

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

EMERSON GABARDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Emerson Gabardo, Maria Tereza Fonseca Dias – Florianópolis:
CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-149-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública” I reuniu no XXV Encontro Nacional do CONPEDI um conjunto de artigos de alto nível. Reunidos na cidade de Brasília, pesquisadores de diferentes partes do país apresentaram temas originais e polêmicos mediante a construção de textos com alto requinte intelectual.

As discussões que se seguiram aos comunicados científicos também foram muito profícuas e propiciaram debates interessantes a respeito de questões como discricionariedade administrativa, participação popular, arbitragem, responsabilidade do Estado, parcerias público-privadas, competências federativas, desenvolvimento, serviços públicos, direitos fundamentais, licitações, contratos públicos, modelos de gestão, processo administrativo e sistemas de controle da atividade pública. De forma dialética, alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais com diferentes formações colocaram suas posições com respeito e mediante a adoção de uma perspectiva dialógica horizontal, ou seja, manifestando posições convergentes e divergentes de forma democrática.

Como resultado deste processo estão sendo publicados neste volume os trabalhos selecionados pela comissão de avaliadores do Conpedi e que contou com a coordenação dos debates dos professores abaixo nomeados, que procuraram aprofundar as colocações feitas e apontar aprimoramentos importantes para a área do Direito Administrativo. Foi grande honra e satisfação da comissão ter compartilhado dos debates com os autores e demais participantes.

Destacou-se, neste grupo de trabalho, a interdisciplinaridade das temáticas do direito com as da gestão pública, mostrando os rumos para os quais caminha a pesquisa e as discussões da Administração Pública.

Merece parabéns o CONPEDI por realizar um evento tão sério e que já pode ser considerado o mais relevante momento de divulgação de investigações científicas brasileiras na área do Direito.

Bom proveito aos leitores.

Cordialmente,

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Centro Universitário Eurípedes de Marília

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Fundação Mineira de Cultura

Universidade Federal de Minas Gerais

**DO CONTROLE DE LEGALIDADE AO CONTROLE CONVENIAL DA
PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: A DESESTATIZAÇÃO DE ATIVIDADES
PÚBLICAS SOCIAIS E OS ACORDOS PROCEDIMENTAIS NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

**FROM A LAW REVIEW TO A CONTRACTUAL REVIEW POWER OF
ENVIRONMENTAL PROTECTION: THE PRIVATIZATION OF SOCIAL
SERVICES AND THE PROCEDURAL AGREEMENT BROUGHT BY THE CIVIL
PROCEDURE CODE OF 2015**

**Lorena Machado Rogedo Bastianetto
Beatriz Souza Costa**

Resumo

A desestatização de serviços públicos essenciais é realidade na dinâmica atual, pautada na inabilidade do Estado na prestação de direitos transindividuais. O chamamento do particular ao desempenho de direitos sociais é prática remota, todavia, os arranjos entre Terceiro Setor e Poder Público têm ganhado contornos bastante inusuais, de desnaturação do regime administrativo e de encorajamento de parâmetros conveniais como marco normativo de vinculação. A partir do raciocínio lógico-dedutivo e da investigação legal, jurisprudencial e doutrinária, propõe-se a compor as tendências da gestão pública com o contratualismo meritório e procedimental na busca por nova óptica às adversidades e utilidades derivativas.

Palavras-chave: Serviço público, Legalidade, Convenialidade, Acordo procedimental, Direitos transindividuais

Abstract/Resumen/Résumé

Privatization is a certainty due to the inefficiency of the State in providing social services. The transference of public matters to the private sector is aged. However, the terms of these agreements have nurtured unusual features, weakening Public Law and energizing contractualism as a legal bond. The juridical dogmatic alignment was chosen and the study was based on case law, acts and doctrine. It is expected to mold the directions of public policies with the boiling contractual movement, arising positive assets and drawbacks identified, as well as a mind-set for answering to juridical disfunctions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public service, Legality, Contractuality, Procedural agreement, Collective rights

1 INTRODUÇÃO

O agigantamento dos direitos sociais e transindividuais na conjuntura social atual tem acarretado um atulhamento de prestações estatais dentro de uma realidade arrecadatória limitada, seja originária ou derivativa. Os entes de direito público interno da Federação brasileira jamais se viram tão instigados e impelidos a implementar políticas públicas garantidoras de direitos coletivos, entretanto, veem-se circunscritos a orçamentos deficitários e integralmente empenhados, dado que traduz, indubitavelmente, no descumprimento de prestações estatais efetivadoras de prerrogativas constitucional e legalmente pertencentes ao patrimônio jurídico do cidadão.

A responsabilidade subjetiva – culpa comissiva – e objetiva do Estado¹, em decorrência da prestação de serviços públicos sociais, constantes no Título VII² da Constituição da República de 1988 (CR/1988), é ônus corpulento para a máquina pública. Dito contexto é decorrência de três cenários atuais principais: o primeiro refere-se à hiperconstitucionalização (VIEIRA, 2008), ou seja, há uma tendência exacerbada do cidadão em estabelecer uma vinculação direta entre danos e ameaças de danos e princípios constitucionais, aspirando, sempre, um posicionamento final da Corte Suprema.

O segundo, corolário do primeiro, trata do que Streck (2010) chamou de “panprincipiologismo”, compreendido como a inclinação geral da sociedade e de suas instituições em idealizar princípios constitucionais de forma intuitiva, sem suporte normativo; e o terceiro revela a consideração da teoria da reserva do possível³, a qual viabiliza o sopesamento das capacidades de atuação do Estado perante seu enquadramento fiscal.

Dessa arquitetura, e em consonância com “o pensamento jurídico do possível”⁴, este trabalho foca-se na análise contemporânea da opção estatal em trazer o particular à cena pública, principalmente através da multiplicação de instrumentos

¹ A respeito, consultar: art. 37, §6º da CR/1988 (BRASIL, 1988).

² A respeito, consultar artigos 193 a 232 da CR/1988 (BRASIL, 1988).

³ A respeito, consultar: RE nº 580252 RG/MS (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

⁴ A respeito, ver: ADI nº 1289 EI/DF (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003).

de parceria e convênios, os quais fomentam a prestação de serviços públicos sociais pela iniciativa privada.

Centra-se, igualmente, no estudo do recém-inaugurado “negócio jurídico processual” pelo Código de Processo Civil de 2015⁵, também conhecido como “acordo procedimental”. Ambos os instrumentos, um de direito substantivo e outro de direito adjetivo, despertam a perspectiva de que os instrumentos de sindicabilidade da prestação do serviço público sofrerão uma mudança de parâmetro: da lei para o convênio. Além do mais, o curso procedimental de eventuais litigiosidades decorrentes dessas parcerias também é, a partir de agora, cambiável, informação relevante para a efetiva participação dos atores sociais na gestão da coisa pública.

Nessa esteira, a partir do pensamento lógico-dedutivo e da pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial no contexto nacional, este artigo propõe-se a debater as expectativas de conformação do regime de direito público em arranjos inespecíficos e privatísticos no empreendimento de uma melhor prestação, fruição e controle de direitos transindividuais, mormente o direito ao meio ambiente equilibrado.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO *START-UP*

O quadro social presente demonstra uma recolocação da Constituição na mente dos cidadãos. Essa mudança conceitual vincula-se a um binômio factual que Sustain (2009) e Zagrelbesky (2011) muito bem apresentam. Sustain assevera a eminência do processo de interpretação e integração da Constituição pela opinião pública em geral, dado que torna o labor do Poder Judiciário muito mais profundo em seus pronunciamentos. O que se denomina de *many minds argument* seria a largada do juízo para a jornada hermenêutica, a qual é muito instável nos dias atuais.

O Código de Processo Civil de 2015 oferece dois instrumentos principais para a compreensão desse esforço interpretativo pelo Poder Judiciário. O primeiro seria a inserção explícita de uma nova modalidade de intervenção de terceiros, o *amicus curiae*⁶, figura anômala de intervenção anteriormente à codificação, prevista em leis especiais. Constitui-se uma importante abertura de portas dos juízos para sua

⁵ A respeito, consultar: art. 190, Lei nº 13.105, Código Processo Civil (CPC) 2015 (BRASIL, 2015).

⁶ A respeito, consultar: art. 138, Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

reflexão e aconselhamento com os cidadãos e suas organizações, em temas de relevância, específicos ou de grande repercussão.

O segundo educa os provocadores da jurisdição e os juízos inferiores pela valorização do reconhecimento ao *stare decisis*⁷, ou seja, almeja-se atingir uma constância maior das diretrizes e pronunciamentos dos tribunais em uma cultura de *civil law*, como o é a brasileira. O “amigo do juízo” pauta-se, justamente, no *many minds argument* de Sustain; já o recrudescimento da jurisprudência dos tribunais superiores como fonte formal do Direito contrabalança essa transformação do Poder Judiciário em palco debatedor e discursista pelo acatamento cogente aos alinhamentos da Justiça.

Zagrebelsky, por sua vez, lança a noção de “direito dúctil” por meio do reposicionamento da Constituição no ideário das pessoas. Os direitos, as garantias e os programas de Estado não são mais vistos como metas a se alcançar, mas como pontos de partida, melhor dizendo, o Texto Constitucional é uma *start-up* das sociedades, uma projeção inicial para a construção de novas prerrogativas, novos planos de Estado, políticas públicas, enfim, é um esboço para verdes estruturas.

A partir dessas considerações, tem-se uma dilatação colossal de princípios, subprincípios e direitos derivativos em um encadeamento indomável na realidade social. A suscitação de faculdades e proteções atingem patamares hipertróficos com fundamentos em mandados otimizados⁸ pela criatividade humana, informação que leva a Administração Pública a uma trama de políticas públicas irrealizável sem a iniciativa privada.

Por essa razão, o Direito Administrativo tem se deparado com acordos e contratos inusuais com os particulares, transferências de serviços públicos a organizações de direito privado alheias à Administração Pública, maleabilidade do regime jurídico administrativo e da aplicação dos princípios explícitos na gestão da *res* pública, constatações advindas de uma constante luta contra a implacável insuficiência e ineficiência nas ações afirmativas efetivadoras dos direitos sociais. Por conseguinte, a privatização de políticas públicas desvela-se uma inevitabilidade.

⁷ A respeito, consultar: arts. 332; 496, §4; 521, inciso IV; 525, §2º, todos do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

⁸ A expressão utilizada no trabalho, apesar de referir-se à conceituação diferenciadora entre princípios e regras encabeçada por Alexy (2011), tem o propósito de destacar a otimização interpretativa dos cidadãos em busca do panprincipiologismo e de uma rede incontida de direitos e garantias.

2.1 O meio ambiente como política pública da iniciativa privada

O meio ambiente, direito transindividual⁹, enceta uma construção conceitual inacabada, disruptiva e continuativa¹⁰, arquitetura que acarreta a proliferação e a multiplicação de deveres estatais para o bem-estar da coletividade. Não é impreciso afirmar-se que o elo entre saúde e meio ambiente¹¹ propulsiona uma performance de serviços públicos e prestações de relevância pública inumeráveis, mister que urge ser compartilhado, entendido como encargo de todos, com prestações bem definidas e efetivas, manifestas não só na letra constitucional e legal¹², mas na ordenação social cotidiana.

Demasiados são os exemplos desse compartilhamento de responsabilidades entre Administração Pública e iniciativa privada nas prestações de serviços ou atividades de relevância pública.

O município de Belo Horizonte, a título ilustrativo, tem se sobressaído nacional e internacionalmente por seu protagonismo ambiental. A cidade foi eleita duas vezes como a Capital Nacional da Hora do Planeta e concorre, neste ano de 2016, para o tricampeonato de iniciativa da WWF-Brasil¹³. Por essa razão, expõe-se, a partir de uma cidade-modelo no contexto brasileiro, uma sequência de construções negociais da Administração Pública belo-horizontina com os particulares para a conquista desse resultado.

Nesse contexto, a concessão de uso e exploração de parques públicos, parcerias público-privadas para a exploração de estacionamentos públicos¹⁴, concessão administrativa para a modernização, operação e manutenção da iluminação pública com a troca do sistema para a tecnologia LED¹⁵, concessões de administração de cemitérios públicos¹⁶, sistema de mobilidade urbana para compartilhamento de

⁹ A respeito, consultar: RE nº 417408/RJ (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

¹⁰ Esse é o espírito das ideias de Beck (2002, p. 29-73).

¹¹ A respeito, consultar: BRUSTOLIN (2010).

¹² A respeito, consultar: art. 225, CR/1988 (BRASIL, 1988).

¹³ A respeito, consultar:

<http://www.wwf.org.br/informacoes/noticias_meio_ambiente_e_natureza/?51148/belo-horizonte-recife-e-rio-de-janeiro-so-as-finalistas-do-desafio-das-cidades-no-brasil>.

¹⁴ Projeto de Lei (PL) nº 1.341/2014 (BELO HORIZONTE, 2014).

¹⁵ Lei nº 9.038/2005 (BELO HORIZONTE, 2005).

¹⁶ Decreto nº 14.657/2011 (BELO HORIZONTE, 2011).

veículos ecológicos e sustentáveis, concessão do serviço de transbordo de resíduos e aproveitamento energético do biogás¹⁷, são apenas algumas das parcerias entre o Poder Executivo municipal e os particulares.

Em âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, recentemente, a validade de execução de serviços públicos sociais essenciais pela iniciativa privada¹⁸ não por meio de delegação pelo Poder Público, mas de atividades de fomento, sendo os convênios os negócios jurídicos mais usuais para a materialização dessa atuação.

Esse precedente do Tribunal Constitucional, em controle concentrado, consolida a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98, a qual dispõe sobre os requisitos de qualificação de pessoas jurídicas de direito privado alheias à Administração como organizações sociais, atributo da iniciativa privada que desempenha serviço público.

Essa decisão, além de sobrelevar, mais uma vez, polêmicas mais remotas, contemporâneas à edição da lei e concernentes às distorções do regime jurídico administrativo para a realização de serviços públicos, também ressalta outros aspectos de suma importância na situação vigente, especialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. A substituição de parâmetros normativos e a mutabilidade procedimental são os prismas nucleares desta discussão.

3 DO CONTROLE LEGAL AO CONTROLE CONVENIAL: AS NUANÇAS DA SINDICABILIDADE

O negócio jurídico ao qual se intitula “convênio” tem alicerce constitucional no art. 241¹⁹. Essa disposição deixa evidente que o instrumento contratual em tela presta-se a uma cooperação entre entes de direito público interno. Em conjugação com o art. 199 do Texto Maior, seção que trata do direito social à saúde, há a explícita permissividade de extensão desse negócio jurídico especial entre a Administração Pública e instituições privadas. Logo, esta informação, por interpretação extensiva,

¹⁷ Edital nº 183/2007(BELO HORIZONTE, 2007).

¹⁸ A respeito, consultar: ADI nº 1923/DF (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

¹⁹ CR/1988, art. 241: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (BRASIL, 1988).

oportuniza o desfrute do convênio para a transferência do exercício de prestações de relevância pública à iniciativa privada também em outras matérias.

A partir dessa digressão, os entes da Federação utilizam-se dos convênios para a transferência ao particular de serviços públicos no intento de aperfeiçoar a prestação dessas atribuições públicas.

O contrato de gestão, mais um negócio jurídico amplamente manejado para a transferência aos cidadãos da responsabilidade pelos serviços públicos, foi assim nomeado pela doutrina para caracterizar o instrumento previsto na Constituição de 1988 no art. 37, §8º²⁰.

Esse artigo oportuniza o travamento de um contrato para uma expansão da autonomia orgânica ou da pessoa jurídica de direito público com a finalidade de obtenção de melhores prestações públicas. Deixando à parte as vetustas reservas jurídicas a respeito dessa permissiva constitucional, a relevância nessa prescrição concentra-se na preocupação pelo poder constituinte derivado quanto à inabilidade produtiva e de rendimento das atividades públicas.

Como o desassossego, a respeito da administração da máquina pública e dos compromissos do Poder Público, é inconteste na sociedade brasileira, percebe-se que o termo “gestão” foi por inúmeras vezes empregado na Constituição, no título da ordem social²¹, dado que conduziu esse instrumento jurídico para a realidade das parcerias entre Administração Pública e o particular.

Na verdade, a Lei nº 9.637/1998, estatuto das organizações sociais, estipula os contratos de gestão como os acordos convergentes de vontade entre o Estado e a iniciativa privada para o desempenho de função pública²². Dessa forma, convênios e contratos de gestão acabam por materializar a mesma relação negocial entre Poder Público e particular, na tentativa de implementação mais eficaz dos multiformes direitos sociais.

²⁰ Art. 37, § 8º, CR/1988: A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal (BRASIL, 1988).

²¹ A respeito, consultar: arts. 194, inciso VII; 205, inciso VI; 215, §3º, III; 216-A, §1º, inciso XI, todos da CR/1988 (BRASIL, 1988).

²² A respeito, conferir art. 2º, alínea “F”, Lei nº 9.637/1998 (BRASIL, 1988).

Importante a menção de que as parcerias público-privadas, de regulação geral pela Lei nº 11.079/2004, determinam-se verdadeiras concessões de serviços públicos ou obras públicas. Entretanto, devido a uma regulamentação nacional confusa e intrincada, permitem aos estados e municípios um regimento específico bastante complacente para o estabelecimento de novas maneiras de relacionamento com o particular na busca de uma prestação pública operativa.

Não se poderia deixar de incluir nesse rol as organizações da sociedade civil de interesse público, OSCIP. A vinculação entre a Administração Pública e o Terceiro Setor faz-se por meio do denominado “termo de parceria”, mais uma via de estreitamento de laços rumo à gestão privada dos direitos sociais.

Dessarte, a partir desse arquétipo, é forçosa a inferência de que a modernização dos programas de Estado, em todos os âmbitos, mormente quanto aos direitos sociais, de multiplicação rizomática²³, exprime a superação dicotômica entre público e privado. Isso induz a população organizada à condução dos negócios públicos de interesse dela própria.

Esse sobrepujamento ou justaposição entre Estado e particulares traz, no entanto, uma realidade embaraçada para o controle dos negócios jurídicos de interesse público: a prática convenial.

A difusão de termos convenientes, em acepção *lata*, ou de contratos de gestão privada de prestações públicas, coloca ao cidadão e ao Poder Judiciário um desafio de sindicabilidade muito mais espinhoso e custoso. A verificação do cumprimento, tanto dos requisitos formais quanto materiais dessas parcerias, bem como quanto à performance e indicadores de desempenho e eficiência dessas investidas é objeto de difícil intelecção. Além do mais, os parâmetros para a provocação da Administração Pública ou dos juízos transmudar-se-á da lei para os convênios, ou seja, o nascimento das pretensões válidas terá como alicerce um descumprimento cada vez mais convenial do que normativo.

Claramente, uma vez travados, os termos convenientes detêm força de lei, mas não é esse o direcionamento da temática aqui entabulada. Focaliza-se na árdua diligência da sociedade e das instituições de controle, sejam as últimas internas ou

²³ A idealização da filosofia como uma estrutura em forma de rizoma deve-se a Gilles Deleuze e Félix Guattari. A respeito, consultar: Deleuze; Guattari (2011).

externas ao Poder Executivo, para o exame das balizas das tratativas avençadas e consequente estímulo motor dos juízos.

A publicidade desses negócios jurídicos, apesar de cumprida com o amplo espectro que a tecnologia pós-moderna respalda, é atenuada em cotejo com a publicidade legal ou mesmo de normas complementares emanadas de conselhos, autarquias ou demais órgãos que estruturam os Sistemas Nacionais que regem os direitos sociais, como o SISNAMA, SNC, SNT, SNE²⁴.

A gestão pública comum, e cada vez mais íntima entre entes públicos e o Terceiro Setor, carrega consigo uma fragmentação inerente das informações, bem como uma pulverização das disposições, ocorrências e ajustes, dado que obstaculiza enormemente o monitoramento e fiscalização tanto preventivo quanto posterior à constatação do dano pela população.

Os atos negociais que pactuam prestações de natureza transindividual, como o é o meio ambiente, carregam consigo uma investigação que concerne ao perigo de dano e aos riscos internos e externos da atividade. Este é um conteúdo já muito obscuro de se aferir na prática cotidiana regida por estatutos legais.

As responsabilidades civil, administrativa e penal terão de ser extraídas dos contextos convenientes, claro que, por sua vez, estes se baseiam nas leis. Todavia, não se pode ignorar a sobrecarga que extensos acordos e convênios em suas delongadas disposições e tecnicismo, bem como nos episódios derivativos durante seu período de vigência, ocasionam para o controle dos riscos e para a prevenção de infortúnios.

A nova codificação processual civil de 2015 inaugura uma era do processo muito mais atenta às resoluções das conflituosidades e à infirmação dos protocolos procedimentais peremptórios para obtenção de pronunciamentos de mérito por meio da caracterização de um contrato ou convênio procedimental. Esse é concebido como a estipulação de regras processuais em colaboração para a efetivação dos direitos em disputa. Tal instituto, denominado de “acordo procedimental”²⁵, nada mais é do que uma autorização legal para que o regramento do procedimento seja estabelecido pelos próprios sujeitos processuais, incluído também, obviamente, o juiz natural da causa.

Esse deferimento, quanto à decisão de mudança no desenvolvimento do processo legalmente traçado, é cabível em embates que versem sobre direitos que

²⁴ Abreviações de Sistema Nacional do Meio Ambiente, Sistema Nacional de Cultura, Sistema Nacional de Trânsito e Sistema Nacional de Educação, respectivamente.

²⁵ Art. 190 e 191 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

possam ser transacionados. Porém, dito fato não possui vinculação com a indisponibilidade dos direitos difusos e transindividuais.

Os termos de ajustamento²⁶ de conduta e os acordos de leniência²⁷ são comprovações de que direitos indisponíveis, como o meio ambiente, podem ser transacionados pela autocomposição, o que desborda a conclusão de que os acordos procedimentais são aplicáveis aos convênios, termos de parceria, contratos de gestão, bem como aos contratos administrativos clássicos de delegação de serviços e obras públicas.

Esse movimento de contratualismo procedimental e material em matéria de extrema relevância social, como a promoção dos direitos de segunda e de novíssima dimensão²⁸, representa, sem dúvida, uma maturidade da comunidade jurídica nacional quanto à resiliência impreterível dos tempos atuais. Concede-se, nesse diapasão, maior autonomia à sociedade para sanar suas crises, sendo as de grande vulto referentes aos elos comunitários.

Na realidade, a adjudicação da codificação processual quanto ao arranjo do passo procedimental pelas partes e a declaração pelo STF da constitucionalidade da Lei nº 9637/1998²⁹ desvitaliza o art. 175 da Constituição e tonifica o que a doutrina contemporânea denomina de “controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado”³⁰. Faz-se evidente, assim, uma transformação da idealização do Estado, originalmente como parte estranha à comunidade e em posição hierárquica superior à mesma, no sentido da fresca noção de que o aparelho estatal é extremamente dependente das pessoas, dos grupos sociais organizados e da comunidade como um todo. Essa dependência proporciona uma aproximação entre cidadãos e agentes públicos, o que, por sua vez, une os órgãos e entidades ao Terceiro Setor.

Não obstante, essa unidade entre iniciativa privada e Administração Pública, concebida para um bem-estar ampliado com eixo nos resultados das prestações de

²⁶ Compromisso expressamente previsto no art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985).

²⁷ Acordo de leniência expresso nos art. 16 a 17-B da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013).

²⁸ A respeito da nomenclatura “novíssima dimensão”, ver RE nº 586.224/SP, o qual iguala essa expressão à mais largamente utilizada pela doutrina como “direitos de terceira dimensão” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

²⁹ Conforme ADI nº 1923/DF, supracitada (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

³⁰ A respeito, consultar: Moreira Neto (2007, p. 45).

relevância social, motiva, sem dúvida, um controle mais quebradiço tanto do usufrutuário da prestação, quanto da jurisdição e das controladorias auxiliares³¹.

O resultado material cotidiano com a implementação de contratos e acordos de regime híbrido e arranjos procedimentais estabelecidos interpartes é, inegavelmente, mais proveitoso.

Mas, nesse pano de fundo, a fiscalização e o monitoramento das políticas públicas, bem como a aferição de riscos, danos e responsabilidades em instrumentos convenientes e com litigiosidades a ser solucionadas por regras flexíveis, veem-se tolhidas com a modificação dos parâmetros de análise: da lei ao convênio, do processo codificado ao acordo procedimental.

4 O PENSAMENTO JURÍDICO DO POSSÍVEL

A doutrina do “pensamento jurídico do possível” ou a “teoria constitucional de alternativas” são diretrizes da cultura jurídica alemã (HÄBERLE, 1980, p. 9) que já foram expressamente declaradas pelo STF³² em sede de controle concentrado. São alinhamentos que permitem um pensamento questionador e indagativo para o alcance de soluções mais eficientes para os impasses atuais que se revelam.

Os dilemas extravasados por institutos recém-criados por meio de ondas procedimentais visionárias e pela dimensão teleológica das prestações públicas, em especial, dos direitos transindividuais, geram, inevitavelmente, ganhos e prejuízos. Proporcionam maior efetividade em certos aspectos e enfraquecimento de outros tantos; enfim, a intensa vivência desses institutos prematuros na sociedade brasileira anunciarão o campo de opções e caminhos a ser trilhados.

A alternativa para a ineficiência do Estado foi a escora no particular. Este fato promove uma orientação de controle conveniente mais embaraçada do que a legal. Do mesmo modo, a cogência da ordem processual revelou-se formalista demais para os critérios sociológicos da pós-modernidade, potencializando as regras interpartes, fato que, entretanto, causa obstáculos para o acompanhamento das demandas de interesse público por parte do cidadão. E assim segue a trama desenraizada e

³¹ A expressão abarca tanto o controle interno quanto o externo, como as controladorias administrativas *interna corporis* e o Tribunal de Contas da União e dos Estados, a título ilustrativo.

³² ADI/DF nº 1289 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003, p. 325).

multifatorial das relações humanas de relevância pública. A cada passo, um avanço e um recuo.

Os reconhecimentos jurisprudencial e social de que, mesmo em lacunas constitucionais e legais, permite-se à inteligência humana criar alternativa já é uma corpulenta progressão da sistemática jurídica brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O historicismo de impotência estatal e a propagação infrene de direitos de novíssima dimensão, assim como os transtornos na apreciação das ameaças ambientais de todo gênero, divulgam uma trama complexa posta ao Estado e à sociedade para avaliação.

Dessa análise pragmática, custos e benefícios devem ser estimados e colocados à prova para o escoreito sopesamento dos novos rumos do Direito Administrativo. As novas orientações de integração constitucional quanto à gestão do interesse público e à realização dos direitos coletivos são pontos vitais neste desiderato. O método de interpretação das novas ondas cooperativas de procedimento e de mérito atinentes à rede inacabada de direitos consolidados, recém-criados e a se projetar é, em igual modo, um desafio.

Vê-se que o movimento colaborativo das comunidades denuncia realidades de solução de conflituosidades intuitivas, *sentire* que o sistema normativo tem absorvido tanto na ordem pública como privatística.

A modificação de parâmetros de controle, a transposição de polos de relacionamento humano para sujeitos em mútua contribuição, a posição subsidiária do Poder Público com a proeminência da atividade do particular e a multiplicação de instrumentos negociais a ser monitorados são decorrências do estágio argumentativo, aberto e panprincipiológico da ordenação social presente.

O Código de Processo Civil de 2015, de viés reformista conclamado pelas fontes materiais do Direito, e a jurisprudência dos tribunais superiores afloram enredos que a inexperiência prática tem tentado combater com a contemplação teórica.

A própria reflexão jurisprudencial aquilata que a prerrogativa de meditação e pensamento expansivos é a resposta para os impasses e contradições que se

extravassam na esfera pública, a qual tem sido, cada vez mais, ocupada pela iniciativa privada.

Pensar o possível, dentro dos contextos econômicos de custo-benefício na teia instrumental e material das políticas públicas, é mais um ponto de partida, mais um empreendimento na modalidade *start-up* para a elucidação de meios e fins na atividade de interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista **Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr. 2006.

BECK, Ulrich. ¿La sociedad del riesgo global como sociedad cosmopolita? Cuestiones ecológicas en un marco de incertidumbres fabricadas. In: _____. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002. p. 29-73.

BELO HORIZONTE (2005). Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. **Lei nº 9038/2005**, de 14 de janeiro de 2005. Dispõe sobre o programa municipal de parcerias público-privadas. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BELO HORIZONTE (2011). **Decreto nº 14.657/2011**, de 22 de novembro de 2011. Regulamentada a Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada no Município de Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BELO HORIZONTE. Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2007). **Edital nº 183/2007**, de 14 de maio de 2008. A Comissão Especial de Licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas - SMURBE, nomeada pela Portaria nº 15/07, comunica aos interessados na licitação em epígrafe, exploração de biogás gerado no Aterro Sanitário da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos - CTRS/BR-040, localizado à altura do KM 531 da Rodovia BR-040 (trecho Belo Horizonte - Sete Lagoas), Bairro Jardim Filadélfia, em Belo Horizonte, que a licitante VEGA ENGENHARIA AMBIENTAL S.A. interpôs, tempestivamente, recurso administrativo contra resultado do certame publicado no DOM em 07 de maio de 2008, pg. 15. Fica aberto prazo para contra-razões nos termos da lei. Disponível em: <<http://www.pbh.gov.br/dom>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BELO HORIZONTE. Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2014). **Projeto de Lei nº 1.341**, de 27 de novembro de 2014. Altera a Lei nº 10.379/2012. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL (1985). **Lei nº 7.347/85**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL (2013). **Lei nº 12.846/2013**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL (2015). **Lei nº 13.105** (Código de Processo Civil), de 16 março de 2015. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2003). **ADI nº 1289 EI/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2012). **RE nº 417408/RJ**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2014). **RE nº 580252 RG/MS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2015). **ADI nº 1923/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2015). **RE nº 586.224/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRUSTOLIN, Leomar Antônio (Org.). **Bioética**: cuidar da vida e do meio ambiente. São Paulo: Paulus, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do poder de polícia**. Rio de Janeiro: forense, 1999.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs**. 2. ed. Tradução Ana Lúcia de Oliveira, Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 2011. v.1.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). **El derecho público de finales del siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997. p. 107-118.

HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. In: **Die Verfassung des Pluralismus**. Königstein/TS, 1980.
HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública consensual. In: **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Sobre verdade e mentira**. Organização e tradução Fernando R. de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; HARTMANN, Débora; SILVEIRA, Thaís Alves da. Dano ambiental e a necessidade de uma atuação proativa da Administração Pública. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 343-373, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, 2010. Disponível em:
<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

SUNSTEIN, C. R. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1835). **Democracy in America**. Translated, edited and with an introduction by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop. Estados Unidos da América, U.S.A. The University of Chicago Press, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. Direito GV** [*online*], v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

ZAGRELBESKY, Gustavo. **El derecho ductil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta Editorial, 2011.