita do petróleo ou do gás natural. Tal fase é o conjunto de operações de extração de petróleo ou gás natural e de preparo para sua movimentação. Pode ser concedida por até 27 anos, podendo ser reduzida ou prorrogada se requerido e após análise da ANP. Até este ponto as indústrias de petróleo e gás natural caminham juntas.

<sup>23</sup> Pode a ANP, dentro de suas atribuições, solicitar modificações para sua melhor adequação. O concessionário obriga-se a cumprir o plano, caso contrário, pode a ANP aplicar sanções (advertência ou multa) ou até rescindir o contrato. Deve o concessionário, portanto, submeter a ANP qualquer alteração que se mostre conveniente e oportuna.

<sup>24</sup> Vale recordar que o STF afastou a alegação de que o § 3º, do art. 26.º seria inconstitucional por traduzir conduta negativa da Administração, eis que a lei dá regulação, neste ponto, ao chamado “*silêncio da Administração*”, tratando-se, portanto, de matéria infraconstitucional. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Clas-

### 3.1.3. Parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas

Tem-se, também, a hipótese do art. 11.º, § 4.º, da Lei Federal n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, que rege o programa de parcelamento – PAES. De acordo com tal artigo, ao formular o pedido de parcelamento de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, o devedor que a partir desse momento confessa irretratavelmente sua dívida<sup>25</sup>, deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. Fica a concessão do parcelamento condicionada à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito<sup>26</sup>. Enquanto não deferido o pedido, o devedor fica obrigado a recolher a cada mês como antecipação, valor correspondente a uma parcela, caso contrário, haverá o indeferimento do pedido. Agora, considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, no caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data da protocolização do pedido<sup>27</sup>.

---

se: ADI 3273 UF: DF, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator(a): CARLOS BRITTO e BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3366 UF: DF, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00026 EMENT VOL-02266-02 PP-00281, Relator(a): CARLOS BRITTO).

<sup>25</sup> A exatidão do valor cobrado poderá ser objeto de verificação.

<sup>26</sup> Excetuam-se aqui as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, de que trata a Lei n.º 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

<sup>27</sup> O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o deferimento tácito da adesão ao programa de parcelamento – PAES. Tratava-se de caso de execução fiscal em que se suspendeu a execução por conta do deferimento em virtude do parcelamento tacitamente aceito e da realização mensal do pagamento, com ressalva de eventual decisão em contrário da autoridade previdenciária. (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RESP 724576, UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 26/04/2005, Fonte: DJ DATA:06/06/2005 p. 225, Relator(a): FRANCISCO FALCÃO). Acrescentou, em outro caso similar, que a falta de desistência do recurso administrativo, embora possa impedir o deferimento do programa de parcelamento, a caso ultrapassada tal fase, não serve para motivar a exclusão do parcelamento, não se enquadrando em uma das hipóteses previstas nos artigos 7.º e 8.º da Lei nº 10.684/2003 (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RESP 958585, UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 14/08/2007, Fonte: DJ DATA:17/09/2007 p. 230, Relator(a): FRANCISCO FALCÃO). O Judiciário, também já teve a oportunidade de tratar dos requisitos de tal deferimento tácito. Afirmou o Tribunal Regional Federal da Primeira Região ser inadmissível o deferimento tácito de pedido de adesão ao Parcelamento Especial - PAES que não preencha os requisitos legais, entre eles, a receita bruta auferida pela empresa no mês imediatamente anterior ao vencimento da parcela como critério de cálculo das prestações mensais. (Lei nº 10.522/2002, art. 11, § 4º; Lei nº 10.684/2003, arts. 1.º, § 3º, I, 4.º, III, e 5.º e seu § 1º.) (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. AMS 200538000223867, UF: MG Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 18/12/2006, Fonte: DJ DATA: 9/3/2007 p. 97, Relator(a): CATÃO ALVES). No mesmo sentido, alertando outro Tribunal Regional Federal, agora o da Quarta Região, o parcelamento depois dos 90 dias deve ser deferido e que a exceção deve restar suspensa até seu cumprimento ou reativada na hipótese de descumprimento. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quarta Região*. AC 200371000477235 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 28/09/2005, Fonte: DJU DATA:26/10/2005 p. 378, Relator(a): VILSON DARÓS).

### 3.1.4. Reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público

Também no âmbito das infra-estruturas, deve-se mencionar que o Estado do Rio de Janeiro na Lei Estadual n.º 2.869, de 18 de dezembro de 1997 (art. 20.º) e na Lei Estadual n.º 2.752, de 02 de julho de 1997 (art. 10.º), com o intuito de resolver o problema da morosidade na apreciação de pedidos, determina que as concessionárias ou permissionárias daquele Estado possam colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas que não tenham sido apreciados pelas Agências Reguladoras do Estado<sup>28</sup> nos prazos conferidos na Lei ou no contrato de concessão, até que a mesma decida de outra forma<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> A ASEP/RJ foi extinta, por meio da Lei Estadual n.º 4.555, 06 de junho de 2005, que criou a AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP). Atualmente, além desta citada, o Estado do Rio de Janeiro possui a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), instituída pela Lei n.º 4.556, de 06 de junho de 2005.

<sup>29</sup> MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 263) *“Na linha das polêmicas, cumpre ainda destacar a questão dos reajustes e revisões de tarifas, que têm o papel de preservar o equilíbrio do contrato. Tais procedimentos ocorrem mediante propostas do concessionário ao órgão regulador, tendo este um prazo para se manifestar sobre o pedido. O problema levantado decorre do eventual desatendimento do prazo de resposta, que tem como solução a imediata eficácia da planilha proposta. Isto foi tido por alguns como “ato tácito” ou aceitação tácita, o que não corresponderia à sistemática do Direito Administrativo. Ora, não há ato tácito; o que há é definição das conseqüências do silêncio da Administração; se nada estiver previsto em lei, a regra é entender que, diante da omissão, presume-se negado o pedido. No entanto, a lei pode prever solução diversa, pois, afinal, não se admite que, no Estado de Direito, a Administração possa, pela omissão, deixar de atender pretensões legítimas, mormente diante do princípio da oficialidade do processo administrativo.*

*A solução prevista na Lei n.º 2.869/97, art. 20.º, foi admitir a vigência provisória da tarifa proposta até que ocorra a manifestação do órgão regulador, que pode determinar tarifa diversa e as conseqüentes compensações. Não existe, assim, uma inconstitucionalidade por violação ao princípio da motivação, eis que a decisão, quando ocorrer, deve ser motivada, produzindo efeitos a partir de sua prolação, inclusive determinando modificações quanto às situações vigentes.*

*É claro que, se isso é fácil de implementar em relação aos serviços de fornecimento de energia, gás e saneamento básico, vinculados a imóveis, o mesmo não se pode dizer quanto a transportes, nos quais o passageiro, na maioria dos casos, sequer tem um comprovante do ingresso pago. Há, pois, que se prever um mecanismo de defesa do usuário nesta situação, que, frise-se, é amparada por lei”.*

Não existindo previsão legal, já posicionou o Judiciário, por meio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que o *“silêncio da Administração acerca de pedidos referentes à revisão do preço contratado não pode ser interpretado como reconhecimento tácito desse direito, em face das normas e princípios que norteiam a atuação do administrador público (p. ex.: publicidade, impessoalidade, motivação etc.)”.* (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. AC 200601000178850, UF: BA Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 21/5/2007, Fonte: DJ DATA: 9/8/2007 p. 158, Relator(a): JOÃO BATISTA MOREIRA)

### 3.1.5. Baixa nos registros de microempresas e empresas de pequeno porte

Determina o art. 78.º da Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que as microempresas e empresas de pequeno porte, que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos<sup>30</sup>.

Terão tais órgãos o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros, contato da solicitação. Ultrapassado tal prazo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e as das empresas de pequeno porte.

### 3.1.6. Renovação de autorizações de uso de radiofrequencia

A Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT) possibilita a existência de dois planos de prestação dos serviços públicos, a saber, serviço público prestado em regime público e serviço público prestado em regime privado<sup>31</sup>.

Nos serviços públicos privatizados prestados em regime privado há a figura do autorizatário e não do permissionário e do concessionário como no público, logo não há a figura da encampação, podendo o prestador renunciar a sua autorização, deixando de prestar o serviço, sem ser punido por isso. Aliás, tais autorizações poderão ser extintas também por cassação, caducidade, decaimento ou anulação.

No que se refere ao prestador em regime privado, há uma proteção ao direito do consumidor ao invés do direito do usuário, logo não há uma preocupação com a universalização e a continuidade, como há no regime público. Ou seja, no regime de direito público a Lei estabelece a exigência de um serviço adequado (art. 6.º, da Lei Federal n.º 8.987/95), já no regime privado é o órgão regulador quem afixa critérios de qualidade, tomando como

---

<sup>30</sup> Nada impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer dessas hipóteses, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores.

<sup>31</sup> A classificação dos diferentes serviços públicos, com variados índices de publicização (regime público e privado), foi aprovada no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1668 (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1668 (medida liminar) UF: DF, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998).

paradigma os mesmos critérios dos serviços adequados, com a devida adaptação, a um regime de concorrência. São eles: generalidade, uma vez que posto a disposição terão que ser dispostos a quem solicitar, porém sem o dever de universalidade e modicidade<sup>32</sup>, uma vez que se rege as regras da livre iniciativa e livre concorrência<sup>33</sup>; regularidade, que obriga o operador a prestar o serviço vinculado a uma prestação devida, de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis, na medida em que disponibilizar os serviços; eficiência, que está voltado ao melhor atendimento possível das finalidades legais, sendo o serviço prestado com um padrão mínimo de qualidade, previstas no termo de autorização fixadas pelo órgão regulador; atualidade, que compreende a modernidade das técnicas, dos equipamentos, das instalações e a sua conservação, que será aplicado ao regime de direito privado desde que o usuário pague o valor correspondente a tal exigência; segurança, que seria a salvaguarda das pessoas e bens afetos ao serviço; e cortesia, que se traduz no bom acolhimento ao público e do direito de reclamação.

Outra distinção seria que o prestador de serviço público em regime privado possui um regime de preço e não de tarifa. Como tal, os autorizatários exploraram os serviços por sua conta e risco, dentro de um regime de ampla e justa competição, com preços livres, ao contrário da tarifa, que é regulada no contrato de concessão ou no termo de permissão. A tarifa deve ser módica, já o preço é livre desde que razoáveis e não discriminatórios, inexistindo, a princípio, um controle estatal a respeito. Logo não há o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Tal regra, porém, não é absoluta, já que em havendo limitação ao número de autorizações deverá haver procedimento licitatório para a escolha do operador, assim como no caso de outorga de autorização em caráter especial e emergencial (art. 49.º da Lei Federal n.º 10.233/2001). Em ambos os casos não se aplicarão a liberdade de preços, sujeitando-se o operador autorizado, nesses casos, ao regime de preços estabelecidos pelo órgão regulador.

Porém, interessa aqui a distinção relativa ao prazo. No regime privado, não há contrato com o Poder Público, mas sim uma relação jurídica não-contratual, um termo, que advém exatamente da figura autorizatória, logo o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado, e assim o é porque se tivesse um prazo ter-se-ia um direito subjetivo para o operador de vê-lo respeitado, caso contrário, ensejaria a responsabilidade da Administração Pública.

---

<sup>32</sup> O consumidor apenas poderá questionar a modicidade tarifária se ensejar efeitos anti-concorrenciais.

<sup>33</sup> Verifica-se que continuidade também não é uma das obrigações dos operadores de serviços públicos prestados em regime privado.



Atrelada a essa diferença, não há nos serviços públicos privativos prestados em regime privado qualquer limite ao número de prestadores, a não ser que haja limitação ao número de autorizações. A LGT fixou um prazo máximo (20 anos) para outorga do direito de exploração do uso de radiofrequência por tratar-se de um recurso escasso (espectro de radiofrequência), limitando, assim, o número de prestadores que deverão participar de procedimento licitatório como já mencionado.

O art. 167.º da LGT admite um prazo máximo de 20 anos para a autorização, prorrogável uma única vez por igual período. Tal prorrogação que será sempre onerosa poderá ser requerida até 3 anos antes do vencimento do prazo original, devendo o requerimento ser decidido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em, no máximo, 12 meses. Além disso, a LGT define as razões que podem justificar o indeferimento do pedido de prorrogação: se o interessado não estiver fazendo uso racional e adequado da radiofrequência; se houver cometido infrações reiteradas em suas atividades; ou se for necessária a modificação de destinação do uso da radiofrequência.

O objetivo da LGT foi conceder o direito de prorroga ao autorizatário, caso contrário, não teria definido as hipóteses de indeferimento do pedido. Por tal motivo, a ANATEL ao regulamentar a matéria estipulou que o prazo para sua decisão deve ser contado da data da protocolização do pleito de prorrogação (art. 56.º, § 2.º da Resolução ANATEL n.º 259, de 19 de abril de 2001). O mesmo dispositivo estipulava, até pouco tempo, em seu § 3.º que caso a ANATEL não se manifeste no prazo de 12 meses, contado do protocolo do requerimento, a prorrogação restaria tacitamente aprovada, nas mesmas condições de operações anteriormente autorizadas desde que não contrariasse a regulamentação vigente. Parece acertado afirmar que o efeito a ser extraído da falta de decisão só pode ser a aprovação do requerimento, caso contrário, tornaria sem efeito o § 2.º do art. 167.º da LGT<sup>34</sup>. No entanto, a ANATEL, tendo em vista impasse em torno da renovação das licenças de MMDS, que venciam em fevereiro de 2009 e ocupavam a disputada faixa de 2,5 GHz, para por um fim aos questionamentos quanto ao cumprimento dos prazos do processo de prorrogação das licenças, decidiu, por meio do Ato n.º 763, de 12 de fevereiro de 2009, simplesmente anular, com efeito *erga omnes* e *ex tunc*, o parágrafo que estabelecia que a prorrogação restará tacitamente aprovada caso a ANATEL não se manifesta-se no prazo máximo de 12 meses.

---

<sup>34</sup> Para CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. Belo horizonte, a. 3, n. 4, p. 9-24, jan/jun, 2008, p. 16): “o efeito de ser extraído da falta de decisão só pode ser a aprovação do requerimento. Se não fosse assim, a mera inércia da Administração inviabilizaria a prorrogação, tornando sem efeito a previsão contida no § 2.º do art. 167.º, que taxativamente arrolou as hipóteses de recusa do pedido”.

Entendeu a ANATEL, que o § 3.º do art. 56.º contém vício de legalidade, citando ainda, o que consta do Processo n.º 53500.012882/2008. Sustentou sua decisão no art. 48.º da Lei Federal n.º 9.784/99 que dispõe que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, afastando a possibilidade de que a Administração decida por omissão. Afirmou, também, que a LGT não previu a possibilidade de prorrogação tácita da Autorização de Uso de Radiofrequências e que o princípio da autotutela previsto no art. 53.º da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, obriga que a Administração anule seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade.

Considera-se arbitrária tal atuação, motivo pelo qual, citamos no presente trabalho este caso, com a ressalva do impasse que ainda não se tem resposta, mas que em breve o Judiciário deve manifestar-se.

### 3.2. Silêncio positivo condicionado

#### 3.2.1. Licenciamento de obras

O art. 49.º, da Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182.º e 183.º da CRFB, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, também conhecido como Estatuto da cidade, disciplina o processo administrativo, determinando que no prazo de 90 (noventa) dias a unidade federativa competente fixe prazo para a prática de atos administrativos relativos a expedição de diretrizes de empreendimentos urbanísticos, aprovação de projetos de parcelamento e de edificação, realização de vistoria e expedição de termo de verificação e conclusão de obras. Não fixando tal prazo, estabelece o parágrafo único do art. 49.º que o mesmo será de 60 (sessenta) dias para a realização de cada um dos referidos atos administrativos, valendo até que os Estados e Municípios disponham em lei de forma diversa.

Não cabe a União legislar sobre normas gerais de processo administrativo, motivo pelo qual os prazos não podem ser veiculados por normas federais, que detêm competência apenas para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (art. 24.º, I, CRFB). Desse modo, o prazo de 60 (sessenta) dias não poderá prevalecer nos casos em que houver omissão legislativa dos entes federados<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Normas de processo administrativo no Estatuto da Cidade. DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade* (comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 365 e seguintes. Defende a autora que a Administração que se omitir de legislar deverá ser constituída em mora, a fim de que se demarque a preclusão administrativa, com as consequências jurídicas que possam advir de sua atitude.

Sendo da competência dos Municípios (art. 30.º, VIII da CRFB) a concessão de licença ou autorizações urbanísticas, poderá a Lei Municipal prever o efeito do silêncio como desejado<sup>36</sup>.

No âmbito do município de São Paulo, especificamente nas hipóteses de licenciamento de obras, afigura-se caso de silêncio positivo condicionado. Os itens 4.2.3 e 4.2.4 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei Municipal n.º 11.228, de 25 de junho de 1992) e no item 4.B.4 do Decreto Municipal n.º 32.329, de 23 de setembro de 1992, que regulamenta a mesma, autoriza o interessado a iniciar a obra submetida a licença no caso de silêncio da Administração, sendo de inteira responsabilidade do proprietário e dos profissionais envolvidos a eventual adequação da mesma às posturas municipais<sup>37</sup>, desde que comunique à repartição técnica competente e se sujeite a eventuais efeitos de uma possível denegação de licença, que são a sustação da construção com a consequente demolição do que tiver sido construído<sup>38</sup>.

De igual modo o Município de Salvador (art. 44.º da Lei Municipal n.º 3.903, de 27 de julho de 1988) também autoriza, depois de esgotado o prazo de 20 dias para a decisão, que o requerente dê início à obra, desde que comunique o fato, por escrito, à Prefeitura e recolha as taxas relativas à concessão de Alvará de Licença. Afirma-se, ainda, que tais

---

<sup>36</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA (SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 397): “O silêncio da Administração, quanto à decisão do pedido de aprovação de projeto e de outorga da licença pra edificar, terá o efeito que a legislação local estabelecer. Será silêncio negativo, que importará recusa da licença, quando a lei determinar esse efeito com o transcurso do prazo previsto para a decisão, sem que esta se verifique, como se dá na Itália, por exemplo, com o chamado “silêncio rifiutto”. Será silêncio positivo, quando, ao contrário, a transição do prazo sem decisão importar em outorga da licença. Ambas as soluções são ruins, visto que é dever da Administração responder, favorável ou desfavoravelmente, o mais rapidamente possível, os pedidos dos administrados. O silêncio negativo lesa o direito do que estes têm ao provimento administrativo, ainda que seja em seu desfavor, O silêncio positivo pode importar, por seu turno, em lesão ao interesse público, quando, porventura, implique aprovação do projeto e a consequente outorga da respectiva licença em desacordo com as normas edilícias e urbanísticas. Por isso, o silêncio positivo não pode ser absoluto. Há de ser condicionado a observância de todas as condições legais a respeito da matéria”.

<sup>37</sup> De acordo com o parágrafo único do art. 2.º do Decreto Municipal n.º 43.232, de 22 de maio de 2003, não se aplica aos casos de solicitação de potencial construtivo adicional mediante outorga onerosa a possibilidade de início de execução de obra ou edificação antes de sua aprovação.

<sup>38</sup> Afirma LUCIA VALLE FIGUEIREDO (FIGUEIREDO, Lucia Valle. Normas de processo administrativo no Estatuto da Cidade. DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da cidade* (comentários à Lei Federal 10.257/2001). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366): “podemos afirmar que o silêncio administrativo aliado a ato do particular – a comunicação feita à repartição competente – terá efeito do ato administrativo de deferimento sob condição resolutória. Esta operar-se-á se ocorrer o indeferimento do pedido (nesse caso, ainda que serôdico), obviamente desde que se tenham verificado originariamente os pressupostos legais da expedição da licença”. No mais, acrescenta (*Op. Cit.*, p. 367) a possibilidade da Administração continuar inerte, mesmo após a comunicação à repartição técnica competente e afirma que terá o particular o “direito a obter o ‘auto de conclusão’, depois da vistoria, desde que se compadeça a obra com a legislação vigente à época em que deveria ter sido deferida a licença”.

obras ficarão sujeitas à demolição das partes que estejam em desacordo com as normas municipais, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.

Em nenhum dos dois casos poderá se alegar direitos adquiridos<sup>39</sup>.

### 3.3. Silêncio positivo implícito

#### 3.3.1 Lançamento por homologação

De acordo com o art. 142.º do Código Tributário Nacional – CTN (Lei Federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento. Esta, diante de um procedimento administrativo, verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, sendo caso, propõe a aplicação da penalidade cabível.

Dentre as modalidades de lançamento tem-se o lançamento por homologação, que é aquele em que o sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo, sem prévio exame da autoridade competente. Tomando conhecimento, a autoridade administrativa homologa, operando-se simultaneamente a constituição definitiva do crédito tributário e a sua extinção.

Caso a lei não fixe prazo para essa homologação, afirma o § 4º, do art. 150.º do CTN que ele será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Se expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se pronuncie, considera-se-á homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Logo, o silêncio da Administração produz a decadência, ou seja, a impossibilidade do Fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo<sup>40</sup>.

### 4. Possibilidade de revogar ou refazer efeitos do silêncio administrativo

Observou-se que o administrador tem o dever de apreciar e expressamente decidir a postulação de qualquer administrado, logo, não está desonerado do dever de apreciar o requerimento.

---

<sup>39</sup> Afirmou o Supremo Tribunal Federal que uma vez que a lei local tolera o início da construção, após certo prazo contado do pedido de aprovação da planta, mas sujeita o proprietário a demolição se a licença vier a ser denegada, não se pode falar em direito adquirido, nem em lei retroativa. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 68954 UF: SP, Fonte: DJ 12-06-1970, Relator(a): ALIOMAR BALEEIRO)

<sup>40</sup> EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 223-224) corrobora com o posicionamento afirmando: “Não há ato administrativo tácito que homologa o crédito formalizado pelo particular: é a decadência do direito da administração efetuar de ofício este ‘lançamento’ (art. 150.º, § 4º) que outorga definitividade ao crédito tributário instrumental”.

Como a Administração tem a prerrogativa de revogar seus atos a qualquer momento, poderá mudar o efeito negativo ou positivo de eventual silêncio do mesmo modo que poderia realizá-lo com os atos administrativos<sup>41</sup>. Tal equação pode ser encontrada nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Assim como se tivesse praticado um ato de modo concreto, o administrador pode anular ou revogar os efeitos negativos ou positivos de seu silêncio, atendidas as consequências exteriorizadas na súmula.

No entanto, tal prerrogativa não é ilimitada, pelo contrário, existem determinadas situações jurídicas que não rendem ensejo à revogação, como os atos que exauriram os seus efeitos; os que derivam de situações vinculativas, pois nestes o administrador não tem margem de liberdade; os atos que geram direitos adquiridos (art. 5.º, XXXVI, CRFB); entre outros. Em qualquer caso o efeito será *ex nunc*.

Desse modo há uma possibilidade geral para revogar, anular ou mudar o efeito negativo ou positivo do silêncio administrativo, além de poder adicionar condições e limitações as decisões tácitas depois que advir a existir.

No entanto, diante de efeitos positivos, parece que só será admissível a via anulatória em face do respeito que o Poder Público deve ao ato jurídico perfeito e acabado. Assim o será, se o efeito positivo tiver se exteriorizado em ato. É o caso do reajuste ou revisão das tarifas de delegatários de serviço público do Estado do Rio de Janeiro (art. 20.º, da Lei Estadual n.º 2.869, de 18 de dezembro de 1997 e art. 10.º da Lei Estadual n.º 2.752, de 02 de julho de 1997) que autoriza a colocação em prática da proposta que não tenha sido apreciada pelo órgão competente, até que o mesmo decida de outra forma, operando-se as compensações necessárias no prazo que lhes for determinado. Como também há o caso da normativa sobre licenciamento de obras no Município de São Paulo (itens 4.2.3 e 4.2.4 do Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (Lei Municipal n.º 11.228, de 25 de junho de 1992) e no item 4.B.4 do Decreto Municipal n.º 32.329, de 23 de setembro de 1992) e de Salvador (art. 44.º da Lei Municipal n.º 3.903, de 27 de julho de 1988) que autorizam o interessado a iniciar a obra submetida a licença no caso de silêncio da Administração, no entanto, reserva expressamente seu direito de indeferir ou não o pedido.

Ressalva-se o caso do art. 150º, § 4º, da Lei Federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, que prevê para o silêncio da administração a decadência do direito da Administração, ou seja, a impossibilidade do Fisco rever os procedimentos efetuados pelo sujeito passivo.

---

<sup>41</sup> Já se mencionou que o silêncio administrativo configura-se como um fato administrativo e não como um ato, motivo pelo qual, tal possibilidade apenas se vislumbrará quando o efeito do mesmo se exteriorizar em um ato.

## 5. Controle do judiciário em relação ao silêncio administrativo

No Brasil, “nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário” (art. 5.º, XXXV, da CRFB), logo, o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário. A decisão administrativa apenas se torna definitiva com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada<sup>42</sup>. Aqui, o contencioso administrativo restou substituído pela unicidade da jurisdição estatal<sup>43</sup>, por isso, afirma-se que o administrado não está obrigado a esgotar os recursos administrativos para, só então, ingressar em juízo, podendo fazê-lo tão logo o seu pedido seja formalmente indeferido ou na hipótese de silêncio administrativo no cumprimento da obrigação que a lei lhe impõe<sup>44</sup>.

Logo, em qualquer dos casos de silêncio administrativo (positivo ou negativo), preferindo o administrado socorrer-se a esfera judicial, não estará o Judiciário, ingerindo indevidamente no âmbito administrativo ao impor multa à Administração, para que esta conceda uma resposta e nem mesmo ter-se-á infração caso esse ofereça a própria resposta a que tem direito o administrado.

É certo, porém, que o particular terá uma dificuldade instrumental, já que não existe no direito brasileiro um instrumento desenvolvido para tanto, dificultando assim, ainda mais, o direito do administrado de receber sua resposta. No entanto, tem o particular algumas opções.

A Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal admite o uso genérico do Mandado de Segurança contra qualquer omissão da autoridade tendo um prazo de 120 dias para impetrar o mesmo em um juízo competente (art. 18.º da Lei Federal n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951). A omissão da Administração em apreciar a postulação administrativa em prazo razoável configura o silêncio administrativo e enseja a impetração de Mandado de Segurança para determinar à autoridade pública a apreciação do pedido, mas também, para que o Poder Judiciário conceda o direito pleiteado<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RESP 840556, UF: AM Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 26/09/2006, Fonte: DJ DATA:20/11/2006 p. 286, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data Publicação: 20/11/2006.

<sup>43</sup> BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RESP 762049, UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/04/2007, Fonte: DJ DATA:26/04/2007 p. 218, Relator: Luiz Fux, Data Publicação: 26/04/2007.

<sup>44</sup> BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quarta Região*. AC 9504615899 UF: RS Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 19/11/1998, Fonte: DJ DATA:03/02/1999 p. 585, Relator(a): EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA.

<sup>45</sup> BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Terceira Região*. AMS 200482, UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 09/06/2004, Fonte: DJU DATA:31/08/2005 p. 157, Relator(a): NERY JUNIOR

O problema da utilização de tal remédio constitucional recai sobre o fato de que o Judiciário não pode, em determinados casos, determinar a prática de certos atos, mas tão somente reconhecer que houve violação a direito líquido e certo, ou seja, se diante de postulações que tivessem uma manifestação vinculada por parte da Administração poderá o Judiciário suprir diretamente o administrador, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa<sup>46</sup>. Agora, se o ato estiver fundado em manifestação discricionária da Administração, não caberá outra solução ao Judiciário, que determinar ao administrador que decida<sup>47</sup>, assinalando-lhe um prazo e em sendo o caso, fixando multa diária pelo descumprimento da ordem judicial<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> O Judiciário brasileiro, não poucas vezes, supre a Administração quando diante de providência de caráter vinculado. Em caso específico de silêncio administrativo, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região declarou que em caso de omissão por parte da autoridade administrativa, mesmo quando preenchidas todas as condições objetivas de pedido de autorização para a prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, esta pode ser suprida pelo Judiciário. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Segunda Região*. AGTEIAC 206514, UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 15/12/1999, Fonte: DJU DATA:17/05/2002 p. 364/371, Relator(a): FRANCISCO PIZZOLANTE).

No entanto, o próprio Judiciário reconhece que não o é dado, em sede de cognição sumária, alterar unilateralmente dispositivo contratual, ao fundamento de que o silêncio da Administração nele previsto não pode ser invocado em favor de particular e concluir pela nulidade do contrato ou até mesmo o seu descumprimento, a ponto de definitivamente negar-lhe vigência. (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quarta Região*. AG 200304010318976 UF: PR Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 19/11/2003, Fonte: DJU DATA:26/11/2003 p. 654, Relator(a): VALDEMAR CAPELETTI).

<sup>47</sup> É lógico que poderá haver possibilidades de substituição da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, afinal, já há muito não se debate se deve ou não haver controle judicial na atuação discricionária da Administração, isso é certo, o que se debate é até onde, ou seja, que tipo de controle e com que intensidade deve este existir. Apesar dessa substituição não caber a princípio, é evidente que se aplicada a teoria da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), a substituição será não somente possível como necessária, já que é a única que se ajusta a regra da tutela judicial efetiva. Não se substitui a discricionariedade, unicamente sua desapareição permite a substituição. Assim, se o particular solicitar ao órgão judicial não só a anulação, mas também o reconhecimento de uma situação jurídica individualizada, o tribunal poderá declarar qual a solução correta e o direito que corresponde ao autor, mas isso só se a redução da discricionariedade chegar a zero, ou melhor, um. Isso não supõe que o Judiciário esteja excedendo a sua função.

É necessário recordar, também, a diferença entre pedidos, solicitações e requerimentos bilaterais e multilaterais. É distinto substituir a Administração em caso de pedido de licença de arma ou de subvenção do que em concessões de serviços públicos, por exemplo. Nas relações bilaterais que tenham uma discricionariedade de resposta afirmativa ou negativa existe uma maior possibilidade de redução ou até eliminação da discricionariedade, podendo inclusive ocorrer injustiças já que não há ninguém que tenha legitimidade para recorrer em caso de concessão injusta do pedido. Ocorrendo um aumento da discricionariedade vez que consolida fatos de situações irregulares, convertendo ilegalidades em discricionário o que inicialmente e legalmente era vinculado. Agora se a relação é multilateral essa possibilidade diminui, assim como a diminuição ou eliminação da discricionariedade, principalmente se esta for de muitas respostas alternativas e disjuntivas.

<sup>48</sup> Afirma GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN (TOMELIN, Georghio Alessandro. Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 226, out/dez, 2001) que extraí-se da expressão “*qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum este um non negare*” (quem cala não confessa, mas é verdade que não nega) o princípio do silêncio-inadimplemento. Para o autor as solu-

Observa-se que diante de casos de discricionariedade administrativa, ocorrendo o silêncio sem haver qualquer estipulação dos efeitos deste, estará o administrado obrigado a socorrer-se ao Judiciário tão somente para obter a pronúncia administrativa e, a partir do resultado obtido, encetar-se nova lide judicial.

Trata-se de uma total irrazoabilidade obrigar o particular a ajuizar duas ações para obter um direito. Basta visualizar o atual contexto do Judiciário brasileiro, sempre assoberbado de processos. Dar efeito ao silêncio poderia ser um mecanismo para evitar o abarrotamento das instâncias judiciais.

Outra possibilidade é a utilização do *habeas data* que permite ao impetrante obter informações a seu respeito, existentes em registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Tem-se assim um âmbito limitado.

O mandado de injunção também pode valer-se como uma opção nos casos de silêncio da Administração quando um direito, previsto na Constituição, não puder ser exercido por falta de regulamentação. O problema é que só poderia ser ajuizado caso a regulamentação fosse atribuída ao órgão da estrutura administrativa que se silenciou.

Desse modo, na atualidade, todos os mecanismos existentes são insuficientes para uma verdadeira tutela judicial efetiva. Tenta-se, ainda, remediar o silêncio com a responsabilização do Estado, não corrigindo o mal em si, deixando o administrado com a expectativa de que a Administração cumpra com seu dever.

---

ções, a partir do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, são as seguintes: “1. A contar da notificação do administrado que lhe informa o fim da instrução do processo administrativo (art. 44.º, L. 9.784/99) começa a correr o prazo de 30 dias para que a administração decida. Transcorrido in albis este prazo, a Administração estará em mora, e sua omissão será atacável pela via mandamental. Pode, então, o magistrado suprir diretamente a inércia do administrador nos aspectos vinculados do ato combatido, concedendo judicialmente os efeitos que se pretendia extrair da decisão administrativa faltante. Nos casos de ato fundado em poder discricionário, determinará ao administrador que decida imediatamente, assinando-lhe o prazo genérico de 5 dias (art. 24.º, L. 9.784/99), após o que se poderá fixar multa diária pelo descumprimento da ordem judicial; 2. Nos casos em que a Administração tenha se manifestado pela prorrogação do prazo, até o trigésimo dia, por “despacho motivado”, passa esta decisão a ser o ato atacável pela via mandamental, quando esteja carente de motivação legal ou se ressinta da falta de sustentáculo fático suficiente. Nesses casos, o magistrado decidirá se foi ou não legalmente válida a dilação do prazo. Uma vez anulado a decisão de conteúdo (pleiteada originariamente pelo administrado perante a Administração), nos casos de conduta vinculada, ou determinar que a Administração o faça em 5 dias (art. 24.º, L. 9.784/99), quando estivermos diante de atos fundados em discricionariedade, fixando “astreinte” por dia de descumprimento da ordem judicial; 3. Nas hipóteses em que for válido o ato de dilação do prazo, o direito ao mandado de segurança nasce tão-somente a partir do sexagésimo primeiro dia, com as mesmas conseqüências expostas nos dois itens anteriores”.



## Conclusões

O deferimento tácito, no trabalho chamado de silêncio positivo, forma-se por meio de uma ficção a um fato jurídico, que é o silêncio administrativo. Concede esse, nos casos e condições previstos, o correspondente à pretensão solicitada, na sequência de um lapso temporal sem que a Administração tenha-se pronunciado sobre a mesma.

Seu fundamento está baseado, principalmente, no direito a uma razoável duração dos processos administrativos, a uma resposta da Administração para qualquer pedido, solicitação ou requerimento, a garantia da segurança jurídica e a satisfação da exigência de uma tutela jurisdicional efetiva.

Ainda carente de atenção, tal instituto possui um relevo extraordinário. Não se pode admitir a arbitrariedade do administrador público. A discricionariedade (ou não) da Administração não pode assegurar ao Poder Público a prerrogativa de não se manifestar, ficando inerte ou silenciado sobre qualquer petição, solicitação ou requerimento.

Até o momento a doutrina brasileira vem atrelando a discussão em torno do direito de indenização ao prejudicado à luz da teoria do abuso de poder e a natureza jurídica do silêncio administrativo. Não possui o Direito brasileiro, ao menos a nível federal, uma regra geral, nem sobre como deve o administrado proceder nem sobre os efeitos, positivo ou negativo, do silêncio.

O que existe no Brasil são casos esporádicos em determinadas leis que preveem a atribuição de efeitos, configurados ora como silêncio positivo, ora como silêncio negativo. O intuito é amparar o administrado que se encontre prejudicado pelo silêncio, com a intenção de evitar, ou ao menos minimizar, as consequências a que fica vulnerável o administrado.

Assim, para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo ao fato, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendentes a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados.

De qualquer modo, entende-se que em possuindo um efeito negativo ou positivo, haverá de existir uma previsão na mesma. Não se vislumbra a possibilidade de qualquer efeito legal sem a devida previsão normativa.

Por tais motivos se conclui que são três as possibilidades existentes na produção de efeitos positivos: tratando-se de atribuição legal que expressamente concede o petitionado, solicitado ou requerido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se, estar-se-á diante do silêncio positivo próprio. Este silêncio pode, também, estar condicionado à rea-

lização de determinada tarefa, sendo então, considerado como um silêncio positivo condicionado. E, por fim, também pode existir atribuição legal que não expressamente conceda o peticionado, solicitado ou requerido, mas que presta-lhe, indiretamente, um efeito positivo a petição, solicitação ou reclamação, sendo chamado de silêncio positivo implícito.

Em qualquer dos casos ganhará o administrado a legitimação da Administração para atuar conforme o que tenha pedido, solicitado ou requerido. No entanto, existe possibilidade de que tal fato seja revogado ou refeito pela Administração, tendo em vista o princípio da auto-tutela, como estipulado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, cabe ressaltar que, em qualquer dos casos de silêncio administrativo (positivo ou negativo), em preferindo o administrado socorrer-se a esfera judicial, apesar da dificuldade instrumental existente, não estará o Judiciário ingerindo indevidamente no âmbito administrativo ao impor multa à Administração para que esta conceda uma resposta e nem mesmo ter-se-á infração caso esse oferte a própria resposta a que tem direito o administrado. □

## I N F O R M A Ç Õ E S

## i) Decisões e actos de reguladores

**BANCO DE PORTUGAL ([www.bportugal.pt](http://www.bportugal.pt))**

- Boletim Oficial do Banco de Portugal (BP), cujo conteúdo é composto por Instruções do BP, Avisos do BP publicados em Diário da República, Cartas Circuladas emitidas pelo BP e Informações;
- Boletins Estatístico do Banco de Portugal – Novembro 2009;
- Boletim Económico – Outono 2009;
- Indicadores de Conjuntura – Novembro de 2009-11-30;
- *Publicação do aviso e da instrução do Banco de Portugal sobre preçários* em virtude de os preçários das instituições de crédito passarem a ter novas regras, nomeadamente serem obrigados a incluir um folheto de comissões e despesas e um folheto de taxas de juro em formato uniformizado, com informação acessível, actual e com estabelecimento de deveres adicionais caso esteja previsto contratualmente que podem ser modificadas as condições contratuais aquando da alteração dos valores apresentados no Preçário.

**ERC ([www.erc.pt](http://www.erc.pt))**

- Projecto de directiva sobre a inserção de sobreposições autopromocionais em programas televisivos. Este projecto de directiva foi já submetido aos operadores

de televisão para os respectivos comentários, estando o seu texto igualmente disponível no sítio electrónico da ERC, para consulta pública;

- Directiva 2/2009, relativa à participação de candidatos a eleições em debates, entrevistas, comentários e outros espaços de opinião nos órgãos de comunicação social;
- Caderno de encargos do concurso público para o licenciamento de um serviço de programas televisivo de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre, utilizando espaço hertziano destinado à radiodifusão televisiva digital terrestre;
- Modelo de avaliação do concurso público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre;
- Deliberação, que resulta do Relatório de Pluralismo Político-Partidário no Serviço Público de Televisão, relativo ao ano de 2008, em que a ERC insta a RTP "a cumprir com maior rigor (...) o pluralismo político-partidário, em particular no que respeita à representação dos partidos políticos, com e sem representação parlamentar cujos valores, em 2008, mais se afastaram dos valores-referência definidos pela ERC";
- Deliberação a salientar e reprovar veementemente a reincidência em situação de incumprimento pelo *Correio da Manhã* dos seus deveres ético-legais, especialmente no que concerne a rigor informativo na elaboração da primeira página das suas edições;
- Deliberação a instar o jornal DESTAK a implementar um mecanismo eficaz de controlo editorial dos comentários dos leitores, de forma a exercer efectivamente o poder de não publicar textos que tenham um carácter ofensivo ou insultuoso;
- Deliberação no sentido da sensibilização da RTP para, no futuro, procurar uma cobertura jornalística mais abrangente das reacções partidárias aos resultados eleitorais, uma vez que o padrão de exigência relativo à garantia do pluralismo político é, por força a Constituição, da Lei de Televisão e do contrato de concessão, reforçado quanto ao Serviço Público de Televisão;
- Deliberação no sentido de impor à Sport Lisboa e Benfica, Futebol SAD, a obrigatoriedade de respeito pelo direito de acesso dos jornalistas aos eventos abertos à comunicação social por si organizados, devendo abster-se do decretamento ou da prática de quaisquer actos de obstrução da entrada dos jornalistas, devidamente

identificados como tal, que se apresentem, no exercício da sua actividade profissional, nos referidos eventos, com o propósito de realizar a sua cobertura informativa;

- Deliberação 6/OUT-TV/2009 referente à suspensão do Jornal Nacional de Sexta e consequentes pedidos de demissão da Direcção de Informação da TVI e da chefia de redacção em que a ERC reprova o facto de a Administração da TVI, Televisão Independente, S.A., ter interferido na esfera de competências da Direcção de Informação, o que se afigura contrário à lei e lesivo da autonomia editorial e dos direitos dos jornalistas; Insta a Administração da TVI, Televisão Independente, S.A., a, no futuro, respeitar escrupulosamente o princípio de separação entre *matéria de gestão empresarial e matéria editorial*; Chama a atenção da TVI e dos seus jornalistas para a obrigatoriedade de criação de um conselho de redacção; Considera que a decisão do Conselho de Administração da TVI – Televisão Independente, S.A., será tomada em consideração no momento da avaliação intercalar e inicia um procedimento visando o apuramento da responsabilidade contra-ordenacional;
- Deliberação no sentido de abertura de um processo de apreciação com o intuito de apurar se existiu ou não ingerência do poder político ou económico na actividade do operador relativamente à suspensão do Jornal Nacional de 6ª feira;
- Deliberação no sentido de instaurar procedimento contra-ordenacional contra o operador SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A., com fundamento no incumprimento dos limites de tempo reservado à publicidade nos dias 4 e 7 de Maio de 2009;
- Deliberação no âmbito do pedido de alteração do controlo da empresa Radiodifusão, Publicidade e Espectáculos, Lda. em que a ERC delibera instaurar procedimento contra-ordenacional contra o operador Radiodifusão, Publicidade e Espectáculos, Lda;
- Comunicado da ERC, em sede de processo de abertura de averiguações relativas a alegadas interferências na independência de alguns órgãos de comunicação social, em que o Conselho regulador deliberou abrir um processo de averiguações tendo como objectivo apurar elementos relativos à situação denunciada publicamente pelo director do jornal *SOL*;
- Comunicado da ERC sobre a abertura de procedimento em virtude das notícias publicadas relativas a alegadas interferências na independência de alguns órgãos

de comunicação social por via do investimento publicitário, em que o Conselho Regulador deliberou iniciar um procedimento tendo em vista a análise do cumprimento das regras relativas à publicidade do Estado, identificando eventuais desvios a essas regras;

- Comunicado do Presidente da ERC sobre "a situação denunciada publicamente pelo director do jornal SOL" e sobre o "cumprimento das regras relativas à publicidade do Estado", publicadas no Semanário SOL.

## **ANACOM ([www.anacom.pt](http://www.anacom.pt))**

- Relatório sobre a rede de estabelecimentos postais dos CTT - Correios de Portugal, S.A. (CTT) - 1º semestre de 2009;
- Aprovação dos novos modelos de termo de responsabilidade pelo projecto das infra-estruturas de telecomunicações em loteamentos, urbanizações e conjuntos de edifícios (ITUR) e de termo de responsabilidade de execução das ITUR;
- Aprovação dos manuais técnicos ITED e ITUR;
- Publicação das estatísticas do serviço telefónico móvel - 3º trimestre de 2009;
- Deliberação de 3.11.2009, a actualizar as especificações técnicas dos interfaces aplicáveis a algumas categorias de equipamentos de radiocomunicações.

## **AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ([www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt))**

- Comunicado 18/2009 a determinar o início da publicação de Boletim Mensal de Estatísticas de Combustíveis Líquidos;
- Comunicado 19/2009 a esclarecer afirmações sobre combustíveis;
- Comunicado 20/2009 a impor à Sugalidal o fim de práticas lesivas;
- Comunicado 22/2009 a proibir a concentração TAP/SPDH.

## **ii) Relatórios e outros documentos**

- Working paper: "Are ATM/POS data relevant when nowcasting private consumption?" ([www.bportugal.pt](http://www.bportugal.pt));

- Working Paper: "Double coverage and health care utilisation: Evidence from quantile regression" ([www.bportuga.pt](http://www.bportuga.pt));
- Occasional Paper: "The main trends in public finance developments in Portugal: 1986-2008" ([www.bportugal.pt](http://www.bportugal.pt));
- Livro do Banco de Portugal: "A Economia Portuguesa no Contexto da Integração Económica, Financeira e Monetária" ([www.bportuga.pt](http://www.bportuga.pt));
- Relatório do Pluralismo Político-Partidário no Serviço Público de Televisão ([www.erc.pt](http://www.erc.pt));
- Palestra sobre as "assimetrias no ajustamento dos preços no retalho a variações dos custos: Casos dos combustíveis líquidos e do pão" ([www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt));
- Palestra sobre "The relationship between competition authorities and sectoral regulators" ([www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt)). □