

EIXO 3 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Disciplina: D 3.3 – Fundamentos do Direito Público (20h)

(Aula 2: Estado Democrático de Direito: O Direito Público em transformação)

Professores: Eduardo Xavier e Wellington Márcio Kubliskas

6 a 8 de fevereiro de 2012

Painel II



*Estado Democrático de Direito: O
Direito Público em transformação*

Eduardo xavier
Wellington Márcio Kubliskas

Introdução



Ponto: O Direito Público está em transformação?

Motivos da transformação:

- *Alteração do Perfil do ESTADO*
- *Consolidação do Estado Democrático de Direito*

Formas de transformação:

- *Releitura de institutos clássicos*
- *Inserção de novas ferramentas de atuação estatal*

Alteração do Estado – alteração social



➤ Min. Bilac Pinto, em 1941:

*No plano do Estado, os fatos mais característicos de nossa época são a a sua **intervenção, cada vez mais ampla, no domínio econômico e na ordem social.** (...) De par com os conceitos básicos de liberdade, propriedade e igualdade, todos os valores políticos essenciais à **concepção liberal-individualista do Estado e da vida, passaram a sofrer um processo de modificação de substância.** (...) **Essa acelerada alteração de valores, que pareciam eternos, interfere com todo o domínio do direito, não porém de maneira harmônica e coordenada, mas ao contrário, sob a forma de divergências e de conflitos que estão suscitando, em todos os seus ramos,** o que se convencionou chamar a crise do direito. Essa crise se resume, portanto, no desencontro, no desajustamento e na desconformidade do direito com a realidade social, econômica e política de nossa época*

➤ Alberto Venâncio Filho, em 1968:

*A Constituição de 1946 mantém, assim, a estrutura dos poderes do Estado, como já arquitetado na Constituição de 1934, embora se apresentasse com melhor estruturação o capítulo referente à ordem econômica e social e demonstrasse maior atenção aos problemas regionais. Nesses quatro lustros, **aumentou consideravelmente a intervenção do Estado no domínio econômico, sem que, porém a máquina estatal estivesse aparelhada para atender essas novas necessidades.** (...) E a exigência de racionalizar a interferência no processo econômico, através do planejamento e da programação do desenvolvimento econômicos impõem a **criação de órgãos específicos, de duração efêmera,** como a Administração do Plano Salte (1949), o Conselho do Desenvolvimento (1956), a Comissão Nacional do Planejamento (1961), a Coordenação do Planejamento Nacional (1963), e o cargo de Ministro Extraordinário para Planejamento e a Coordenação Econômica (1964)*

Alteração social – alteração do Direito



“HESSE sustenta a **Constituição está condicionada pela realidade histórica**, razão pela qual (...) não se a pode separar da **realidade concreta do seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas** somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade. **Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente.** Opera-se então a **frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.** Ao **intérprete** incumbe, então, sob o **manto dos princípios, atualizá-lo.**” (ADF 46, Min. Eros Grau)

Mudanças no Direito



- **Movimento histórico: vertente autoritátia vs garantista**
- **Constituição deve resolver o conflito: autoridade e liberdade**
- **Direito administrativo emerge de um conflito - Revolução francesa:**

A revolução do século XVIII, com as divisas da liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada para implantar um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais. (...) Nós vivemos e viveremos sempre da Revolução Francesa, do verbo dos seus tribunos, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, idéias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam, porquanto conjugam, inarredáveis, duas legitimidades, duas vontades soberanas: a do Povo e da Nação (DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL, Paulo Bonavides)

Administração e transparência

Ato administrativo – fruto de processo



“No passado já houve quem sustentasse que a **motivação era dispensável na prática de atos discricionários**. Atualmente tal entendimento é absolutamente insustentável diante da evolução doutrinária e jurisprudencial quanto ao conceito e significado da discricionariedade. Já se tem claro que discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois nunca é absoluta, sendo indiscutivelmente sujeita a controle judicial (pelo menos para se aferir se houve, ou não, desbordamento de seus limites). **Sem a motivação do ato discricionário fica aberta a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder**, dada a dificuldade ou, mesmo, impossibilidade de efetivo controle judicial”

(Processo Administrativo. Sérgio Ferraz e Adilson A. Dallari. 1 ed. Malherios Editores, São Paulo, p 58-59)

Princípio da legalidade



- **Estado adquire papel de maior relevância:**
 - *Crise da legalidade: necessidade de respostas céleres vs. processo legislativo custoso*
 - *Decreto autônomo ganha força: Emenda Constitucional 32*
- **Princípio da legalidade: submissão ao Direito:**
 - *Ainda que se reconheça a preponderância na efetivação **do interesse público previsto na lei**, sobra, mesmo assim, uma **grande margem a ser preenchida pela ação do Administrador**. (Patrícia Baptista, Transformação do Direito Administrativo)*
- **Fenômeno da “deslegalização”**

Emenda Constitucional 32/2001



- Art. 84: Competências privativas do PR
- Original:
 - VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, **na forma da lei**;
- Emenda:
 - VI - dispor, mediante decreto, sobre
 - a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
 - b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

“Deslegalização”

Licitações - Leis setoriais



- **Lei do Petróleo (Lei n. 9478/97):**

Art. 36. A licitação para outorga dos contratos de concessão referidos no art. 23 obedecerá ao disposto nesta Lei, **na regulamentação a ser expedida pela ANP** e no respectivo edital.

Art. 40. O julgamento da licitação identificará **a proposta mais vantajosa**, segundo **critérios objetivos, estabelecidos no instrumento convocatório**, com fiel observância dos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os concorrentes**.

Art. 41. No **julgamento da licitação**, **além de outros** critérios que o edital expressamente estipular, serão levados em conta:

I - o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os volumes mínimos de investimentos e os cronogramas físico-financeiros;

II - as participações governamentais referidas no art. 45.

- **Benefícios:**

- ✦ **Uso do Conteúdo Local na avaliação das propostas (PEM + bônus de assinatura):**

- 1999: Licitantes ofertavam livremente valores de CL

- 2003: Limites mínimos para o CL

- 2005: Limites mínimos e máximos

“Deslegalização”

PND



- **Lei PND (9491/97):**

- Art. 2º **Poderão ser objeto de desestatização**, nos termos desta Lei:

I - **empresas**, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, **instituídas por lei** ou ato do Poder Executivo;

§ 1º Considera-se **desestatização**:

a) a **alienação**, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, **preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade**;

- Art. 6º Compete ao Conselho Nacional de Desestatização:

I - **recomendar, para aprovação do Presidente da República**, meios de pagamento e **inclusão ou exclusão de empresas**, inclusive instituições financeiras, serviços públicos e participações minoritárias, bem como a inclusão de bens móveis e imóveis da União no Programa Nacional de Desestatização

“Deslegalização”

PND



Dessa maneira, o programa de desestatização em exame **não confere ao Governador inteira discricção quanto à privatização de empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado**, senão que sua execução fica sujeita à verificação, caso a caso, dos **motivos que justifiquem o procedimento respectivo**, nos limites definidos na Lei Complementar local, podendo, destarte, sofrer o controle judicial, desde que provocado por quem quer que seja, pois a enumeração do art. 7º. transcrito bem demonstra estar a Comissão Diretora do Programa **obrigada a amplos esclarecimentos, estudos, avaliações, definição de critérios de fixação do preço total de alienação da empresa a ser privatizada e valor de cada ação, de tudo prestando contas e elaborando relatórios**. Ora, cuidando-se, assim, de **processo aberto ao público**, assegurada, pelo inciso V do aludido art. 7, **‘rigorosa transparência dos processos de alienação’**, bem de compreender é que os **partidos políticos e a sociedade em geral poderão fiscalizar os procedimentos e impugná-los, perante o Poder Judiciário**, a teor do art. 5º. , XXV, da Constituição tal como tem sucedido no âmbito federal, desde a vigência da Lei n. 8031, de 12/4/1990, agora, substituída pela Lei n. 9491, de 9/9/1997. (ADI 1724-1/6 RN, Min. Néri da Silveira – Relator)

“Deslegalização”

PND



A **autorização legislativa específica**, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, **não poderia ser dispensada quanto está em jogo o surgimento de mais um ente da administração**. A partir, entretanto, do momento em que o **referido ente** cumpriu os seus objetivos, **tornou-se inviável**, já não se justifica a sua manutenção, **a privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis**, nada impedindo que, uma ou outra, **possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral**, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciada, para esta ou aquela espécie de empresa. **Definida pelo legislador constituinte, a opção pelo regime capitalista de produção, e estabelecidas as únicas hipóteses de atuação do Estado na exploração de atividade econômica** (quando o exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante – art. 173), **nada mais natural do que a iniciativa do legislador ordinário, no sentido de instituir um programa de privatização** para as centenas de empresas dedicadas a atividades não excepcionais, como fez, editando a Lei n. 8031/90, de molde a obviar os inconvenientes de providências casuísticas, de efeito retardativo. (ADI 5626/6, Min. Ilmar Galvão – Relator)

Novos temas



- ***Participação***

- Previsão da participação social no processo de tomada de decisão da Administração pública
- Controle dos atos (motivação e transparência)

- ***Agências independentes***

- ***Flexibilização do princípio da legalidade – gestão privada da administração***
 - Autarquias sob regime especial – ente pertencente à Administração Pública
 - *quasi* legislativo – regulação e autonomia técnica – execução de políticas públicas
 - *quasi* judicial – arbitramento entre agentes
 - Questão atual: divisão de competências entre Administração Direta e Agências.

Seminário: Controle judicial das políticas públicas - qual o limite de atuação do Poder Judiciário?

- ***As “políticas públicas” podem ser definidas como o conjunto de ações governamentais, desenvolvidas pelo Poder Legislativo ou pela Administração, que visam garantir a proteção de direitos individuais e as condições mínimas de existência.***
- ***Questões: (i) “se” e (ii) “até que ponto” pode/deve o Poder Judiciário interferir na efetivação de uma política pública?***

Seminário

ADPF n.º 45/DF : “(...) É certo que **não se inclui**, ordinariamente, no âmbito das **funções institucionais do Poder Judiciário** - e nas desta Suprema Corte, em especial - **a atribuição de formular e de implementar políticas públicas** (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos **Poderes Legislativo e Executivo**. Tal incumbência, no entanto, embora em **bases excepcionais**, poderá **atribuir-se ao Poder Judiciário**, se e quando os **órgãos estatais competentes**, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a **eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos** impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de **conteúdo programático**. (...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à **‘reserva do possível’** (...). É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (...) **depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado**, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, **considerada a limitação material referida**, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”. (STF, ADPF n.º 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29./04./04).