

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO VIEIRA MEDEIROS



A FACE REPRESSIVA DO ESTADO REGULADOR:

Contributo para o enquadramento jurídico da Declaração de
Inidoneidade no ordenamento jurídico brasileiro

Coimbra-PT

2012



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

A FACE REPRESSIVA DO ESTADO REGULADOR:

Contributo para o enquadramento jurídico da Declaração de Inidoneidade no ordenamento jurídico brasileiro

RODRIGO VIEIRA MEDEIROS

Matrícula nº 2009031482

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Seção: Ciências Jurídico-Políticas

Área de Especialização: Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

COIMBRA-PT

2012

AGRADECIMENTOS

A Deus e Nossa Senhora de Fátima.
Em especial, a minha família que tanto amo.
Aos meus amigos e amigas que fiz durante minha existência.
À minha Orientadora Doutora Suzana Tavares a quem tive o privilégio de beber na sua
fonte de sabedoria.
E ao meu trabalho, Controladoria-Geral da União, que me concedeu a oportunidade
ímpar de crescimento intelectual.

SIGLAS e ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AICCOPN – Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas

BBC – *British Broadcasting Corporation*

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEIS – Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas

CGU – Controladoria-Geral da União

CPAF – Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRG – Corregedoria-Geral da União

DF – Distrito Federal

MS – Mandado de Segurança

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

OGU – Ouvidoria Geral da União

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial de Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PFI – *Private Finance Initiative*

PR – Presidência da República

RGCO – Regime Geral de Contra-Ordenações

SFC – Secretaria Federal de Controle

SPCI – Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07	
1. O PAPEL DO ESTADO REGULADOR		
1.1. Breves considerações sobre a evolução do sistema jurídico.....	10	
1.2. Estado Liberal.....	12	
1.3. Estado Social.....	15	
1.4. Estado Regulador.....	21	
1.4.1. Estado Regulador e a <i>Good Governance</i>	30	
2. RESGATE AOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO INSERTO NA ECONOMIA GLOBAL		
2.1. Princípio da Socialidade ou dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais ou da Função Social.....	37	
2.2. Princípio da Segurança Jurídica e Proteção da Confiança.....	40	
2.3. Princípio da Eficiência.....	45	
3. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA ESTREITA RELAÇÃO COM O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA.....		53
4. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EMPRESA		
4.1. Breve aceção sobre o conceito de empresa.....	60	
4.2. Especificação do direito à liberdade de empresa.....	62	
4.3. Direito Fundamental à liberdade de empresa.....	66	
4.4. Limitação à liberdade de empresa.....	71	
4.5. Modos de Intervenção Económica do Estado.....	77	
5. DIREITO REGULADOR E DIREITO SANCIONADOR NA CONCRETIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO REGULADOR		
5.1. O Estado como ente regulador e sancionador numa perspectiva de autoproteção frente às mudanças advindas da Globalização.....	85	
5.2. Breves aceções sobre o Poder Disciplinar.....	96	
5.3. Direito Sancionador e Contratos Públicos.....	99	

5.4. Princípio da Moralidade Pública.....	103
5.5. Sanção Administrativa: definição e elementos estruturantes.....	109
5.6. Código dos Contratos Públicos e o efeito impeditivo de contratar com o Poder Público na seara do ordenamento jurídico português.....	115
5.7. Declaração de Inidoneidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	119
5.8. Controladoria-Geral da União – CGU: a experiência brasileira.....	125
5.8.1. Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores – CPAF	127
CONCLUSÃO.....	130
BIBLIOGRAFIA.....	134

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a dinâmica da transformação estatal nos tempos, somados aos fatores que o lapidam na modificação, como por exemplo, o crescente poderio empresarial. Para tanto, o Estado demanda por uma nova forma de governação, um ponto de equilíbrio que assegure sua valiosa parcela de poder, evitando o sucumbir de um gigante.

As grandes empresas tomam a proporção de organismos internacionais, na medida em que atuam em vários países ao mesmo tempo, onde escolhem, de acordo com a legislação de cada nação, qual será o melhor local (na análise do preço da mão de obra, da incidência de impostos, logística de transporte, etc.) para a fase de produção, mercado consumidor, vendas, entre outros. Ao visar o aumento da força na iniciativa privada, o Estado passa a se espelhar nas células de crescimento econômico (que são as empresas), focando nos procedimentos de gestão que elas exercem e visando, deste modo, melhorar a gestão pública.

Assim, ao mesmo tempo em que as empresas emergem na influência perante o meio social, ocorre a desfragmentação ou distribuição do poder, com a conseqüente diminuição da atuação estatal. Todavia, esta “concorrência” entre aqueles que buscam permanecer no poder é salutar ao exercer o contínuo aperfeiçoamento e a necessidade de eficiência na atuação estatal. Destarte, estaria o Estado estrategicamente a inspirar-se no “inimigo” para perdurar no ápice de sua autoridade.

Internamente, na estrutura da Administração, o Estado já possui alguns problemas como os entraves burocráticos, políticos e a crescente demanda por despesas, porém tem que se debruçar na acelerada movimentação da sociedade que inclui articulações cada vez mais complexas dos mercados.

Assim, no capítulo inicial, abordaremos a evolução do Estado e suas transformações no decorrer da história até os tempos atuais, demonstrando suas várias facetas e centrando os estudos na chegada do Estado Regulador. Ao examinar as mutações da estrutura e gestão estatal no tempo, observamos a contínua procura pelo equilíbrio da intervenção estatal na sociedade, revisão de suas tarefas e conceitos, alterações no modelo de gestão pública, entre outros.

No segundo capítulo, analisaremos determinados princípios que se apresentam relevantes por fortalecer o Estado nos tempos de economia globalizada, ao discorrer sobre os princípios da socialidade, segurança jurídica ou proteção da confiança e

princípio da eficiência. Ao destacar o primeiro da tríade de princípios, salientamos a preeminente preocupação em garantir a continuidade de efetivação dos direitos sociais para a sociedade. O segundo aponta que apesar das constantes transformações, o que é normal e necessário para a evolução, não podemos perder de vista a relação de confiança entre o Estado e a sociedade, com todos os direitos, liberdades e garantias nela envolvidos. Apesar do despontar da sociedade de risco pela complexidade da vida cotidiana nas cidades, a segurança jurídica não pode, nem deve ser distorcida, mas pairar imaculada ao assegurar a continuidade das relações sem maiores sobressaltos.

A eficiência, como princípio de direito, salienta e simboliza a nova fase de aproximação entre o Poder público e privado, onde conceitos e princípios se entrelaçam, saindo fortalecidos e enaltecidos com as boas experiências adquiridas do convívio cada vez mais próximo de ambos. Ademais, verifica-se ainda, com o acolhimento desse princípio no direito, o escopo de aprimoramento estatal que se evidencia no permanente e no ininterrupto aprendizado, qualidade própria dos seres humanos que o assegura posição privilegiada na hierarquia dos seres que habitam o planeta Terra.

O terceiro capítulo traz a boa administração na relevância do direito, ou seja, direito à boa administração ao acatar a seriedade de otimização de suas atividades e a necessidade de sempre buscar resolver os obstáculos que se depara o Estado, bem como na visão da sociedade de reivindicar a melhoria dos serviços públicos prestados e de conferir e fiscalizar o resultado do recolhimento dos impostos e sua eficiência na aplicação.

A liberdade da empresa é o tema do quarto capítulo. Nele estudaremos a origem desse direito fundamental, ainda em sentido amplo e “bruto”, como liberdade individual, até a sua especificação em liberdade de empresa. Como já ressaltamos, a empresa e o sistema baseado na economia de mercado ganharam grande relevância no decorrer dos tempos, sendo fundamental para o desenvolvimento e o alcance do nível social em que hoje nos encontramos. No entanto, percalços surgiram diminuindo o seu brilhantismo e explicitando o descontentamento da população na medida em que questionam o sistema dominante de mercado, que é o capitalismo.

Destarte, exsurge a necessidade de intervenção do Estado ao tomar para si a responsabilidade de equilibrar essas duas forças que conflitam (economia e sociedade) e, ao mesmo tempo, garantir o crescimento da economia e diminuir os malefícios advindos dos períodos de crise, da gestão fraudulenta de certos empresários, da especulação, da concorrência desleal, dos monopólios privados, entre outros.

No último capítulo analisaremos a atuação do Estado como poder regulador e sancionador. O primeiro, como ordenador de regras de condutas para o mercado, fiscalizando e impondo condicionantes. No segundo, temos o Estado como parcela do poder punitivo, com especial capacidade de aplicar sanções coativas aos agentes privados (contraentes), quando estes incidirem nas infrações administrativas.

A trajetória dos estudos se justifica pela necessidade de melhor abordar os diferentes campos de visão da relação entre os atores do desenvolvimento humano: Estado, Sociedade (economia e povo) e o Direito, ao apresentar a constante necessidade de balanceamento da ligação entre os mesmos com o objetivo de perdurar em estabilização.

1. O PAPEL DO ESTADO REGULADOR

1.1. Breves considerações sobre a evolução do sistema jurídico

Visando contextualizar a transformação pela qual perpassa o Estado Regulador, adentraremos nas mudanças que delineiam o sistema jurídico, a começar pelo clássico sistema piramidal de Kelsen com o escopo de realizar um comparativo entre os demais. Assim, o paradigma da pirâmide de Kelsen traduz-se na representação da ordem política de maneira centralizada no Estado como um poder supremo de ordem interna, apresentando-se como figura soberana no desenvolver das relações internacionais. A ordem jurídica, no mencionado sistema, é embasada sobre a norma que emana um comando imperativo e unilateral.¹

Para HANS KELSEN no topo da pirâmide está a norma fundamental, assim, por meio dessa teoria normativista a norma superior serve de embasamento para a inferior. Portanto, o fundamento de validade de uma norma (dever ser) não pode ser acatado senão na validade em outra norma (dever ser), ou seja, todas as normas, cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental, desenvolvem um sistema de normas. A norma fundamental assegura não somente a validade da norma, bem como a unidade de todo o conjunto de normas que constituem a ordem normativa.²

Outra abordagem dada ao sistema jurídico é demonstrada por GOMES CANOTILHO quando afirma a coexistência de diversos ordenamentos superiores, atualmente, como o constitucional, o internacional e o comunitário, este último, no âmbito da União Europeia. A complexidade desse novo prisma obriga a uma articulação mais abstrusa do que a demandada por uma estrutura da ordem jurídica centrada no direito interno do Estado. Destarte, mencionado autor critica o sistema de normas construído sob a forma de “pirâmide jurídica”, que na sua globalidade constituía o sistema jurídico, e alega que a teoria piramidal de Kelsen revela-se insuficiente para abarcar o relevo jurídico do direito internacional e comunitário.³

Para CANOTILHO não há um vértice com uma norma superior e sim vários vértices que se unem paralelamente, representando os ordenamentos superiores

¹ BASTOS, Polyana Augusta, *Hermes, o mensageiro versus Hermes, o intérprete. Duas representações da pós-modernidade juridicamente relevante*, Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, Coimbra, 2008, p. 24-25.

² KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 267-269.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 693-695.

vigentes, quais sejam: o constitucional, o internacional e o comunitário, que proporcionam certa dificuldade quando concorrem a *supremacia normativa*, ou a *aplicação preferente* de suas respectivas normas e princípios.⁴ Dessa forma, na esfera comunitária, a estrutura hierárquica legislativa apresenta-se simbolizada pela figura de um trapézio, onde ocorre a disputa de espaço entre a constituição e outros ordenamentos superiores por estarem delineados lado a lado, horizontalmente, na linha superior da figura do trapézio.⁵

FRANÇOIS OST aponta, também, a crise do sistema piramidal como ordenamento jurídico e demonstra que emerge, progressivamente, o “paradigma da rede”, em que o direito está organizado em rede, convivendo de forma concorrente. No paradigma da rede, o Estado passa a se expandir às outras escalas, aos poderes públicos infra e supra estatais, assim como, fragmenta o seu poder às instituições privadas e deixa de ser o único detentor de soberania. Outro ponto relevante é a questão do legislador, em que sua vontade perde a característica de dogma, desse modo os poderes passam a interagir entre si; os juízes tornam-se co-autores da lei e as subdelegações do poder normativo, que antes eram proibidas, são acatadas e propagadas, fazendo com que os sistemas jurídicos venham a se entrelaçar. Com isso, o conhecimento do direito, a princípio considerado de natureza pura, torna-se interdisciplinar, derivando, predominantemente, da experiência contextualizada, em detrimento dos axiomas pré-definidos.⁶

Enquanto o sistema piramidal proporciona hierarquizar os valores com base na lei, o modelo da rede propõe o equilíbrio desses valores. Essa hierarquia clássica é orientada por valores de coerência, de segurança, de estabilidade e de obediência, ao passo que no sistema de rede desenvolvem-se valores de criatividade, de flexibilidade, de pluralismo e de aprendizagem contínua.

Saliente-se que no paradigma da rede os princípios são valorizados em face das regras. Estas ampliam uma lógica hierárquica que levam a integração ou a exclusão, enquanto que os primeiros (os princípios) são singulares em termos de promover, ou proporcionar, a moderação recíproca, tornando-se imprescindível nas sociedades pluralistas.⁷

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 695.

⁵ NALIN, Paulo, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua forma na perspectiva civil-constitucional*, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 33.

⁶ BASTOS, Polyana Augusta, *Hermes, o mensageiro ...* 2008, p. 24-25.

⁷ BASTOS, Polyana Augusta, *Hermes, o mensageiro ...* 2008, p. 25-27.

As anomalias jurídicas, sob o ponto de vista do ordenamento piramidal, provocaram diversas reações na ciência jurídica. Tais mudanças de pensamento originaram-se na maior complexidade das relações sociais, jurídicas, políticas e económicas da sociedade globalizada, o que levou ao acolhimento do novo modelo do ordenamento jurídico disposto em forma de rede, *droit reseau* (direito em rede) que responde mais satisfatoriamente as imbricações da globalização. Assim, o surgimento do pluralismo jurídico, do direito policêntrico torna-se uma realidade.⁸

1.2. Estado Liberal

A evolução do Estado comportou vários modelos que predominaram nos países em determinada época da humanidade. Atualmente, estamos vivendo sob a tutela do Estado Regulador, porém iniciaremos nosso breve estudo evolutivo do Estado com a modalidade Liberal. Convém lembrar que a questão central de nosso estudo encontra-se sob a égide do Estado Regulador, o que justifica a brevidade expositiva com que passamos pela presente temática.

O Estado Liberal adveio dos ideais da Revolução Francesa de 1789,⁹ onde se exultavam valores como o liberalismo político, económico e se pregavam a igualdade dos cidadãos perante a Administração Pública. Os anseios liberais foram liderados pela classe emergente na época, a burguesia, desejosa por uma menor intervenção do Estado na sociedade.¹⁰

Sob a ótica económica, predominou como traço singular dessa modalidade de Estado, a sua abstenção, ou não intervenção, deixando-se livre a atuação da sociedade no campo das relações de mercado. Passa o Estado, a limitar-se a poucos segmentos funcionais como a segurança pública, onde assegurava a defesa da ordem no seio social e a preservação da soberania estatal.¹¹ Surgiu, dessa forma, o Estado mínimo ou “Estado

⁸ OST, François; KERCHOVE, Michel van de, *De la Pyramide au Réseau? Pour une Théorie Dialectique Du Droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 15 e 16.

⁹ O Estado Absolutista provocou a centralização administrativa do poder e formou as estruturas de base de sustentação do Estado Moderno. Antes predominava o regime feudal, onde o poder era descentralizado nos feudos. No Absolutismo o poder concentrava-se nas mãos do Rei, ou emanava do seu ser. Mais vide: MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 65-68.

¹⁰ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 23.

¹¹ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, pp. 23-26.

guarda noturno,”¹² onde este se abstém de certos poderes cumprindo os ideais econômicos do *laissez-faire, laissez-passer*.

Bastava, segundo o preceito liberal, assegurar a pacificação social internamente e garantir a segurança externa. Qualquer outra atuação do Estado era considerada abusiva e prejudicial à ordem natural das coisas. A liberdade natural do ser humano o salvará. Era o pensamento burguês que se concretizava, livrando essa classe social das amarras da coação estatal e pondo fim ao legado de barreiras da sociedade estamental.¹³

A doutrina liberal concentrava-se no indivíduo, elevando-lhe a um patamar de autonomia em face do Estado e impedindo que este venha intervir na vida social e econômica dos seus cidadãos.¹⁴ Essa foi a pretensão da organização política da burguesia que reivindicou um ideal de sociedade com autonomia, afastada do controle do Estado.¹⁵

Sobrepondo-se a restrição dada ao Estado, isto é, sua não intervenção, o mercado mostra-se independente, pairando sobre ele, conforme expressão de ADAM SMITH, a “*mão invisível*”¹⁶ do mercado e da liberdade de concorrência, o que garantiu certo equilíbrio nas relações comerciais.¹⁷

Para a concepção liberal, a livre iniciativa de cada membro da sociedade aliada ao desenvolvimento natural das atividades do mercado redundará automaticamente em benefícios para todos. Ainda nessa visão, o bem coletivo é alcançado na convergência dos interesses individuais, na livre atuação das regras do comércio, na contínua luta entre consumidores e produtores e na lei da oferta e da procura. Não há a necessidade de, conscientemente, direcionar a atuação do Estado em granjear o bem comum, pelo contrário, este se dará pela não intervenção estatal na sociedade e na economia por decorrer da ordem natural.¹⁸

¹² Expressão utilizada ao representar a predominância da atuação estatal no campo da segurança pública, abstendo-se de intervir em outras áreas, principalmente, no campo econômico. Era o Estado um mero observador. Vide: SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e sociedade técnica*, Coimbra: Edições Tenacitas, 2008, p. 61; SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, p. 26.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 60-73.

¹⁴ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, p. 27.

¹⁵ SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e sociedade técnica ...* 2008, p. 57.

¹⁶ O termo *mão invisível* foi apresentado por Adam Smith no seu livro “*A Riqueza das Nações*” para demonstrar que na economia de mercado as relações entre os indivíduos resultam em uma aparente ordem como se uma “*mão invisível*” os guiasse.

¹⁷ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, p. 27.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado ...* 2006, p. 60-61.

Destarte, a economia passa a se ajustar segundo as regras naturais do mercado, como por exemplo, a boa fé nas relações, a gestão prudente dos recursos, a administração do crédito, entre outros. Além dessas práticas gerais de regulação a expressão “*mão invisível*” também pode ser caracterizada nas intrincadas relações contratuais entre os particulares, caracterizando a autonomia das regras de mercado,¹⁹ a sua auto-regulação.²⁰

Entretanto, a separação entre Estado e Sociedade nunca ficou estabelecida por fronteiras de clara delimitação, pois certos serviços de manutenção e algumas instituições deveriam ser providas pelo Estado, uma vez que não eram considerados lucrativos, não interessando, dessa forma, a iniciativa privada. Há, portanto, limites a auto-regulação do mercado, por este não abraçar totalmente a esfera econômica. Algumas ações e tarefas, consideradas não lucrativas, interfeririam no desenvolvimento salutar da economia, como é o caso da infraestrutura, por ser bastante onerosa em termos de investimento e possuir retorno lucrativo a longo prazo. A construção de pontes, portos, ferrovias, o provimento de seguros sociais à população, entre outras, eram atividades da alçada do domínio público.²¹

Tais fraquezas inicialmente apresentadas pelo mercado se somariam a outras que adviriam como consequência da liberalidade econômico-social. A concentração do capital, a criação de monopólios e a crescente marginalização das camadas sociais externaram a incapacidade do Estado, no modelo liberal, de responder às necessidades advindas da ruptura entre as instâncias política e social.²²

O mecanismo de equilíbrio das forças do mercado perde sua força autônoma para se tornar objeto de manipulação das grandes concentrações monopolistas. Na situação em que se encontrava a economia, nenhuma *mão invisível* poderia lançar ordem ao processo econômico e social. Reconhece-se a total inabilidade do mercado em se auto-regular, em absorver e neutralizar as lides que o atormentam e o atalham, em corresponder as expectativas que lhe foram feitas pela sociedade, que demanda o aproveitamento eficiente de suas potencialidades. Com o reconhecimento de tais falhas

¹⁹ HESPANHA, António Manuel, *Guiando a mão invisível: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 437-438.

²⁰ MOREIRA, Vital, “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Elétrico” in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 224.

²¹ NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado ...* 2006, p. 62-63.

²² NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado ...* 2006, p. 182-183.

do mercado (*market failures*), reivindica o Estado o retorno de poderes que até então lhe eram defesos.²³

A situação carecia de uma mudança radical, a simples intervenção do Estado não satisfaria, nem tornaria concreta a transformação da sociedade. Era evidente a imperatividade de alteração do foco de atuação estatal, direcionando-o para a redistribuição do que vem a ser o produto social. Assim, a nova modalidade de Estado passa a influenciar o campo produtivo do mercado, decidindo as prioridades de desenvolvimento de acordo com os anseios sociais.²⁴ É o Estado Social que melhor abordaremos a seguir.

1.3. Estado Social

Aqui, ao oposto do modelo anterior, impera o intervencionismo estatal. Nasce um Estado que carrega consigo preocupações sociais, cujo modelo de sociedade tem como base a dignidade da pessoa humana.²⁵ Isso se deve, por ter sido esse modelo erigido em um cenário de degradação mundial, no período das grandes guerras mundiais e a crise econômica de 1929,²⁶ tornando evidente que as livres regras do mercado demonstraram-se insuficientes para atender os anseios sociais e que a intervenção do Estado se fazia necessária na vida econômica e social.²⁷

Assim, o século XX assiste ao crescimento do Estado, ampliando sua área de atuação que antes era restrita. Vários setores foram abrangidos, como: a vida social e econômica, a previdência social, a cultura, a educação, a saúde, entre outros. Deste modo, passa a vigor o *Estado Providência*²⁸ ou *Estado Administrador*, onde a

²³ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 4ª ed., Lisboa: Editorial Caminho, 1987, p. 50.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado ...* 2006, p. 183-184.

²⁵ OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais*, vol I, Coimbra: Almedina, 2007, p. 338-339.

²⁶ Grande Depressão de 1929 foi considerada a recessão econômica mais grave que o mundo já enfrentou, cuja duração foi a mais longa do século XX. Ela ocorreu quando valores de ações da bolsa de Nova York despencaram, gerando grande alvoroço entre os investidores. Muitos deles perderam toda a sua fortuna. Isso repercutiu em todo mundo, gerando altas taxas de desemprego, quedas excessivas do produto interno bruto, queda no preço de ações, ocasionando recessão em diversos países do mundo. *Enciclopédia da História Universal*, 2 ed., Lisboa: Seleções do Reader's Digest, 2007, p. 189-190; LEMOS, Mário Matos, *Dicionário de História Universal*, Portugal:Editorial Inquerito, 2001, p. 309.

²⁷ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, p. 28.

²⁸ A expressão “Estado Providência” representa a superlativização do Estado Social. Vide: NABAIS, José Casalta, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 6, n. 22, abril/junho 2008, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 72.

Administração Pública é vista como provedora da solução de todos os males que atormentam a sociedade.²⁹

A relevância do Estado para o sistema capitalista expandiu de tal forma que aquele (Estado) é o consumidor de parte significativa da produção nacional e, em muitos casos, passa a ser o principal produtor, consumidor e investidor do mercado. Isso retrata o crescente aumento do campo econômico estatal, “*a progressiva economização deste e estadalização da economia*”, reproduzindo uma verdadeira união matrimonial nas estruturas vetores do Estado e Economia.³⁰

O Estado Social adotou, em tese, a Teoria Geral de Keynes que deduziu que a autoregulação da economia, para corrigir as carências do mercado, operam lentamente e que políticas adotadas pelo governo poderiam reduzir, ou amenizar, os efeitos das falhas do mercado (*market failures*) de maneira mais eficiente e eficaz que as próprias regras do livre mercado. A teoria keynesiana tem como base o argumento de que o Estado é peça fundamental, na visão macroeconômica do capitalismo, para o desenvolvimento da economia.³¹

O Estado Social assenta-se, entre seus princípios basilares e estruturantes, no princípio da socialidade, este que postula pelo reconhecimento e garantia dos direitos sociais, que por sua vez passa a estruturar o próprio princípio democrático, de forma que a liberdade e a igualdade iniciam-se pelas garantias dos direitos de liberdade, dentre eles, os direitos humanos como o direito à vida, à integridade física e pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à família. A liberdade será igualitária quando procurar radicar, ou fixar, a igualdade real ou substancial entre as pessoas.³²

Será difícil erguer e manter uma democracia onde existe a fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão, para tanto, por meio da associação entre os princípios da socialidade e da democraticidade enseja-se que somente haverá a verdadeira democracia quando todos possuírem iguais possibilidades de participação política. Assim, para tornar a democracia um processo justo de participação política,

²⁹ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, p. 28-32.

³⁰ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo ...* 1987, p. 51.

³¹ KEYNES, John Maynard, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010, pp. 14-19.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “A Governance do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social” in *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 145-146.

necessário se faz existir a justiça social (distributiva)³³ no plano dos bens sociais, cuja base inicia nos direitos fundamentais individuais e termina nos direitos sociais.³⁴

Embora esse tipo de Estado venha, aparentemente, romper com o modelo anterior, o intervencionismo estatal vem aprofundar e engrandecer a dignidade da pessoa humana, acrescentando às garantias de liberdade e aos direitos individuais, ideais liberais almeçados pela revolução francesa, com especial atenção ao bem estar social, econômico e cultural,³⁵ erguendo-os ao patamar de direitos sociais.³⁶

³³ O termo *justiça social*, segundo ideologia do Catecismo Social de Eberhard Welty, abrange as acepções de justiça legal, ou geral, e justiça distributiva, sendo que a primeira representa uma virtude humana de repartir seus bens com a comunidade, enquanto a segunda convida a dividir proporcionalmente os benefícios e encargos com os demais membros da sociedade. Vide: MACEDO, Ubiratan Borges de, *Liberalismo e Justiça Social*, São Paulo: IBRASA, 1995, p. 98-99; WELTY, Eberhard, *Catecismo Social – Questões e elementos fundamentais da vida social*, Vol I. Tradução de Manuel da Costa Maia, Lisboa: Editorial Aster, 1961, pp. 269-271. Em sentido contrário, Friedrich Hayek ao afirmar que o conceito de *justiça social* não faz sentido, pois o atributo da justiça deve ser empregado nos resultados, quando consequentes de ações provocadas pelo homem, e não em situações cujo efeito não foi ocasionado pelo mesmo. Essa é a razão pela qual a acepção de justiça social não pode ser utilizada nas implicações do mercado. Ademais, a expressão justiça social seria uma força prejudicial atribuída ao socialismo, cuja verdadeira intenção é aniquilar as sociedades liberais baseadas na economia de mercado. Vide: ESPADA, João Carlos, *Direitos Sociais e Cidadania – Uma crítica a F. A. Hayek e Raymond Plant*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1997, pp. 58-60. A busca, permanente e contínua, da sociedade ideal e mais justa se respalda nos textos constitucionais dos diversos países, cuja responsabilidade o Estado traz para si. Entretanto, a sua efetivação requer esforço não só do aparato estatal, mas também de toda a comunidade. Atingir a justiça social requer atuação invasiva do Estado nas liberdades individuais, desde que essa se faça por meio de atos, omissões e decisões legitimadas. Ademais, a justiça social é um interesse público de difícil aferição, por entre outras razões, devido às diferentes acepções atribuídas à expressão por pensadores e doutrinadores. Vide: CATARINO, João Ricardo, *O Liberalismo em Questão – Justiça, Valores e Distribuição Social*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2009, p. 14. Para AMARTYA SEN, a ideia de justiça encontra-se na teoria que possa fornecer os fundamentos de uma sociedade justa, com base no fortalecimento dos juízos por meio da imparcialidade aberta, ou seja, a sociedade diante de um determinado embate deve evitar o paroquialismo (regionalismo) e buscar uma perspectiva aberta, baseada na justiça comparativa, onde poderemos observar, por meio de diferentes acepções, se estamos a nos aproximar ou distanciar da efetivação da justiça. A pluralidade de razões sacramentadas por diferentes perspectivas de justiça viriam a alcançar a preferência coletiva. Mencionado autor aborda a dificuldade da implantação de um governo central a nível global, então aposta na *teoria da escolha social*, afastando-se da Teoria de Justiça de Rawls. Mais vide: SEN, Amartya, *A ideia de justiça*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 509-542. A Teoria de Justiça por Equidade de John Rawls assenta na ideia hipotética de que um conjunto de pessoas livres e racionais, dispostas em posição inicial de igualdade e liberdade (equidade), definisse os denominados princípios da justiça. Estes princípios-chaves estão envoltos na persecução da concepção pública de justiça, de modo a erigir instituições consideradas justas, sendo estas fundamentais para a constituição da estrutura básica da sociedade. Desse modo, cabe a comunidade comportar-se adequadamente de acordo com as exigências de funcionamento dispostas pelas instituições. Assim, com o fortalecimento das instituições públicas como justas depreende-se sua opção pelos pensadores da Teoria do Contrato Social (Locke, Rousseau e Kant). Saliente-se que Rawls não é signatário da concepção do contrato social como aquele que concebe a aceitação a uma determinada forma de governo ou sociedade, mas a de que os princípios da justiça elaborassem o objeto do contrato original. Vide: RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Carlos Pinto Correia, Lisboa: Editorial Presença, 2001, pp. 27-44.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “A Governança do Terceiro Capitalismo ... 2006, pp. 145-146.

³⁵ OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais ... 2007, p. 338.*

³⁶ Os direitos sociais são direitos fundamentais de 2ª geração, caracterizados pela necessária prestação estatal, segundo os critérios da justiça distributiva, que direta ou indiretamente proporcionam melhores condições de vida e diminuem a desigualdade social. Vide: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Dos*

Constitui-se o que podemos chamar de *dupla dimensão dos direitos fundamentais*, em que estes para serem factíveis não se restringem ao campo individual, precisa-se, na verdade, de um sistema normativo que venha a estabelecer regras e princípios que beneficiem a coletividade, fazendo-se reconhecer os direitos na dimensão objetiva, ou seja, observar os direitos fundamentais do ponto de vista da comunidade, com valores e fins que se pretende perseguir.³⁷

No mesmo sentido, PAULO OTERO preleciona a continuidade teleológica como desígnio do Estado Liberal em assegurar a dignidade humana. Os direitos sociais conquistados, posteriormente, no âmbito do Estado Social não afastaram os direitos individuais alcançados durante o liberalismo, demonstrando, portanto, “*que o Estado Social é ainda herdeiro do Estado Liberal.*”³⁸

Assim, para prover todo esse aparato à sociedade foi necessário o poder público assumir e administrar os serviços considerados essenciais a população como água, energia, saneamento básico, transporte coletivo, hospitais, escolas, universidades, etc. O Estado tomou para si a responsabilidade de fornecer os denominados serviços públicos, o que fizeram dessa modalidade um “*Estado de serviços públicos*”, em que cabe ao Estado o encargo pelos serviços essenciais a vida.³⁹

Todas as responsabilidades pairam sobre a Administração, tornando-se legítima a nomenclatura de *Estado Administrador*, que segundo ROGÉRIO SOARES, possui a tarefa primordial de manter condições para que o gestor realize suas atividades.⁴⁰

O Estado do bem estar social caminhou, segundo o pensamento de FRIEDRICH HEGEL, guiando-se sob o entendimento de que cabe a sociedade civil o mesmo dever da família quanto à proteção e subsistência do indivíduo, momento em que este passa a ser considerado um filho da sociedade civil, possuindo direitos sobre

direitos sociais na Constituição do Brasil, Disponível em < http://www.ufrnet.br/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf >. Acesso em setembro de 2011.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 107-109.

³⁸ OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais ...* 2007, p. 336.

³⁹ MOREIRA, Vital, “Serviço Público e Concorrência ...” 2001, p. 225.

⁴⁰ Nesse período ocorre o crescimento do Poder Executivo frente ao Poder Legislativo na evolução do Estado. Busca-se, após o período de guerras, o Estado como instrumento de realização da justiça e não somente como realização da legalidade formal. Vide: SOARES, Rogério Ehrhardt, *Sentido e Limites da Administração Pública*, Macau: SAFP, 1997, pp. 42-43.

ela. Assim a família caracteriza-se como universal e o indivíduo passa a ser membro da sociedade.⁴¹

Sob a visão de TOCQUEVILLE⁴² o modelo de Estado Social apresenta-se como um poder imenso e tutelar, acima dos cidadãos, similar ao poder paternal com o escopo de preparar e desenvolver o homem. Ainda, no olhar comparativo da figura do pai, o Estado trabalha tendo em vista alcançar a felicidade do cidadão, provendo sua segurança e garantindo suas necessidades.

Corroborando o entendimento exposto, podemos utilizar a analogia de BOBBIO,⁴³ onde o Estado cresceu e se expandiu, tornando-se quase onipresente, a ponto de comparar-lhe a imagem de um grande polvo com mil tentáculos.

O Estado Providência, no entanto, mostrou-se inviável na medida em que os gastos do governo aumentavam com a prestação dos serviços públicos e as tarefas econômicas e sociais assumidas.⁴⁴ Diversamente, a arrecadação fiscal não cresceu na mesma proporção. Em alguns casos, houve decréscimo da receita, em virtude do arrefecimento da economia.⁴⁵ Adentramos aqui no Estado Fiscal, onde os impostos⁴⁶ constituem a base de sustentabilidade financeira do Estado.⁴⁷ E para que este possa perdurar no decorrer dos tempos deverá sempre estar em busca do ponto de equilíbrio do balanço financeiro.⁴⁸

A situação de mal estar gerada pelas sucessões de crises, ou agravamento desta, culmina no processo em que a própria instituição estatal se vê confrontada aos

⁴¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*, tradução de Orlando Vitorino, Lisboa: Guimarães Editores, 1990, § 238 a 240, p. 214-215.

⁴² Em 1831, Alexis de Tocqueville viaja para a América alegando estudar sobre o sistema penitenciário norte-americano, todavia este autor francês, nascido em Paris, realizou uma profunda pesquisa sobre a democracia americana. Vide: TOCQUEVILLE, Alexis de, *Da Democracia na América*, tradução de Miguel Serras Pereira, Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2008, p. 655-659.

⁴³ BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*, tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terras, 1986, p. 129.

⁴⁴ COTALERO, Ramon Garcia, *Del estado del Bienestar al Estado del Malestar: la crisis del Estado Social y el problema de legitimidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 198-199.

⁴⁵ SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado ...* 2008, p. 36.

⁴⁶ Os tributos cobrados pelo Estado possuem o objetivo de prover as necessidades do mesmo e, como efeito extra fiscal, realizar a justiça distributiva com o fim de diminuir as desigualdades sociais. Vide: WELTY, Eberhard, *Catecismo Social – A Constituição da Ordem Social*, Vol. II, Tradução de Manuel da Costa Maia, Lisboa: Editorial Aster, 1961, pp. 209-210; A utilização da fiscalidade abrange ainda, mais recentemente, o suporte financeiro da ação do Estado no tocante ao meio ambiente, por meio de medidas incentivadoras ou não, a depender do comportamento das empresas quanto à questão ambiental. Vide: NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 191- 203.

⁴⁷ NABAIS, José Casalta, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 752.

⁴⁸ A procura pelo ponto de equilíbrio do balanço financeiro é contínua e interminável devido às variáveis que acometem a sociedade, a economia e o Estado.

desafios da ingovernabilidade, ao perdurar na manutenção da gestão temerária, arraigada pela doutrina então vigente de administração estatal.⁴⁹

As falhas de governo (*gouvernement failures*) exprimiam a inaptidão pública para gerir com eficiência setores da economia, bem como a dificuldade em alcançar os resultados econômicos e sociais pretendidos. A opção de corrigir as falhas do mercado (*market failures*) pela produção de bens e serviços públicos, em regra, em setores como telecomunicações, eletricidade, gás, transportes, entre outros não se demonstrou viável ao longo do tempo.⁵⁰

Vários foram os fatores que forçaram a modificação desse modelo de Estado. O envelhecimento da população, devido ao aumento da expectativa de vida e a diminuição das taxas de natalidade abalaram o equilíbrio do sistema de financiamento da Segurança Social.⁵¹ A expectativa média de vida da população majorou exponencialmente, em razão da melhoria de qualidade de vida propiciada pelo Estado, no entanto, critérios como a idade limítrofe para adentrar na aposentadoria não foram alterados a fim de acompanhar tal mudança, mesmo com a percepção do fenômeno do *rejuvenescimento da velhice* (expressão usada para exprimir que apesar da idade avançada, a saúde e a aptidão da população considerada idosa ainda permitiam o exercício profissional e sua permanência na contribuição com a seguridade social por mais tempo).⁵²

Acrescente-se a isso, mazelas como o não pagamento dos impostos por parte da população, desvios de verbas e outras fraudes que lesam o Erário, também concorrem com o declínio dessa modalidade de Estado. Ademais, em certos países a cultura de impunidade, aliada a falta de fiscalização, não aplicação de penalidades e omissão da censura social condicionam qualquer regime ao descrédito. A desvalorização da cultura dos deveres, sua furtiva relevância para o alcance do bem comum, assim como a ausência da responsabilização dos agentes públicos prejudicaram o cultivo dos fundamentos comunitários.⁵³

⁴⁹ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 17-18.

⁵⁰ FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral” in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. FERREIRA, Eduardo Paz; MORAES, Luís Silva e ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 14-16.

⁵¹ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?...* 2010, pp. 21-22.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal, *Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo: Dialética, 2002, pp. 18-19.

⁵³ LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social?...* 2010, pp. 21-22.

Assim, as dificuldades financeiras que acometeram os Estados acarretaram a mudança de gestão. Parte dos serviços foi repassada às empresas privadas, por meio de concessões, delegações, convênios, entre outras formas; conseqüentemente, alterou-se também a modalidade de Estado vigente, o que acompanharemos no próximo tópico.

1.4. Estado Regulador

Esse modelo de Estado buscou a eficiência da gestão pública. Dessa forma, houve a diminuição da intervenção estatal, principalmente, no âmbito da atividade econômica. Um dos motivos para a mudança, quanto ao grau de envolvimento estatal na regulação de serviços econômicos de interesse geral, assenta-se na observação de que a permanência de muitas atividades inseridas no núcleo de tarefas do Estado denota a precisão de maiores recursos financeiros, mais competência, maior número de profissionais e técnicas específicas para cada uma das atividades a que se pretendia abarcar. Requisitos que em grande parte encontravam-se fora do aparelho estatal.⁵⁴

A mudança do tradicional Estado Social para o Regulador acompanhou a imposição de novas diretrizes como o primado da responsabilidade fiscal, a boa gestão financeira, a administração de resultados, a promoção da concorrência salutar entre as empresas, a privatização dos serviços públicos, entre outros, o que conduziu na amortização da atuação estatal, requalificando-o como balizador, ou condicionador da conduta dos agentes econômicos, em razão da salvaguarda do interesse público.⁵⁵

Para SUZANA TAVARES⁵⁶ e VITAL MOREIRA⁵⁷ os três pilares de sustentação do Estado Regulador são privatização, liberalização e desregulação, que juntos proporcionaram a transformação do modelo de atuação do Estado.

O primeiro deles, privatização, significa repassar serviços que antes eram realizados pelo Estado à iniciativa privada, ou seja, despublicizar, desnacionalizar

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 352.

⁵⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de, *O Estado e seus Limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2007, p. 585.

⁵⁶ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *O sector elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 5.

⁵⁷ MOREIRA, Vital, “Serviço Público e Concorrência ... 2001, p. 226. MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, “Economia de Mercado e Regulação” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 13-15.

empresas prestadoras de serviços públicos.⁵⁸ Em alguns casos ocorre a chamada *privatização jurídico-formal* das empresas públicas, deixando estas de serem entidades de direito público, mas parcialmente sujeitas ao direito administrativo, tornando-se sociedades de capitais públicos, pautando-se pelas regras do direito comercial. Assim o Estado pôde transferir para as empresas privadas somente a gestão de alguns serviços ou estabelecimentos públicos. Outras formas de repassar a gestão do serviço público são as delegações, as concessões, as autorizações, entre muitas estipuladas nas legislações dos diversos países.⁵⁹

Alguns autores definem a privatização como um conceito-ponte, como WOLFGANG WEISS, afirmando existir uma “*cooperação entre o Estado e o setor privado,*”⁶⁰ passando a idéia de que, embora o Estado esteja diminuindo seu âmbito de atuação, faz perdurar um elo entre os domínios da iniciativa privada e o conceito de tarefa pública, cuja conservação da ligação entre as duas atividades, subsiste em razão de residir no âmago das atividades privatizadas a necessidade de produção do caráter social do bem ou serviço a ser prestado. Assim, inobstante a privatização da atividade, permanece nela um traço de interesse público, embasando a precisão da atuação estatal, por meio da regulação.⁶¹

Como segundo pilar de sustentação do Estado Regulador, o processo de liberalização representou o fim dos monopólios estatais ou privados, de alguns setores da economia.⁶² Ele consiste na abertura de setores dantes fechados, monopolizados pelo Estado ou por determinada empresa privada, por meio da regulação para o assentamento do novo mercado.

Em determinados casos, a mera abertura à livre iniciativa privada não presume o desenvolvimento de um novo mercado salutar para a economia e para sociedade, futura beneficente das prestações vindouras. Há riscos de que a sucessão do monopólio estatal advenha um novo monopólio privado, com as mesmas deficiências que fundamentavam a abertura de um processo de privatização e liberalização. Denota-se,

⁵⁸ MOREIRA, Vital, Organizador, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 551.

⁵⁹ MOREIRA, Vital, “Serviço Público e Concorrência ... 2001, p. 226.

⁶⁰ “...Kooperationen zwischen Staat und Privaten...” Vide: Weiss, Wolfgang, *Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 28.

⁶¹ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *O sector elétrico perante o Estado ... 2008*, p. 7.

⁶² MOREIRA, Vital, Organizador, *Estudos de Regulação Pública – I*, ... 2004, p. 551.

portanto, a necessidade de regulação ao liberar algumas atividades à livre iniciativa económica.⁶³

A nova concepção de Estado adota o fenómeno da desregulação,⁶⁴ que consiste em modificar a tendência de regulação pública da economia, advinda do Estado Social intervencionista, estabelecendo novas regras menos rígidas, ou adotando novas técnicas de regulação. Saliente-se, contudo, que não há o retorno ao modelo liberal e a disposição das livres forças do mercado, mas a origem de uma nova forma de regular. O Estado Regulador vem respeitar a economia de mercado, dando-lhe mais liberdade de atuação e iniciativa, porém regra-lhe a conduta em prol do bem comum.⁶⁵

Na verdade, o que aparenta estar em comento é a mudança do modelo europeu de intervenção no mercado, visto que o estilo norte-americano possui qualidades distintas de interferência na economia. No mundo globalizado, a transformação do Estado Europeu vem aproximar-se do modo de intervenção dos Estados Unidos da América, em sentido amplo, muito embora, alguns autores defendam uma convergência entre os dois sistemas divididos pelo Atlântico.⁶⁶

É sabido que a livre atuação do mercado pode conduzir a erros que somente a regulamentação estatal poderá organizar, ou adequar, o modo como os entes privados deverão conduzir os serviços, que antes eram prestados pelo governo. A regulação deve ser pautada pela ponderação entre o benefício a ser atingido pela população e os ganhos obtidos pela iniciativa privada, assegurando a concorrência saudável do mercado e o direito dos consumidores em receber a prestação pretendida.⁶⁷

⁶³ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *O sector eléctrico perante o Estado ...* 2008, pp. 14-15.

⁶⁴ A nomenclatura “desregulação” parece não retratar corretamente o seu significado perante o Estado Regulador. A aceção utilizada adéqua-se melhor na busca de contrapor ao anterior modelo de Estado, Social. Mais atraente para a descrição deste pilar do Estado Regulador seria: “regulação diferenciada, ou regulação eficiente”. Sabemos que há o estabelecimento de normas a serem seguidas pela economia, porém seu grau de intervenção no mercado passa ao largo se comparado com a modalidade adotada pelo Estado Social. A nomenclatura quer demonstrar, ainda, a intervenção mínima, buscando-se resultados máximos na economia. Vale salientar que o ponto de equilíbrio entre a intervenção do Estado e a liberdade do mercado é variável de Estado para Estado, acrescentando-se o fator tempo, e as contínuas mudanças que acometem a sociedade, o Estado e a economia. Quanto à aceção da palavra *desregulação* “no sentido de abertura de sectores à concorrência privada, liberalização associada ou não a privatizações” vide: CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: fundamento e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*, (Teses de doutoramento), Coimbra: Almedina, 2010, p. 200; FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia ... 2009, pp. 20-22.

⁶⁵ SILVA, João Nuno Calvão da, “O Estado Regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse económico geral” in *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, nº 20, 2005, p. 176-177.

⁶⁶ FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia ... 2009, p. 9.

⁶⁷ SILVA, João Nuno Calvão da, “O Estado Regulador, ... 2005, p. 176-177.

Para tanto, a regulação possui o objetivo de buscar mais eficácia, transparência e eficiência ao mercado, ao passo que define normas de conduta, de qualidade e segurança, dá-lhes incentivos e os direciona de modo a propiciar maiores benefícios aos consumidores.⁶⁸

Podemos observar, a partir de experiências anteriores, durante o Estado Liberal, que nem sempre a auto-regulação do mercado traduz-se em satisfação dos anseios sociais de uma comunidade. Daí, ser imprescindível a regulação da atividade econômica, pois a prestação de serviços públicos deve ser assegurada a todos, em razão de sua essencialidade.⁶⁹

Frise-se que o fenômeno da desregulação não implicou, necessariamente, no fim da regulação com respectivo regresso ao Estado Liberal, por subsistir a necessidade de se estipular regras gerais para equilibrar o mercado. Visa-se com esses regramentos evitar, ou pelo menos diminuir, uma possível crise econômica e seus duros efeitos na sociedade. Dessarte, os interesses sociais no seio da economia são assegurados por meio da regulação,⁷⁰ ou seja, ao se regulamentar o mercado, assegura-se a eficácia dos direitos sociais, cuja concretização decorre da prestação dos serviços,⁷¹ é a chamada *intervenção administrativa socializante*.⁷²

Sob a visão dos direitos sociais e sua efetividade por meios da execução das tarefas ou prestação dos serviços que as empresas desenvolvem, vale salientar regras concernentes aos serviços de interesse econômico geral como: a) segurança na efetivação das prestações essenciais – assegura-se o acesso a universalidade dos usuários independente da localização em que se encontra, desde que dentro do país (princípio da disponibilidade universal e da acessibilidade; b) preço acessível – de modo que não impossibilite o uso por parte dos cidadãos, garantindo-lhe o acesso as prestações essenciais. Nesse ponto, pode-se afirmar a passagem do cidadão social para a expressão *cidadão utente*, ou usuário, dos serviços de interesse econômico geral.⁷³

Cabe ao Estado estipular regras para o desenvolvimento da atividade econômica (regulamentação), fiscalizar o cumprimento das mesmas (supervisionar) e punir administrativamente em casos de transgressão (sancionar).⁷⁴ No mesmo sentido, o

⁶⁸ CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados ...* 2010, p. 197.

⁶⁹ SILVA, João Nuno Calvão da, “O Estado Regulador, ...” 2005, p. 180.

⁷⁰ SILVA, João Nuno Calvão da, “O Estado Regulador, ...” 2005, p. 176-177.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 353.

⁷² CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados ...* 2010, p. 241.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, pp. 353-354.

⁷⁴ SILVA, João Nuno Calvão da, “O Estado Regulador, ...” 2005, p. 176-177.

autor alemão, ADRIAN VON HAGEMEISTER⁷⁵ ao afirmar que na execução do controle é dado ao Estado a possibilidade de sancionar na ocorrência de desvios negativos.⁷⁶

Antes de regulamentar o Poder Público realiza um juízo de prognose para a tomada de decisões, com base em um estudo prévio da análise de custos e do impacto na economia, de modo que a intervenção pública sobre o particular não se torne excessiva e venha causar prejuízos. A regulação⁷⁷ traduz-se no cerceamento de algumas liberdades das empresas, da profissão, bem como a imposição de exigências, coberturas de riscos, uso de boas práticas e responsabilização dos atos.⁷⁸

A Constituição da República Portuguesa aborda em seu texto alínea “f” do art. 81º, na Parte II referente à “Organização Económica”, que uma das incumbências prioritárias para o Estado no campo econômico e social é garantir o desenvolvimento hígido da economia, visando sempre assegurar uma contrabalanceada concorrência entre as empresas, bem como evitar o abuso do poder econômico, a constituição de monopólios e outras práticas maléficas ao mercado.⁷⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, segundo o *caput* do art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil,⁸⁰ o Estado apresenta-se como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, mediante lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. A regulação deve assegurar condições de modo

⁷⁵ HAGEMEISTER, Adrian Von, *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben: eine verfassungs und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland*, München: VVF, 1992, p.198.

⁷⁶ Aparentemente redundante a expressão desvio negativo, porém foi colocada pelo autor sob a égide do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzips*), tendo como comparativo os efeitos positivos ou negativos que esses desvios geram na sociedade que recebe a prestação.

⁷⁷ Dentre as variadas formas de regulação temos a *soft regulation* que consiste em uma política que preza pelo convencimento ou indução de certos comportamentos ao mercado. Atuam, em regra, como recomendações advindas de resoluções, declarações, entre outros. Essa forma de regulação localiza-se na base da pirâmide sancionatória de IAN AYRES e JOHN BRAITHWAITE, onde estão as normas mais brandas e flexíveis. Quanto mais cogentes forem os regimentos mais ao topo residem na pirâmide. Vide: CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados ...* 2010, pp. 243-245; CLARKE, Michael, *Regulation: the social control of business between law and politics*, New York: St. Martin's Press, 2000, p. 110; AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York; Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 35-39.

⁷⁸ CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados ...* 2010, pp. 238-239.

⁷⁹ Artigo 81.º Incumbências prioritárias do Estado

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;

⁸⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

que os agentes económicos possam atuar em circunstâncias equânimes de mercado, reduzindo-se as assimetrias que pairam sobre os mesmos.⁸¹

Na Espanha, a abordagem da regulação da atividade económica encontra-se disposta no art. 131, n. 1 da Constituição Espanhola⁸² ao estipular que o Estado, por meio da lei, poderá regular o mercado, tendo em vista atender as necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial, bem como fomentar o aumento da renda e da riqueza no país, visando à distribuição de maneira equânime na sociedade.

VITAL MOREIRA, no artigo “*Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley*”, percebe a necessidade de regulação, mesmo nas economias mais livres do mundo como é caso da norte-americana. Após escândalos financeiros, ocasionados pelas fraudes contabilísticas de grandes empresas como a Enron, Worldcom e outras, o Congresso dos Estados Unidos realizou uma verdadeira reforma legislativa no âmbito da regulação económica, pois observou ser imprescindível para o funcionamento salutar do mercado. O que se tornou um *landmark* para o país (*Sarbanes-Oxley Act 2002*). Assim a frase: “*a ‘mão invisível’ do mercado carece da ‘mão visível’ da regulação pública*”⁸³ retrata bem a situação. O desencadeamento da crise tornou explícita a necessidade de regulação e fez render a Administração Bush à força dos acontecimentos.

Em entrevista publicada no mês de outubro de 2011 pela rede britânica BBC,⁸⁴ o Secretário-Geral da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, Sr. Ángel Gurría, fala da crise económica de 2011, que tem como um dos pivôs o endividamento dos países europeus. Em uma das perguntas foi questionado se o triunfo do capitalismo seria apenas uma mera ilusão. Em resposta o secretário afirmou que o capitalismo não fracassou, mas houve falhas em áreas como regulação, supervisão e gerenciamento. E continua: “*Acredito que falhamos como reguladores, supervisores, gerentes da governança corporativa, como gerenciadores de riscos e também na distribuição de papéis e responsabilidades para organizações económicas*

⁸¹ LACERDA, Mariana Duarte Garcia de, “O *software* livre como instrumento de exercício do poder regulador do Estado” in *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, n. 9, jan/jun. 2008, pp. 146-147.

⁸² *Artículo 131*

1. *El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.*

⁸³ MOREIRA, Vital, “Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado ...* 2008, p. 171-174.

⁸⁴ BBC - *British Broadcasting Corporation*, traduzindo-se: Corporação Britânica de Radiodifusão. Emissora pública de rádio e televisão do Reino Unido com boa reputação nacional e internacional.

*internacionais.” Mais a frente argumenta: “Havia ainda a filosofia de que os mercados precisavam funcionar com o mínimo possível de intervenção governamental. Mas isso não significa que ele podia trabalhar sem nenhuma intervenção ou esta ser tão leve que não poderia identificar riscos.”*⁸⁵

Nesse quadro de mundo globalizado, o Estado Contemporâneo é marcado pelo crescente embate entre o projeto político-constitucional e o projeto político-econômico, ou seja, a democracia como política e o capitalismo como sistema econômico parecem traçar caminhos que não se cruzam (linhas paralelas), cujos destinos se diferem em objetivos e fins almejados. Na República Federativa do Brasil, esse conflito de interesses encontra na jurisdição constitucional o ambiente de discussão e definição da política, com o efetivo cuidado de não exceder os próprios limites, na busca de atender aos compromissos constitucionais, a chamada *judicialização da política*.⁸⁶

Emerge, portanto, o controle ou intervenção do poder judiciário com a finalidade de implementar políticas públicas, pautando-se pela análise entre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, sob a tutela do princípio fundamental da dignidade humana. Revele-se que o próprio julgamento do Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional Brasileira) ao decidir intrometer-se na seara de políticas públicas, aponta a excepcionalidade da situação, pondo como condicionante o descumprimento pelos órgãos estatais dos encargos político-jurídicos que pairam sobre eles, cujo resultado venha comprometer o *mínimo existencial*.⁸⁷

É certo que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais está sujeita a disponibilidade financeira, vinculada às possibilidades orçamentárias do Estado, a ponto de não ser razoável exigir, quando comprovada sua limitação material, a promoção dos direitos constitucionais. Todavia, vale ressaltar que a cláusula da *reserva do possível* não pode ser invocada com o fim de descumprir obrigações constitucionais, cuja conduta possa resultar em prejuízo na essência dos direitos fundamentais.⁸⁸

Portanto, postulou-se, ainda sob o mantra da decisão judicial da Corte Brasileira, como condição da implementação da cláusula da reserva do possível, na

⁸⁵ Reportagem sobre o possível fracasso do capitalismo ocidental. Disponível em < <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/> >. Acesso em outubro de 2011.

⁸⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de, *O Estado e seus Limites: ...* 2007, pp. 576-577.

⁸⁷ Informativo nº. 345/2004, do Supremo Tribunal Federal, *ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)*. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >. Acesso em outubro de 2011.

⁸⁸ Informativo nº. 345/2004, do Supremo Tribunal Federal.

efetivação dos direitos sociais, o binômio: razoabilidade da pretensão social aliada à disponibilidade financeira do Estado.⁸⁹

No mesmo sentido JORGE NOVAIS ao afirmar que a reserva do possível vem delimitar a razoabilidade da aspiração do indivíduo. Na razoabilidade estão incluídas as condições peculiares do caso concreto, a relevância dos custos da prestação em causa e a disponibilidade dos recursos estatais, ou seja, abrange as dimensões económicas, financeiras, fáticas e jurídicas para cada caso.⁹⁰

Mais a frente, mencionado autor salienta o facto de que os direitos de liberdade não possuem efetividade social, caso o Estado não viabilize condições mínimas para sua execução e concretização pela generalidade dos interessados. Sem o aparato estatal – como a elaboração de normas, representação das instituições, atuação dos funcionários, ação ou proteção policial e o estabelecimento do sistema judicial – a exequibilidade do direito se mostraria incapaz, ou inviável de se desenvolver. Portanto, a disponibilização de mecanismos para tornar factíveis esses direitos pesa no orçamento estatal, demonstrando ser clara a sua dependência aos recursos financeiros do Estado.⁹¹

O projeto estatal vê-se confrontado pela economia de mercado. Enquanto o Estado no projeto político-constitucional almeja transformar a sociedade pautando-se pela linha da inclusão social, advém o capitalismo, como forma de economia vigente, estabelecendo barreiras à efetivação das pretensões estatais. Vive-se, portanto, a dualidade da política de inclusão social *versus* a economia da exclusão, ou semi-inclusão, o que acarreta na configuração da crise do Estado e da própria Constituição e consequente transformação espacial dos direitos fundamentais.⁹²

Por outro lado, segundo a corrente neoliberal da Escola de Viena de FRIEDRICH HAYEK, existe entre a democracia política⁹³ e a economia de mercado uma relação de mutualismo necessário, onde no mercado se expressa o sufrágio económico, a autonomia individual e as decisões descentralizadas, na medida em que

⁸⁹ Informativo n.º. 345/2004, do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 90.

⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...* 2010, pp. 96-99.

⁹² MORAIS, José Luis Bolzan de, *O Estado e seus Limites: ...* 2007, pp. 578-579.

⁹³ Apresenta a democracia como meio, ou instrumento, com vistas a salvaguardar liberdade individual e a pacificação social. Vide: HAYEK, Friedrich, *O Caminho para a Servidão*, trad. Marcelino Amaral, Lisboa: Edições 70 LDA, 2009, pp. 100-101. Contudo, HAYEK teme a deturpação da democracia na medida em que o domínio do Estado passa a ser o palco de disputa entre interesses particulares (coligações de interesses presentes na sociedade) e que a intervenção do Estado na sociedade vem por em risco a própria democracia liberal, os direitos e liberdades individuais. Vide: ALVES, André Azevedo, *Ordem, Liberdade e Estado – Uma reflexão crítica sobre a filosofia política em Hayek e Buchanan*, Senhora da Hora: Edições Praedicare, 2006, pp. 111-115.

na democracia ocorre a preservação dos direitos e liberdades do homem, de modo que a liberdade somente alcançará sua totalidade quando atingidas e somadas às liberdades pessoais, políticas e econômicas, denotando-se o caráter de indivisibilidade da liberdade.⁹⁴

A nova fórmula estatal do Estado Regulador busca mesclar a necessidade de regulação do mercado, ao mesmo tempo em que procura proporcionar e favorecer a liberdade econômica. Nessa nova formulação promove-se a articulação entre a *eficiência*, predominantemente econômica, mas exigindo-se, também, na atuação da administração do Estado; e a *equidade*, marcadamente estatal, porém demandando da economia sua função social.⁹⁵

Assim, Estado e Economia, antes visualizados como forças antagônicas, ao adotar um diferente ângulo de percepção, são tomados pela concepção de autocompreensão como forças que se complementam ao compatibilizar a justiça distributiva com a liberdade econômica, ou seja, igualdade de oportunidades com autonomia. É a reformulação do modelo de funcionamento e organização entre a economia, sociedade e Estado, tendo em vista que, assim como a sociedade, o crescimento econômico requer condições favoráveis de segurança, liberdade e estabilidade (todos promovidos pelo Estado), conseqüentemente, o mercado, em retorno aos benefícios recebidos, promove o desenvolvimento, o aperfeiçoamento, a criatividade e o bem estar social, segundo o que a função social determina.⁹⁶

Após estudarmos um pouco a evolução do Estado, quanto a sua atuação na economia, percebemos que com a globalização⁹⁷ o mundo ficou mais integrado e as

⁹⁴ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ensaio interpretativo*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 155.

⁹⁵ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, p. 156 e p. 198.

⁹⁶ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, p. 156.

⁹⁷ A globalização surge como um processo independente, desenvolvendo-se no ambiente político-econômico nacional e internacional. Essa ideologia emana de um conjunto de forças que englobam países, organizações internacionais, como também interesses particulares (empresas, associações, etc). O modo mais apropriado contra a ingerência de interesses particulares, que por vezes são conflituosos com os interesses coletivos, é a atuação conjunta entre as instituições políticas e o direito. Sem governabilidade, sem regulamentação, sem instituições políticas, o processo de globalização pode intensificar-se desarrazadamente, de forma que os benefícios não sejam dominantes pelos prejuízos acarretados a humanidade, em face da concentração de pequenos grupos de interesses. Vide: BARRETO, António, *et al, Cidadania e novos poderes numa sociedade global*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2003, pp. 11-12; JOSEPH STIGLITZ, em seu livro, questiona a controvérsia da globalização, pois ao mesmo tempo em que acelerou o crescimento econômico e proporcionou a melhoria de vida de parte da população do continente asiático e em outras regiões do planeta como Rússia e o continente africano, os resultados não se mostraram animadores, devido o aumento da pobreza. A abertura do comércio para algumas zonas, ainda em desenvolvimento, e a

consequências de uma medida econômica estabelecida em uma nação podem repercutir em outros países. Observamos, também, a preeminente necessidade de regulação das economias nacionais, assim como da global, permanecendo aos Estados e aos Organismos Internacionais o dever de regulamentar, fiscalizar e punir, quando necessário.

Para tanto, centraremos nosso estudo, mais a frente, na possibilidade que o Estado possui de sancionar os entes particulares, em específico, a capacidade de declarar a inidoneidade das empresas com quem contrata. Mas antes, abordaremos, no próximo tópico, o aprimoramento da gestão estatal ao espelhar-se no modelo gerencial da iniciativa privada.

1.4.1. O Estado Regulador e a *good governance*

O novo modelo de Estado inserido no mundo globalizado,⁹⁸ onde o ordenamento jurídico e a estrutura de poder passa a ser disposta na forma de rede horizontal, aposta também em um novel modelo de gestão, com *accountability* (responsabilidade, ajuste fiscal), transparência, flexibilidade e inclusão social. Todos esses fatores inserem-se na linguagem da *good governance*, ou boa governança.⁹⁹

A nova acepção do modo de gerir, ou gerência estatal, adveio do ramo econômico a partir da gestão empresarial (*corporate governance*), assim como de pesquisas acerca da ordem jurídica internacional, quanto às possíveis reformas dos organismos internacionais de âmbito global¹⁰⁰ (*global governance*) até ser incorporado

instabilidade do capital especulativo acabou agravando a situação de muitos países. Vide: STIGLITZ, Joseph E. *Globalização a grande desilusão*, Lisboa: Terramar, 2003, pp. 39-59.

⁹⁸ Globalizado no sentido de que as consequências de certos atos podem resvalar fronteiras, atingindo dimensões mundiais, em razão das facilidades de comunicação, transporte, assim como a grande proporção e complexidade dos problemas que afetam a humanidade e que não podem ser encarados isoladamente por um só Estado na tentativa de resolvê-lo. Vide: LOUREIRO, João Carlos, *Prometeu, Golem & Companhia. Bioconstituição e Corporeidade numa “Sociedade (Mundial) de Risco”* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol LXXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 153.

⁹⁹ MORIKAWA, Márcia Mieko, *Good governance e o desafio institucional da pós-modernidade*, Vol. LXXXIV, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 637-643.

¹⁰⁰ O termo *global* advém da língua inglesa proferida pelos economistas norte-americanos. Os franceses preferem o vocábulo *mundial* em razão da identidade cultural e por considerar existir uma diferenciação entre *mundialização* e *globalização*. O primeiro representaria a última fase da internacionalização, enquanto que o segundo revela o adentrar do mundo em um novo estágio, onde persistem características obscuras que aguardam por serem descobertas. Mais vide: ARNAUD, André-Jean, *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*, tradução: Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 11-12.

na modificação da postura da administração pública (*good governance*), na procura de novos padrões administrativos.¹⁰¹

O caminho de desenvolvimento gradual do sistema jurídico, iniciando-se na modalidade piramidal de kelsen ao regime de rede, retrata a evolução conjunta que transforma os sistemas: jurídico e político. O ordenamento jurídico em rede, a regulação e a boa governança (*good governance*) formam um novo sistema que, provavelmente, seria um exagero afirmar que substituirá o atual, mas que provocará, certamente, mudanças no seu processo.¹⁰²

O modelo de rede horizontal aponta o despontar de novos atores na esfera global de onde também emana o poder. O Estado deixa de ser a única fonte legítima de poder e passa dividir com organismos internacionais (ONU, OCDE, OEA, OIT, etc) e grandes empresas privadas, notadamente, as multinacionais.¹⁰³ Assim, no âmbito político, passamos do mundo dos Estados soberanos para o mundo de entes.¹⁰⁴

A concentração de poder, antes restrita ao poderio estatal, parece estar a se desfazer, redistribuindo-se com o aparecimento de novos protagonistas que surgem com advento da globalização, fenômeno este que acelerou e acentuou a ascensão dos novos agentes de poder. A internacionalização dos mercados, a crescente tecnologia e as facilidades de comunicação e transporte transformaram os países em locais pequenos, ao comparar com a demanda dos anseios sociais e econômicos advindos de todos os cantos do globo.¹⁰⁵

Com a diminuição do poder, a própria governabilidade dos Estados se vê em crise, por não poder responder e solucionar na mesma velocidade que as aspirações sociais e econômicas requerem.

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandra, *A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?* In Boletim da Faculdade de Direito, Separata de Colóquio Ibérico, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Studia Iuridica 84, Ad honorem 2, Colloquia 14, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 106.

¹⁰² OST, François; KERCHOVE, Michel van de, *De la Pyramide au Réseau? ...* 2002, p. 26.

¹⁰³ O nacionalismo estatal aparenta estar tolhido no exercício do controle eficaz diante do crescente cosmopolitismo empresarial. As Nações dependem cada vez mais das instâncias políticas supranacionais para ordenar e fiscalizar as atividades das multinacionais. Vide: NAMORADO, Rui, *Direito das Empresas e dos Contratos*, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra – FEUC, 2011, p. 7; O poder e sua respectiva disposição na humanidade não são facilmente contabilizados em razão de sua contínua mudança e devido à constante evolução política, econômica e social. Contudo, uma das formas de aferi-lo dar-se por meio da riqueza. Deste modo, entre os maiores atores a nível econômico estão as companhias pertencentes ao setor privado. Vide: SMITH, Gordon, “Governança na ausência de Governos” in *Cidadania e novos poderes numa Sociedade Global*, Fundação Aclouste Gulbenkian, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2003, pp. 40-41.

¹⁰⁴ MORIKAWA, Márcia Mieke, *Good governance e o desafio institucional ...* 2008, pp. 637-638.

¹⁰⁵ CASSESE, Sabino, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari: Editori Laterza, 2003, pp. 3-5.

Para ALEXANDRA ARAGÃO, o fator democracia, embora legitime as decisões governamentais, pode cominar aos sistemas políticos problemas relacionados à questão da governabilidade, uma vez que os regimes democráticos passam por transições políticas, com mudanças nos programas de governo; necessitam da aprovação da sociedade, o que nem sempre é possível, principalmente, quando impõem medidas de austeridade e passam pela desagregação da autoridade nos vários níveis de poder: local, regional, nacional, entre outras questões que levam a propensão da ingovernabilidade.¹⁰⁶

Todavia, não seria plausível abandonar a democracia que assegurou tantos direitos à sociedade, dentre eles a não arbitrariedade dos atos da Administração Pública e a basilar preservação dos direitos humanos. A viabilidade da *governância*¹⁰⁷ passa pelo reforço da credibilidade das instituições públicas, dando-lhes mais legitimidade perante a população, o que acarretará na aceitação voluntária dos cidadãos quanto às medidas adotadas.¹⁰⁸

A autoridade administrativa no uso de suas funções e atribuições não pode ser exercida somente por meio da dimensão de *poder público*, sendo potencialmente enérgica, mas deve pautar-se, também, pelo *dever público*, que impõe deferência aos princípios fundamentais da conduta,¹⁰⁹ seja nos processos de intervenção, seja ao estabelecer as consequências dos seus atos, seja nas relações, ou atribuições, com o particular.

Nesse contexto de mudanças estruturais na gestão dos Estados, SUZANA TAVARES questiona-se a respeito da possibilidade dos direitos fundamentais em demasia como responsáveis pelo enfraquecimento das Constituições Europeias e das gestões governamentais, como se o constitucionalismo estivesse a se curvar perante forte ímpeto da globalização.¹¹⁰

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandra, *A Governância na Constituição Europeia:...* 2005, pp. 107-109.

¹⁰⁷ A autora critica o uso do termo *governança*, pois para si o mais adequado seria *governância* por advir da linha de outros vocábulos de procedência latina, que na língua portuguesa adota-se o sufixo “*ância*”, traduzindo a ideia de ação ou resultado da ação. Exemplo: *elegance* - elegância, *fragrance* - fragrância, *abulance* - ambulância, etc. Vide: ARAGÃO, Alexandra, *A Governância na Constituição Europeia:...* 2005, pp. 107.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandra, *A Governância na Constituição Europeia:...* 2005, pp. 109-111.

¹⁰⁹ Princípio da legalidade, imparcialidade, igualdade, da boa-fé, da justiça, da proporcionalidade, da veracidade, da racionalidade, da eficiência, da segurança jurídica, entre outros. Vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de ‘acto administrativo’ no nosso tempo”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 61, Ad Honorem – 1, Separata de: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.1198.

¹¹⁰ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 09.

No entanto, o direito, assim como o Estado, vem se adaptando as transformações da sociedade e da economia, com o fito de continuar a exercer a sua função de resolução dos conflitos. Para isso, a *judicial dialogue* exsurge para complementar o direito em rede, tendo em vista solucionar o problema metodológico no domínio do controle dos direitos fundamentais. O diálogo entre os tribunais, em regra, ocorre na estrutura judicial interna dos países, na medida em que eles exercem o controle de constitucionalidade de suas leis e na percepção de que muitas vezes não vão decidir sozinhos certas lides.¹¹¹

No direito comunitário europeu, a *judicial dialogue*, embora recente, é uma realidade entre as altas cortes dos países e as cortes constituídas pela União Europeia. Espera-se com esse método a melhoria da qualidade das decisões judiciais dos Estados membros, notadamente em litígios relacionados em pontos nevrálgicos, bem como conexos entre os ordenamentos dos países e da União.¹¹²

Adentra-se no direito constitucional comparado,¹¹³ onde ocorre a aproximação da *Comon Law* e do Direito Europeu, apresentando suas virtudes e limitações, com o surgimento de uma inovadora jurisprudência constitucional global que, a princípio, pode limitar-se na função confirmatória, na função de sedimentar concepções, como também, na de robustecer a interpretação da norma, tendo em vista não instigar, de início, o conflito com as leis e princípios dos ordenamentos nacionais, mas com o intuito de, posteriormente, poder aprofundar, diversificar e enriquecer através do multiculturalismo global.¹¹⁴

No âmbito do direito privado, com vistas à facilitação do comércio, ocorre uma aproximação entre os sistemas jurídicos nacionais com o escopo de harmonizar e unificar internacionalmente essa modalidade de direito. A *harmonização* de direitos compreende a efetiva diminuição das discrepâncias jurídicas que afastam os distintos ordenamentos, em determinadas matérias, com o objetivo de garantir uma moderada

¹¹¹ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais ...* 2011, pp. 59-63.

¹¹² TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais ...* 2011, pp. 74-76.

¹¹³ Do direito comparado emanam variadas funções, dentre as quais destaco duas: a) possibilita uma melhor compreensão dos diferentes institutos jurídicos, apresentando-se como um fator de evolução, de enriquecimento cultural do jurista e de fortalecimento da sua visão crítica (*função epistemológica*); b) auxilia o jurista na procura de soluções aos diferentes problemas que surgem pela convivência social. Os tribunais constantemente visualizam em outros ordenamentos jurídicos possibilidades de resolução de lides semelhantes às causas locais, sempre se pautando pelas peculiaridades culturais que adornam a própria sociedade, de modo a crescer, diminuir, modificar e receber aquilo que for preciso e relevante para melhor adequar a decisão ao caso, tornando-a eficaz aos olhos e parâmetros locais. (*função heurística*). Vide: VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado – Introdução e parte geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 22-24.

¹¹⁴ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais ...* 2011, pp. 60-76.

equivalência funcional, mas sem que seja inteiramente reduzida a diversidade de regras de cada um dos ordenamentos envolvidos nesse processo.¹¹⁵

A *unificação* de direitos vai mais além e constitui a supressão das diferenças entre os sistemas, pressupondo uma identidade de normas jurídicas e até mesmo a possibilidade de compilar em único órgão comum aos dois sistemas, a competência para emanar decisões em último grau, quanto às questões que lhe forem suscitadas e questionadas a respeito da integração e interpretação do direito vigente.¹¹⁶

Tais procedimentos acima explicados (harmonização e unificação de direitos) se justificam na medida em que proporcionam segurança jurídica nas relações internacionais (transações comerciais) e ao favorecem a integração de mercados, pela garantia de igualdade de condições entre os participantes e pela diminuição dos custos das transações (que seriam acrescidos por força da obtenção de informação acerca dos diferentes regimes jurídicos existentes).¹¹⁷

Voltando ao Estado inserido no mundo globalizado, vemos que as transformações e os problemas tomados a nível mundial vêm forçar e testar cada vez mais a gestão estatal. O Estado transmuta-se na busca de acompanhar e melhor responder as demandas que o pressionam, dessa forma, põe-se a prova a capacidade estatal de gerir seus problemas financeiros e de administrar seus recursos.¹¹⁸

Não basta apenas administrar, mas fazê-lo com responsabilidade, assim, a *good governance*, conceito advindo do meio econômico com ênfase na política de desenvolvimento, desponta no meio jurídico aproximando-o da economia e ainda mais do Estado. Segundo GOMES CANOTILHO, a *good governance* compreende a gestão/administração dos assuntos do Estado, pautando-se pelos princípios constitucionais da boa administração, eficiência e responsabilidade na atuação de todos aqueles que compõem o Estado.¹¹⁹

A governação responsável faz parte da essência estatal, pois está atrelada ao desenvolvimento sustentável e equitativo centrado na dignidade da pessoa humana, nos direitos sociais fundamentais, na democracia firmada no Estado de Direito e no sistema de governo que investe na transparência e na responsabilidade da gestão de recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros. Temos aqui princípios, os quais devem

¹¹⁵ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado ...* 2011, pp. 567-568.

¹¹⁶ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado ...* 2011, pp. 567-568.

¹¹⁷ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado ...* 2011, pp. 580-586.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 328.

¹¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e interconstitucionalidade ... 2008, pp. 326-329.

ser dados operacionalidade e concretização a fim de se constituir e atingir a boa governação.¹²⁰

De acordo com o Banco Mundial, experiências de todas as regiões do mundo confirmam que a gestão do setor público é questão chave para o desenvolvimento eficaz da nação. A renovação da gestão do Estado tem sido alcançada pela percepção da mudança no seu papel frente ao mundo globalizado. O novo modelo requer um Estado menor, equipado com bons profissionais e com políticas de qualidade que visam proporcionar ambiente propício para o crescimento da iniciativa privada, melhoria na gestão econômica, redução da pobreza de maneira sustentável, redução das despesas e contenção dos custos.¹²¹

A seara jurídica também atravessa mudanças na procura de acompanhar, entender, resolver os conflitos e atender os clamores sociais. O direito, que na acepção mais clássica, é rígido e sólido, tende a adotar uma normatividade relativa, mais flexível e fluída a fim de se aproximar da norma social.¹²² Destarte, as decisões do “direito solúvel” seria fruto da negociação entre as partes e não propriamente da lei. O sistema jurídico estaria numa fase de abertura normativa, cujo informalismo, ou formalismo moderado, seria a técnica de inclusão.¹²³

Denota-se, com isso, a valorização de novas formas de resolver conflitos sociais, não se restringindo apenas aos tribunais, mas incluindo a arbitragem, acordos, conciliações, entre outros modos de resolução da lide que venham a proporcionar decisão eficaz, justa, célere e adaptável às transformações sociais.

A ideia de boa governança depreende maior cooperação entre o público e o privado, com maior participação do setor privado nos afazeres públicos e evidente controle e fiscalização, devido ao corrente comportamento não ético de algumas empresas.¹²⁴ Como exemplo de boa governança temos: a influência da regulação pública sobre a regulação jurídica e a defesa da ética nas relações entre os atores privados detentores de poder e objeto de políticas sociais, notadamente, nas entidades

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e interconstitucionalidade ... 2008, pp. 326-329.

¹²¹ The World Bank, *Governance: The World Bank's Experience*, Serie: Development in practice, Washington D.C.: World Bank Publication, 1994, p. xvi.

¹²² MORIKAWA, Márcia Mieko, *Good governance e o desafio institucional* ... 2008, pp. 639-640.

¹²³ MORIKAWA, Márcia Mieko, *Da Good Governance da Assistência Humanitária: Contributo para a Fundamentação Jurídica do Direito Humano à Assistência Humanitária no âmbito Jurídico Internacional da Good Governance*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 368-369.

¹²⁴ MORIKAWA, Márcia Mieko, *Good governance e o desafio institucional* ... 2008, pp. 647-649.

que atuam nos ramos de energia, telecomunicações, entre outras atividades em que antes predominava o setor público.¹²⁵

¹²⁵ CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados ...* 2010, p. 209.

2. RESGATE AOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO INSERTO NA ECONOMIA GLOBAL

2.1. Princípio da Socialidade ou dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou da Função Social

A socialidade apresenta-se como um dos princípios estruturantes do Estado. O surgimento do termo advém de uma construção interpretativa da Constituição Alemã, não encontrando termos semelhantes nas Constituições Portuguesa¹²⁶ e Brasileira, porém aparecem com outras palavras em ambas as constituições citadas.

No caso da Constituição Portuguesa, o princípio da socialidade “veste-se” como princípio da democracia, econômica, social e cultural, está inserido no art. 2º do Texto Constitucional,¹²⁷ e é considerado um dos objetivos a ser seguido pelo Estado Europeu, onde se busca alcançar a realização da democracia econômica, social e cultural, prevista também nos arts. 9º, 80 e 81 da Carta Fundamental Portuguesa.¹²⁸

A democracia econômica, social e cultural revela a responsabilidade pública em proporcionar o adequado desenvolvimento econômico, social e cultural na tutela dos direitos sociais, na satisfação das basilares prestações sociais e na eliminação das desigualdades sociais.¹²⁹

Analisando a expressão separadamente, temos que a democracia econômica busca a coexistência pacífica dos diversos setores da propriedade de meios de produção, da proteção ao cooperativismo, do planejamento equilibrado do desenvolvimento econômico e social, bem como da participação das entidades sindicais representantes

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 335.

¹²⁷ *Artigo 2.º Estado de direito democrático*

*A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da **democracia económica, social e cultural** e o aprofundamento da democracia participativa.*(grifo nosso).

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da ‘constituição social’) in *Direitos Fundamentais Sociais*, Coordenação: J.J. Gomes Canotilho *et al*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 11.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 210.

dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades econômicas na elaboração das principais metas de desenvolvimento econômico e social.¹³⁰

A democracia social traduz-se em tornar acessível à sociedade, em igualdade de condições, o alcance das prestações sociais, nomeadamente, a saúde, a segurança social e a promoção da habitação. Quanto à democracia cultural, visa esta a consecução de democratizar a educação e a cultura.¹³¹

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da socialidade ganhou expressividade ao ser inserido na formulação do Código Civil de 2002, em que o autor do projeto, Miguel Reale, aponta três princípios fundamentais para a nova legislação civil: o princípio da eticidade, da operabilidade e da socialidade. Este último justifica a sua inserção para superar o caráter eminentemente individualista da lei anterior e inspirar-se na função social da propriedade para inserir essa qualidade ao contrato.¹³²

O princípio em tela também pode ser auferido nos incisos I, III do art. 3º da Constituição Federal Brasileira¹³³ ao versar sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O primeiro inciso aponta como escopo a edificação de uma sociedade justa, livre e solidária, enquanto que o inciso III reivindica a erradicação da pobreza e marginalização da miséria.

Ainda quanto à positivação e a relevância do princípio da socialidade, sob a ótica da função social da propriedade, a Carta Magna brasileira o traz nos artigos: 5º, inciso XXIII (função social da propriedade nos direitos e garantias fundamentais); 170, inciso III e 173, §1º, inciso I (princípio geral da atividade econômica); 182, §2º (função social da propriedade urbana) e 184, *caput* e parágrafo único; 186 *caput* (política agrícola e fundiária e da reforma agrária)

CRISTIANO FARIAS e NELSON ROSENVALD fazem uma analogia para explicar o paradigma da socialidade, comparando-o a uma orquestra sinfônica, onde cada um ao tocar seu instrumento atende a uma finalidade comum, inclusive o maestro, com a premissa de não se sobrepor sobre os demais. Assim, o Estado está a serviço das pessoas e ele atua proporcionando as relações entre os indivíduos por meio da

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 210.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, ... 2007, p. 210.

¹³² REALE, Miguel, *Visão Geral do Novo Código Civil*. Disponível em < <http://pt.scribd.com/Visao-Geral-Do-Novo-Codigo-Civil-Artigo-de-Miguel-Reale> >. Acesso em outubro de 2011.

¹³³ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

vinculação a princípios éticos. Da mesma forma, cada sujeito, como membro da sociedade, deve agir pautado pela solidariedade e cooperação com os semelhantes.¹³⁴

GOMES CANOTILHO, em análise mais recente desse princípio, percebe que houve um retrocesso quanto à consolidação da socialidade nos Estados de Direitos Democráticos. A doutrina e jurisprudência traçam uma visão cada vez mais restrita da amplitude desse princípio, que representa os direitos econômicos, sociais e culturais, diminuindo do conteúdo mínimo de direito para a expressão: *mínimo de existência condigna*.¹³⁵

Corroborando o entendimento acima, INGO WOLFGANG afirma que a dimensão prestacional dos direitos sociais possui intenso vínculo com o princípio da dignidade humana, notadamente no reconhecimento do mínimo existencial para uma vida digna, que é aceito nas concepções liberais da justiça social. Temos, portanto, a demonstração da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.¹³⁶

O racionamento dos direitos constitucionais sociais encontra sua problemática ligada à dependência legal na reserva orçamentária do Estado. A jurisprudência vem reduzindo esses direitos a módicas frações sociais da dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe, notadamente, o padrão mínimo de existência. Assim, ao mesmo tempo em que ocorre o enquadramento, ou “estrangulamento,” dos direitos econômicos, sociais e culturais, observamos o aumento da concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este é utilizado para salvaguardar quase todos os problemas sociais, acarretando sua aparente hipertrofia.¹³⁷

A socialidade estatal, no modelo de Estado Regulador, depara-se com um local incerto. A imagem dos serviços públicos de interesse econômico geral, dantes proporcionados pelo Poder Público, surge sob a roupagem da iniciativa privada, onde o Estado incide na regulação e manutenção do acesso aos bens essenciais (energia, saneamento, água, telecomunicações). Dessa forma, a sociedade receptora dos serviços

¹³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, pp. 32-33.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional como ciência ... 2010, pp. 11-12.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, “A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro” in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva do direito comparado*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 122-123.

¹³⁷ A hipertrofia do princípio da dignidade da pessoa humana advém com conteúdo mais contrito, na medida em que é redesenhada de modo a restringir esse princípio ao círculo de sua essência. Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional como ciência ... 2010, pp. 14-15.

prestados perde a qualidade de “cidadão social” para adquirir a condição de “consumidor”, ou “cidadão utente.”¹³⁸

Podemos observar um novo enquadramento que vem garantir o princípio da socialidade a partir do direito e da regulação das atividades económicas, e não mais na prestação dos serviços pelo Estado. Assim, a manutenção da socialidade pelo Estado está situada na regulação e fiscalização dos serviços ao pretender fazer perdurar suas características essenciais como universalidade, continuidade, entre outras.¹³⁹

O surgimento de uma responsabilidade pública de garantia é apontado por PEDRO GONÇALVES como efeito das ações de privatização. Esta responsabilidade reflete a persistência e o real compromisso que o Estado possui na concretização do princípio da socialidade e outros fins constitucionais.¹⁴⁰

Marca-se, assim, o princípio da socialidade como ação civilizatória do Estado que vem confrontar o individualismo, ou egoísmo, do ambiente privado e da economia liberal, ou seja, o reposicionamento, a fragmentação, ou a concorrência do poder com o setor privado (multinacionais) não extingue a parcela de poder público.¹⁴¹

Em virtude da necessidade de se evitar a depreciação do princípio da socialidade (direitos económicos, sociais e culturais), mostra-se imprescindível a atividade de fiscalização, regulação e punibilidade por parte do governo na busca da efetivação e qualidade dos serviços públicos, dos serviços de interesse económico geral e de qualquer serviço contratado pela Administração Pública. O cidadão utente, perante o Estado Fiscal, possui, legalmente, a prerrogativa da concretização do direito fundamental da boa administração pública, prezando-se pela eficiência das ações estatais e das entidades privadas que a realizam.

2.2. Princípio da Segurança Jurídica e Proteção da Confiança

A segurança em todos os níveis da relação e conduta apresenta-se como uma necessidade humana para o desenvolvimento salutar e responsável da vida, bem como a

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional como ciência ... 2010, p. 15.

¹³⁹ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais ...* 2011, pp. 114-115.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Pedro, “Direito Administrativo da Regulação” in *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 538.

¹⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de, *O Estado e seus Limites: ...* 2007, p. 583.

promoção e formação de planos futuros. Tais ideais vinculam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança a ideia do Estado de Direito.¹⁴²

Para Jorge Miranda, somente o Estado de Direito proporcionou até a atualidade o ambiente mais condizente com a segurança jurídica, ou seja, sua máxima realização em conjunto com a justiça. Ademais, outra exclusividade desse regime é oferecer simultaneamente valores como: certeza (conhecimento da validade da norma, período de vigência e aplicabilidade); compreensibilidade (utilização de expressões verbais na legislação perceptíveis a população); razoabilidade (normas harmônicas entre si e apropriadas às necessidades coletivas); determinabilidade (saber precisar a conduta dos destinatários e tornar denso o conteúdo da norma); estabilidade (assegurar a duração mínima da norma e garantir os seus efeitos) e previsibilidade (antecipação das condutas futuras e possibilidade de estruturar melhor a vida) à sociedade.¹⁴³

Os dois princípios em comento possuem forte ligação entre si.¹⁴⁴ Sendo que a segurança jurídica, em sentido amplo engloba a proteção de confiança. Contudo, em regra, a doutrina relaciona a segurança jurídica aos elementos objetivos da ordem jurídica, como, por exemplo, a estabilidade jurídica; enquanto que a proteção da confiança vincula-se aos elementos subjetivos, como a realização do juízo de prognose da reação dos indivíduos e suas respectivas consequências, referente aos efeitos dos atos da gestão pública.¹⁴⁵

Segundo CANOTILHO, ambos os postulados são exigíveis a todos os atos do poder público em qualquer de suas esferas: Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, em sentido amplo, o princípio da segurança jurídica traz para o indivíduo a confiabilidade dos atos emanados pelo poder público, decisões que resvalam nos direitos do cidadão, posicionamentos jurídicos e relações legais fundadas em normas vigentes e válidas, cujos efeitos encontram-se adequadamente dentro da conjectura prevista pelo ordenamento jurídico, de modo a não causar surpresas indevidas.¹⁴⁶

O Estado de direito tem o dever de passar segurança e confiança nas suas atuações, no relacionamento com a sociedade e para as entidades com quem contrata e

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 257.

¹⁴³ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV Direitos Fundamentais*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 272-273.

¹⁴⁴ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp.30-31.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 257.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 257.

realiza negócios. Rege-se, portanto, o Estado em todas as suas ações pelos princípios da segurança e proteção da confiança.¹⁴⁷

Daí a importância desses princípios no âmbito da relação contratual Estado e empresa. O Estado, por meio da segurança jurídica, e a iniciativa privada, por intermédio do princípio da boa fé,¹⁴⁸ devem marcar sua relação do modo mais legítimo e transparente entre si, fomentando o Estado à persecução do bem comum.

Esses princípios estão insertos no ordenamento jurídico português quando nos reportarmos, por exemplo, à contratação pública,¹⁴⁹ sendo eles abrangidos implicitamente pelo art. 266 item 2 do Título IX da Constituição Portuguesa,¹⁵⁰ referente à Administração Pública e pelo art. 2º, item 5 do Código de Procedimento Administrativo¹⁵¹ que prevê sua amplitude a toda e qualquer atuação da Administração Pública.

No Brasil, a Constituição Federal aborda a segurança jurídica no sentido mais amplo em seu art. 5º, inciso XXXVI¹⁵² e de forma mais restrita no *caput* do art. 2º da Lei nº 9784/99¹⁵³ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

As intervenções estatais afetam e transformam a sociedade de um modo geral, razão pela qual o princípio da proporcionalidade, próprio do Estado de Direito, e a

¹⁴⁷ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo, “A nova dogmática do Direito Administrativo: o caso da Administração por compromissos” in *Estudos da Contratação Pública*, Organizador: Pedro Gonçalves, Vol I, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2008, p. 932.

¹⁴⁸ O princípio da confiança no âmbito do Direito Civil engloba a manifestação da boa fé. Sendo a confiança um elo ente as boas fés subjetiva e objetiva, onde a primeira representa um momento especial de retidão e dignidade; a segunda representa a base juspositiva necessária. Ambas carregam consigo razões sistemáticas que se efetivam na confiança, explanando dignidade jurídica, cuja projeção transcende o direito civil. Mais vide: CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé no Direito Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 1234-1251.

¹⁴⁹ São princípios fundamentais da contratação pública onde se erige o referido mercado. Violar esses princípios implicaria por em causa a função, a confiança e o crédito público. Vide: OLIVEIRA, Rodrigues Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública” in *Estudos da Contratação Pública*, Organizador: Pedro Gonçalves, Vol I, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2008, pp. 54-57.

¹⁵⁰ Artigo 266.º *Princípios fundamentais*

2. *Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.*

¹⁵¹ Artigo 2º *Âmbito de aplicação*

5 - *Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.*

¹⁵² Art. 5º XXXVI - *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*

¹⁵³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência. (grifo nosso)

proteção da confiança, em conjunto, devem obrigar, constitucionalmente, o legislador a estabelecer regulamentos transitórios dependendo da situação, bem como razoáveis de forma a não promover efeito diverso do que se pretendia.¹⁵⁴

As transformações pela qual o Estado Contemporâneo vem passando é reflexo da fragmentação do poder, como também pela aproximação entre o setor público e privado, o que requer melhor gestão da *res publica*, com a adoção de medidas advindas do mercado (*good governance* advém da *corporate governance*), na busca de maior eficiência em suas atividades.

A boa regulação dos mercados demanda novos modelos públicos organizacionais que se traduzem em independência funcional, imparcialidade resolutória, responsabilidade e transparência manifesta pelo poder público aos regulados, acarretando o afastamento maléfico da política e sua influência prejudicial na economia. As autoridades de regulação devem mostrar que exercem seu pleito, pautadas pela responsabilidade e compreensão, com a adoção de decisões fundamentadas e racionais e não de forma meramente política.¹⁵⁵ Tais mudanças de atuação do Poder Público transparecem segurança, confiança e melhor aceitação das decisões regulatórias no meio social e econômico, bem como concretiza e robustece o efetivo cumprimento do princípio da proteção da confiança.

Importante salientar que vivemos atualmente numa sociedade do risco,¹⁵⁶ onde os atos da Administração tendem a ser cada vez mais precários e provisórios, tendo em vista a busca do Estado em acompanhar as transformações que permeiam a comunidade e alcançar, englobando os novos conhecimentos técnicos e científicos, a realização do interesse coletivo.¹⁵⁷

No campo da Teoria Geral do Direito, a acepção do risco passou por diferentes correlações quanto à situação a ser aplicada. Inicialmente, o risco era algo *excepcional*,

¹⁵⁴ OSSENBÜHL, Fritz, “*Las libertades Del empresario según la Ley Fundamental de Bonn*,” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, Traducción: Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 25.

¹⁵⁵ CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados ...* 2010, pp. 251-257.

¹⁵⁶ A evolução técnico-científico da sociedade moderna elevou o vocábulo risco, enquanto incerteza referente ao futuro, ao interesse dos gestores administrativos e privados com o intuito de se antever aos fenômenos vindouros. Muito embora, sejam grandes as conquistas da ciência, o risco trouxe consigo uma veemente sensação de fragilidade da espécie humana. Mais vide: GOMES, Carla Amado, “Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental” in *Textos dispersos de direito do ambiente*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 2005, p. 225. O sociólogo Ulrich Beck foi o criador da expressão “sociedade do risco”. Segundo ele a sociedade moderna se transformou em uma sociedade de risco, de modo a necessitar de medidas preventivas, debates e gestão dos riscos que ela mesma produziu. Vide: BECK, Ulrich, *Vivir en la sociedad del riesgo mundial = Living in the world risk society*, Barcelona: CIDOB Ediciones, 2007, p. 8.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, p. 266.

restrito a um reduzido quantitativo de domínios, como foi o transporte de mercadorias por meio da navegação marítima, quadro pelo qual originou os primeiros contratos de seguros. Em seguida, o risco adveio como caso *especial* ao vincular-se às atividades notadamente perigosas, no mesmo instante em que se funda a responsabilidade pelo risco. Nos dias atuais, seu sentido está atrelado a *regra geral* ao apresentar-se em todas as relações de forma generalizada, mormente nos setores de saúde e ambiente.¹⁵⁸

Na seara do Direito Público, o risco que altera a disposição da relação jurídica advém externamente. A precariedade que envolve o risco afronta os gestores públicos, ao mesmo tempo em que torna necessária a feitura de ponderação para avaliar o nível de imprevisibilidade do evento danoso, o grau de lesividade do mesmo e a importância dos possíveis bens jurídicos a serem afetados pela decisão da autoridade competente. Destarte, o risco comporta-se como um componente que abala a tomada de decisão pública.¹⁵⁹

A decisão sobre o risco engloba o exame e a gerência da incerteza na medida do possível. Ao defrontar-se em situação de risco generalizado, a Administração Pública não deve se ausentar, ou mesmo, procrastinar sua deliberação perante eventuais entraves nascedouros, mas precaver-se ao traçar linhas de atuação a serem seguidas que objetivem diminuir a existência/possibilidade do risco por meio de métodos de conhecimento prévio, como também exercer o domínio sobre as condições que favorecem o seu aparecimento e construir estruturas que possibilitem neutralizar/reduzir os efeitos lesivos (prevenção, acompanhamento e neutralização).¹⁶⁰

A Organização Mundial de Comércio – OMC acata e recebe expressamente a necessidade de se organizar procedimentos que abranjam o exame e gestão do risco nas esferas das incertezas da produção científica, ao pautar-se nas três linhas de desdobramentos do princípio da proporcionalidade, quais sejam: necessidade, adequação e proibição do excesso. A avaliação e gerência do risco envolvem uma coerente lógica de prevenção de eventuais lesões a saúde da população (consumidores), da fauna e da flora, também, compreendidas.¹⁶¹

¹⁵⁸ GOMES, Carla Amado, “Subsídios para um quadro principiológico ... 2005, p. 226.

¹⁵⁹ GOMES, Carla Amado, “Subsídios para um quadro principiológico ... 2005, p. 227. Mais sobre o risco vide: MARQUES, Maria Manuel Leitão, “Partilhar o risco, garantir a segurança” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado ...* 2008, p. 75-78.

¹⁶⁰ GOMES, Carla Amado, “Subsídios para um quadro principiológico ... 2005, pp. 238-239.

¹⁶¹ GOMES, Carla Amado, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 322.

A cautela aqui utilizada não é adotada sem nenhum critério, ou mesmo, por razões de alardes generalizados e infundados, sem nenhuma base científica de comprovação, – cujo escopo é salvaguardar interesses de poucos, sem espaço para a formalização de debates e aprofundamento por meio de pesquisas sobre as lides em pauta – mas uma precaução moderada pela razoabilidade, com prudência e seriedade, sempre pautada pelos estudos científicos que analisam de modo exaustivo os possíveis fatores de risco e os meios de minimizá-lo.¹⁶²

Daí a dificuldade em proporcionar a segurança jurídica da sociedade em certos casos, em face das contínuas modificações nas situações fáticas, o que levam algumas relações e regras, comumente aplicadas, ao desuso e a tornarem-se retrógradas ou antiquadas. Por isso, as modificações devem ser ponderadas, pautando-se pelos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, afim de não retirar do ordenamento jurídico sua principal qualidade que é a pacificação social.

2.3. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência¹⁶³ ganha relevância na Administração Pública a partir do momento em que esta vem se “fundir” com a iniciativa privada e procurar com ela otimizar as relações administrativas.

Mencionado princípio deve atuar como norteador das atividades da Administração, pois o vocábulo “eficiência” vincula a ideia de ação, notadamente quando rápida e precisa, de modo a produzir resultados eficazes que venham satisfazer as necessidades da população. Para ODETE MEDAUAR, o termo eficiência vem contrapor-se a imagem de lentidão, negligência, ausência da atuação estatal e descaso com a coisa pública.¹⁶⁴

O fato de recorrer ao direito privado sugere que a Administração anseia reestruturar-se de forma a atingir o maior rendimento possível, ou seja, organizar uma

¹⁶² GOMES, Carla Amado, *Risco e modificação do acto autorizativo ...* 2007, p. 322.

¹⁶³ O termo eficiência possui conceito polissêmico por ser de uso interdisciplinar (Economia, Filosofia, Administração, Direito, etc). A sua concepção emana da relação entre meios e fins, de modo a procurar alcançar o melhor resultado possível com o mínimo de custos (recursos financeiros, materiais e humanos). Vide: OLIVEIRA, Andrea Sofia Pinto, “Eficiência e Constituição” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII – 2010 (Especial), Porto: Coimbra Editora, 2011, p. 293 e segs; VIANA, Cláudia, “O Princípio da Eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII – 2010 (Especial), Porto: Coimbra Editora, 2011, p. 301 e segs.

¹⁶⁴ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 14 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 133-134.

novel gestão pública inspirada em modelo embasado por elementos da gestão privada. Tal pleito representa a concretização do princípio da eficiência no seio do Estado moderno, significa a mudança de paradigma para uma nova modalidade de Estado, qual seja o Estado Regulador.^{165 166}

Para PEDRO GONÇALVES o Estado Regulador vem demonstrar o fim da dualidade, Estado e sociedade, centrando-se em uma unidade. Os agentes privados tomam o papel de protagonistas no desenvolver dos fins públicos, fazendo com que o Estado apresente-se como um “subsistema da sociedade” com funções e responsabilidades repartidas e partilhadas com os particulares.¹⁶⁷

Para tanto, a aplicação do critério da eficiência ao setor público reporta-nos a dimensão de uma sociedade globalizada e mais exigente para com as tarefas estatais, cuja apreciação da racionalidade da atuação administrativa encontra-se avaliada nas relações de custo-benefício, nos resultados e na disposição dos recursos.¹⁶⁸

O cenário da análise econômica do direito público amplia o horizonte do jurista, no momento em que este passa a perceber que o Estado, além de prosseguir na contínua busca de atender aos fins coletivos, deve contextualizar visões da iniciativa privada quanto às soluções do mercado e a adoção de uma filosofia utilitarista da sociedade.¹⁶⁹ Esta, como utente dos serviços provenientes do Estado, torna-se mais exigente no padrão de qualidade daquilo que está sendo prestado ou posto a disposição da comunidade.

Destarte, o princípio da eficiência mostra-se imprescindível no exercício da Administração Pública que deve atuar dentro dos limites legais estabelecidos à sua

¹⁶⁵ VIANA, Cláudia, “O Princípio da Eficiência: a eficiente ... 2011, p. 307-308

¹⁶⁶ Para EGON BOCKMANN a transposição do termo “eficiência”, parâmetro da administração gerencial privada, para a Constituição Brasileira, erguendo-o ao *status* de princípio constitucional típico da Administração, foi impertinente e supérfluo. Inicialmente, este vocábulo não faz parte da história do mundo jurídico. Sua preocupação com a inserção desmesurada de novos termos no Texto Constitucional resulta na possibilidade de desfragmentação da essência do seu conteúdo, por afetar a dignidade constitucional das normas já positivadas. E alega que a mera inclusão de novos vocábulos ou expressões no Texto Magno não acarretará maiores benefícios ou resultados concretos. Mais a frente, em tom de reconciliação e com base na interpretação positiva a ser dada ao Texto Constitucional, sustenta que eventuais vícios positivados devem ser interpretados de modo a suprimir possíveis desvios. Vide: MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 181-187.

¹⁶⁷ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008, p.228-229.

¹⁶⁸ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, “O princípio (fundamental) da eficiência,” *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010, p. 519-521.

¹⁶⁹ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, “O princípio (fundamental) da eficiência, ... 2010, p. 521.

ação.¹⁷⁰ Por intermédio da lei possui o Estado um espaço de autonomia, onde este vem tomar decisões acobertadas pelo mérito administrativo, que podemos chamar de *poder discricionário*, que ao largo de ser livre, é condicionado e regulado pelos princípios gerais da Administração, os quais destacamos: legalidade, moralidade, eficiência e proporcionalidade.¹⁷¹

Todavia, a doutrina ainda é incipiente no tocante ao exame do princípio da eficiência no controle dos atos administrativos, por confundir-se, para alguns, com a análise do mérito administrativo. A forte atuação do princípio da legalidade na apreciação dos atos administrativos, por vezes, não deixa espaço suficiente para a observação de outros princípios de grande relevância na avaliação da discricionariedade do ato, como os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da economicidade, por exemplo.¹⁷²

LEISNER que começa seu livro apontando a eficiência como a palavra da moda, ou do momento, já em 1971, apresenta-a como um conceito múltiplo, que pode ser desdobrado em vários significados como: capacidade de prestação (no sentido de oferta de serviços positivos, *facere*¹⁷³), função de arrecadação maximizada, otimização, racionalidade e acima de tudo eficácia.¹⁷⁴

Vale salientar que o princípio em tela deve ser concebido conjuntamente com os demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Desse modo, será eficiente o ato que atenda aos requisitos da moral, da lei, da impessoalidade, da transparência e da forma pública. A transgressão a qualquer dos princípios da Administração, também implicará em violação, ou não cumprimento, ao princípio da eficiência.¹⁷⁵

O exercício de qualquer ato, sob o zelo da eficiência, não autoriza a derrogar outros cânones administrativos e constitucionais que envolvem o Poder Público. Este

¹⁷⁰ Vale salientar, que o dever de boa administração está estritamente vinculado ao princípio da eficiência ao se constatar que a Administração encontra-se obrigada, no decorrer da prossecução do interesse público, à adotar as melhores soluções no campos técnicos e financeiros (decisões menos onerosas aos cofres, mas com os melhores resultados), sob o ponto de vista administrativo. Vide: AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2010, p. 38.

¹⁷¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II ... 2010, p. 34.

¹⁷² TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *O princípio (fundamental) da eficiência*, ... 2010, p. 522-524.

¹⁷³ *Facere* (latim) significa fazer.

¹⁷⁴ LEISNER, Walter, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 1971, pp. 5-6. Em síntese, no decorrer de sua obra, o autor vem questionar-se acerca da eficiência como princípio do Estado, mas ao verificar que a burocracia estatal é inimiga da eficiência, ao final conclui que a eficiência não é típica do Estado. Mais, vide: OLIVEIRA, Andrea Sofia Pinto, “Eficiência e Constituição” ... 2011, p. 295-296.

¹⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo* ... 2010, p. 204-205.

somente será eficiente se em suas atividades preservar todos os ditames que envolvem a Administração, ao atender a concepção harmônica¹⁷⁶ do sistema a que pertence. A eficiência, portanto, demanda da Administração atuação ativa e cuidadosa, no sentido de aprimorar o cumprimento dos demais princípios constitucionais.¹⁷⁷

Esse princípio, originalmente das ciências econômicas, foi incorporado pela Administração Pública, sendo desvencilhado pelas grelhas jurídicas nos seus mais diversos aspectos. Pela *produtividade*, toma-se a acepção econômica da eficiência percebendo-a como relação de meios-fins, ou seja, as variações que podem registrar o produto final como consequência das modalidades de combinações possíveis entre os distintos fatores produtivos.¹⁷⁸

A *racionalidade*, sob a ótica do discurso político e administrativo, procura na eficiência a adoção de critérios visando atingir o maior rendimento possível dos meios, racionalizando-os e aplicando-os na otimização dos serviços. Já a *eficácia* objetiva a relação entre os resultados a alcançar e os fins perseguidos pela Administração em determinado processo.¹⁷⁹

LOUREIRO ao analisar a doutrina alemã percebe a eficiência como um conceito de grandes proporções, com caráter pluridimensional, ao divagar sobre as noções essenciais e necessárias para representar o primado da eficiência como: a exigência de celeridade, otimização dos meios, realização eficaz dos fins e a referência às origens como princípio da economia.¹⁸⁰

A eficiência pode ser percebida, também, diante de duas perspectivas. A *estática*, pela qual a eficiência dar-se-á pela opção, entre vários meios possíveis e eficazes, aquele que melhor se adéqua ao resultado menos oneroso pretendido. E sob a visão *dinâmica*, a eficiência apresenta-se como um imperativo de otimização,

¹⁷⁶ Importante mencionar o *princípio da constitucionalidade da administração* que representa empregar, no âmbito administrativo, o princípio geral da constitucionalidade dos atos do Estado, em que todos os poderes e órgãos do Governo (no sentido mais amplo) estão subjugados às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição. Há, portanto, a preservação dos valores constitucionais, de modo a não violá-los. Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II ... 2010, p. 797-798.

¹⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo* ... 2010, p. 205-206.

¹⁷⁸ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 127.

¹⁷⁹ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo* ... 1995, p. 128.

¹⁸⁰ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo* ... 1995, pp. 131-133.

permanente e contínuo, na relação entre meios e fins, na busca perene da maximização dos resultados e da minimização dos meios e custos.¹⁸¹

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da eficiência encontra respaldo nos arts. 37, 74, inciso II e 144, §7º todos da Constituição Federal.¹⁸² O art. 37 coloca o princípio da eficiência como um dos princípios constitucionais a serem obedecidos pela Administração Pública, corroborando o entendimento aqui exposto para a atuação administrativa e erigindo o mencionado princípio ao *status* de princípio fundamental. Todavia, sua relevância passa, ainda, despercebida quanto à verificação do controle da atuação estatal no mencionado país.

O inciso II do art. 74 vai além quando apresenta o princípio da eficiência como um dos parâmetros de controle da gestão financeira, orçamentária e patrimonial dos órgãos da administração e na avaliação dos recursos públicos aplicados pelas entidades de direito privado. Ou seja, no âmbito legislativo, o ordenamento brasileiro está em total consonância com a mais recente doutrina acerca do controle das atividades estatais e da regulação das entidades privadas.

Assim, agir com eficiência significa atuar em pleno acolhimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Ao furta-se da visão unicamente econômica desse princípio, pode-se trabalhá-lo, mutuamente com três princípios basilares da Administração, de maneira a participá-los integradamente, por meio de uma interdependência de atuação, onde: a legalidade exige moralidade, que postula eficiência, que, ciclicamente, retorna a necessidade de legalidade.¹⁸³

Por último, o art. 144, §7º do Texto Constitucional brasileiro traz a aplicação do princípio da eficiência na segurança pública e no funcionamento dos órgãos responsáveis pela sua efetivação.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Andrea Sofia Pinto, “Eficiência e Constituição” ... 2011, p. 294.

¹⁸² Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:* (grifo nosso)

Art. 74. *Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:*

*II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e **eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;* (grifo nosso)

Art. 144. *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

§ 7º - *A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, **de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.*** (grifo nosso)

¹⁸³ GRECO, Marco Aurélio, *Devolução Ex Officio de Tributo Indevido: Dever de Legalidade, Moralidade e Eficiência Administrativas, no Âmbito da Função Tributária*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIV, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 711-712.

A Constituição da República Portuguesa, entretanto, não carreou em seu texto previsão expressa do princípio da eficiência, que ficou ao cargo do art. 10 do Código de Procedimento Administrativo¹⁸⁴ (Lei nº 32/1991, Decreto-lei nº 442/1991, alterada pelo Decreto-lei nº 6/1996) ao aliá-lo com o princípio da desburocratização da Administração Pública.

Implicitamente, a Carta Magna Portuguesa faz referência ao princípio da eficiência em funções específicas da Administração nos arts. 64, inciso 3, alínea “d”; 81, alíneas “c” e “f”¹⁸⁵ e 267. O art. 64 refere-se ao campo da saúde pública e aponta o dever de regular e disciplinar as empresas privadas investidas na função de realizar essa prestação pública, de forma que os serviços desempenhados atinjam um padrão de qualidade, cujo parâmetro de avaliação está na eficiência.

O art. 81 traz as incumbências prioritárias do Estado no âmbito econômico e social, dentre elas: garantir o uso das forças produtivas e o fomento da eficiência no setor público; asseverar o desenvolvimento do mercado de modo eficiente a fim de assegurar a concorrência sadia entre as empresas, evitar a formação de monopólios, impedir abusos do poder econômico e o desenvolvimento de atividades prejudiciais ao interesse comum.

Quanto ao art. 267, também da Lei Fundamental Portuguesa, aborda a estrutura da administração de modo geral e expõe significativas expressões como: “...evitar a burocratização...”; “...sem prejuízo da necessária eficácia...” e “...assegurar a racionalização dos meios...”. A primeira vem abordar que um dos objetivos da estruturação da Administração é a inadmissibilidade da burocracia, o qual

¹⁸⁴ Artigo 10º Princípio da desburocratização e da eficiência

A Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões.

¹⁸⁵ Artigo 64.º (Saúde)

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, **adequados padrões de eficiência** e de qualidade; (grifo nosso)

Artigo 81.º (Incumbências prioritárias do Estado)

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente **zelando pela eficiência do sector público**;

f) **Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados**, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; (grifo nosso)

encontra-se vinculado à eficiência dos procedimentos administrativos, bem como a gestão administrativa.¹⁸⁶

A segunda expressão evoca que a atuação da Administração Pública deve caminhar, conjuntamente, com os princípios da boa administração, ou do bom andamento, ao reclamar que a função administrativa deve ser exercida de modo eficiente e congruente.¹⁸⁷

O último segmento de frase faz referência ao princípio da racionalização, onde se exige a adoção de requisitos indispensáveis a boa rentabilidade e organização adequada das atividades administrativas. Predomina aqui a preocupação com os recursos públicos, ou seja, o uso racional dos recursos, de forma que sua utilização seja realizada evitando-se ao máximo os desperdícios.¹⁸⁸

Denota-se que as Cartas Fundamentais de ambas as nações analisadas, em diferentes estágios de desenvolvimento, possuem em comum a preocupação de elevar e valorizar o princípio da eficiência, como parâmetro engrandecedor e avaliador de suas ações, na busca de encontrar a fórmula mais apropriada para desempenhar suas funções, atalhando, por outro lado, o decréscimo ou o retrocesso do nível de qualidade das prestações públicas.

Na visão fiscal, o princípio da eficiência, assim denominado, princípio da eficiência fiscal encontra-se aferido por meio de um conceito relação, isto é, confrontando as receitas fiscais arrecadadas e os fins extra-fiscais perseguidos e a medição da totalidade de custos (financeiros e não financeiros) tolerados para o alcance do efeito pretendido. Em síntese, verifica-se a relação entre os fins almejados e os custos sofridos pelos contribuintes para a sua efetivação.¹⁸⁹

Ao analisarmos o ato do agente público, verificamos que, além de observar a legalidade, deve manter-se sobre os limites delimitadores de sua legitimidade, o que acarreta pautar-se sob reverência dos valores aglutinados na norma e nas aspirações dos reais detentores do poder: o povo. Destarte, enfatiza-se a relevância dos princípios, imbuídos no conjunto de regras que constituem a norma de conduta. Na visão peculiar das pretensões populares, não se pode aguardar das atividades estatais outro resultado,

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II ... 2010, p. 805-808.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II ... 2010, p. 809-810.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II ... 2010, p. 813-814.

¹⁸⁹ CARLOS, Américo Brás, "Princípios da Eficácia e da Eficiência Fiscais," in *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, n. 416, 2005, pp. 176-177.

senão a procura pela melhor solução para a coletividade, que resumindo em uma só palavra, temos: eficiência.¹⁹⁰

Vale salientar que o princípio da eficiência deve ser interpretado, não de forma isolada, mas harmonicamente com outros princípios ao observar a natureza abrangente que o delineia. Assim, ao realizar o exame apurado dos meios e resultados pretendidos, contempla-se uma gama de princípios correlatos à atividade da Administração. O exercício da eficiência pela Administração Pública reflete o cumprimento do dever da boa administração, e, simultaneamente, efetiva o direito fundamental à boa administração do cidadão/administrado.¹⁹¹

O ato considerado eficiente não pode afrontar outros princípios, ademais deve saber ponderar de maneira equilibrada valores jurídicos e econômicos, ao acompanhar a relevância dos limites jurídicos expressos pelo ordenamento ao qual foi inserido, bem como pautar-se pela utilização dos meios característicos da economia, muitos dos quais, foram instituídos pelos cânones da iniciativa privada, o que reflete a origem desse inovador/funcional princípio.¹⁹²

¹⁹⁰ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2004, p. 65.

¹⁹¹ GARBADO, Emerson, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 96-99.

¹⁹² GARBADO, Emerson, *Princípio constitucional da eficiência ...* 2002, p. 90-91.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA ESTREITA RELAÇÃO COM O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

O direito fundamental à boa administração preza pela escolha administrativa legítima, ou seja, ligada ao *Estado da proporcionalidade*, preterindo excessos e omissões temerárias à gestão pública. A legitimidade administrativa garante na esteira axiológica da Constituição, onde se conjectura o seguimento dos contornos balizadores do direito fundamental à boa administração.¹⁹³

Nesse sentido, toma-se a concepção de Estado Regulador prestacional e redistributivo de ensejos sociais,¹⁹⁴ ou *Estado de discricionariedade legítima* que exige e colima na participação ativa de uma sociedade amadurecida, bem como na figura do agente público zeloso pela dignidade do povo. Percebe-se nesse cenário a constante e organizada prestação dos serviços essenciais, a estabilidade econômica e financeira do mercado e a eficiência nas relações da Administração.¹⁹⁵

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁹⁶ positivou o direito fundamental à boa administração no art. 41, que defende que todos possuem o direito de ter a Administração Pública atuando de forma imparcial, equitativa e durante prazo razoável, ou seja, o direito de exigir do governo o tratamento adequado aos anseios da sociedade.

Vale ressaltar que a natureza jurídica da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não possui o caráter de ser uma mera declaração política, e sim de ato

¹⁹³ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo, 2007, pp. 17-18.

¹⁹⁴ O sistema fiscal do Estado possui dois fins de expressiva realização. O primeiro objetiva prover as necessidades financeiras, ou seja, por meio da arrecadação de receitas visa manter em funcionamento a máquina pública (fim fiscal). O segundo pretende diminuir, ou atenuar, as desigualdades sociais, por meio da repartição justa da riqueza e dos rendimentos (finalidade extra-fiscal). Vide: CARLOS, Américo Brás, “Princípios da Eficácia e da Eficiência Fiscais,” ... 2005, pp. 164-165.

¹⁹⁵ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, p. 19.

¹⁹⁶ Artigo 41.º Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

jurídico por três motivos, a saber: a) por ser um acordo interinstitucional (são acordos jurídicos que geram obrigações entre os signatários), considerado como uma das fontes do direito comunitário; b) por conter direitos derivados de atos de Direito Internacional Público e das Constituições dos Estados Membros da Comunidade Europeia, e; c) foi publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias.¹⁹⁷

A boa administração também pode ser encontrada na interpretação dos artigos 228,¹⁹⁸ 298, n. 1¹⁹⁹ e 317²⁰⁰ todos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE. O primeiro artigo versa sobre a proibição da má administração, objetivo este a ser controlado pelo Provedor de Justiça Europeu. O segundo trata sobre o respeito aos critérios da transparência, eficácia e independência. E a última norma citada do aludido Tratado aborda a boa gestão dos recursos financeiros pela Administração.

Assim, esse direito fundamental multifacetado traduz-se na ininterrupta sinergia entre as políticas públicas e o estabelecimento regulado de metas e resultados, afastando-se dos nefastos e possíveis desvios, abusos, excessos e omissões do ato.²⁰¹ Ou seja, um dever de supressão dos prejuízos dos atos, acoimados de desvio de poder, realizados pelas entidades administrativas.²⁰²

Para TOMÁZ MALLÉN²⁰³ o direito à boa administração aparece como um “direito garantia” ou “direito instrumental” que promove a defesa de outros direitos. E ao refletir sobre a inserção deste “direito inovador” questiona-se: Seria este um novo direito? Provavelmente, os novos direitos não são tão novos como parecem. Ora, consideramos mais urgente enfrentar os desafios da humanidade de nossos dias

¹⁹⁷ QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 154.

¹⁹⁸ Artigo 228.º

1. O Provedor de Justiça Europeu, que é eleito pelo Parlamento Europeu, é competente para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado-Membro e **respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições, órgãos ou organismos da União**, com excepção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das suas funções jurisdicionais. O Provedor de Justiça instrui essas queixas e apresenta relatório sobre as mesmas. (grifo nosso)

¹⁹⁹ Artigo 298.º

1. No desempenho das suas atribuições, as instituições, órgãos e organismos da União apoiam-se **numa administração europeia aberta, eficaz e independente**. (grifo nosso)

²⁰⁰ Artigo 317.º

A Comissão executa o orçamento em cooperação com os Estados-Membros nos termos da regulamentação adoptada em execução do artigo 322.º, sob sua própria responsabilidade e até ao limite das dotações aprovadas, **de acordo com os princípios da boa gestão financeira**. Os Estados-Membros cooperarão com a Comissão a fim de assegurar que as dotações sejam utilizadas **de acordo com os princípios da boa gestão financeira**. (grifo nosso)

²⁰¹ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, pp. 17-18.

²⁰² TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direito Administrativo Europeu ...* 2010, pp. 28-29.

²⁰³ MALLÉN, Beatriz Tomás, *El derecho fundamental a una buena administración*, 1ªed., Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - INAP, 2004, p. 42.

ampliando o catálogo dos direitos ou lutando pela efetiva realização dos antigos direitos?²⁰⁴ De qualquer forma, a abordagem do direito fundamental à boa administração aponta um direito complexo que protege e visa efetivar outros direitos.

TOMÁZ MALLÉN aponta ainda que esse novo direito fundamental tem força e caráter inovador, derivando do reforço jurídico do direito europeu às garantias procedimentais (fortalecimento das dimensões materiais dos procedimentos como meio para diminuição da insegurança quanto à abertura da legalidade) e positivando, ou melhor, robustecendo regimentos internos da Administração Pública, atinentes a conduta a ser seguida pelo servidor (como códigos de ética e de boas práticas da administração), que atribui confiança na gestão estatal frente aos particulares e investidores na política econômica.²⁰⁵

Ao analisar o direito à boa administração, SUZANA TAVARES o caracteriza com os aspectos qualitativos de celeridade, equidade, justiça, imparcialidade e transparência, bem como procura diferenciá-lo da eficiência no comando dos procedimentos administrativos de implementação de políticas públicas.²⁰⁶

Segundo SÁNCHEZ MORÓN, o direito à boa administração demonstra a relevância da Administração Pública para a sociedade e que este não representa apenas o limite e controle dos próprios poderes em benefício da liberdade de decisão do particular, mas revela também o exercício eficiente e diligente de suas atividades e tarefas que a sociedade demanda.²⁰⁷

De modo diferente, EMERSON GARCIA apresenta uma ótica peculiar ao vislumbrar que o princípio da moralidade atribui aos administrados o direito de demandar do Poder Público a máxima eficiência dos atos administrativos, perfazendo, dessa maneira, que a atividade pública seja direcionada ao bem comum (finalidade pública), ao pautar-se pelo alcance do interesse coletivo e ao procurar, incansavelmente, aferir a melhor resolução para todos os casos postulados.²⁰⁸

FREITAS DO AMARAL aborda a temática do ponto de vista do Estado denominando-a não como direito fundamental e sim como “dever da boa

²⁰⁴ A abordagem de antigos direitos sob um novo ponto de vista, dando-lhe um enfoque mais contumaz e incisivo diante dos atuais problemas que nos rodeia, visa melhorar a compreensão, ou mesmo dar maior importância àquele direito “esquecido”, com escopo de facilitar a visualização da problemática na busca da sua respectiva resolução.

²⁰⁵ MALLÉN, Beatriz Tomás, *El derecho fundamental* ... 2004, pp. 41-42.

²⁰⁶ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, “O princípio (fundamental) da eficiência, ... 2010, pp. 527-528.

²⁰⁷ MORÓN, Miguel Sánchez, *Derecho Administrativo: parte general*, Madrid: Tecnos, 2005, pp. 63-64.

²⁰⁸ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa* ... 2004, pp. 84-85.

administração”, advindo este do princípio da eficiência. A ideia a ser retratada é a de que a atividade administrativa, constituída por atos administrativos, deve ser exercida com base no conteúdo desses mesmos atos, que possuem em sua essência a necessidade de satisfazer de modo diligente e racional (o mais eficiente possível) o interesse público constitucional e legalmente fixado.²⁰⁹

Ora, o que para os administrados representa um direito, para o Governo aparece como uma obrigação de bem gerir a *res publica* (coisa pública). Nesse ponto, a nova versão do Estado (Regulador), ao utilizar-se de modelos adquiridos na iniciativa privada, almeja, na realidade, efetivar o direito fundamental em voga. A pressão para o estabelecimento da boa governança emana não somente da exigente sociedade moderna (utilitarista), mas de todos os entes (de direito público e privado) que juntos ao Estado dependem para a prossecução dos seus fins, que embora diversos, venham convergir, por meio da ação estatal, na persecução do bem comum.

A ideia de boa administração faz o Estado buscar instrumentos de melhoria de gestão na iniciativa privada como a persecução pela economia dos seus atos, maior eficácia e eficiência. Ademais, proliferaram inéditas figuras contratuais de parcerias entre os setores público e privado (Parceria Público Privado, por exemplo), tudo para tentar adentrar no novo clima de renovação da imagem do Estado e com o intuito de apagar a figura engessada, burocrática e de tamanho avantajado. Para isso, necessário se faz alterar algumas prerrogativas, atribuições e deveres, onde o princípio da legalidade passa a ser balizado pela economicidade, pela eficiência, pela moralidade e outros princípios também relevantes na busca do melhor resultado coletivo.²¹⁰

Com isso percebemos que o princípio da legalidade continua a emanar sua força vinculativa nas ações da administração, entretanto, somemos a ele novas qualidades para o alcance da boa gestão pública. Deste modo a figura do gestor vê aumentada sua responsabilidade, tanto no plano político, como na esfera jurídica, ao se preocupar com a consecução dos objetivos e metas.²¹¹

A preocupação de JOÃO CAUPERS está na vinculação do mérito administrativo (espaço discricionário do gestor público) condicionando-o ao dever geral de boa administração, fazendo com que seu cumprimento possibilite diferenciar as boas

²⁰⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II ... 2010, pp. 38-39.

²¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, “Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais?” in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 290.

²¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina, “Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira ... 2004, pp. 290-291.

e más decisões, porém assevera que ambas podem ser consideradas abarcadas pelo princípio da legalidade.²¹²

Precede a consecução da boa administração, margem discricionária na manifestação decisória, isto é, juízo a ser realizado dentro de certos limites parametrizados pelos princípios condutores da atividade administrativa. Estes vem condicionar qualquer liberdade quanto à *decisum*, norteados por meio de padrões de otimização arraigados aos princípios da prossecução dos interesses públicos, da eficiência, proporcionalidade, segurança, imparcialidade, justiça, entre outros que melhor se adéquam ao caso. É o que CAUPERS descreve como mérito administrativo, envolvido por vinculações tendenciais.²¹³

Ao abordar a indeterminação quanto à margem de legalidade envolvida pelos princípios administrativos na atuação da discricionariedade decisória, PAULO OTERO classifica a normatividade de *principlista*²¹⁴ e questiona-se acerca da possibilidade de se extrair um padrão de conduta vinculativa para a Administração.²¹⁵

O autor verifica a existência de diferentes níveis de valor jurídico, no que concerne a violação da legalidade envolta pela normatividade principlista e revela que nem toda desconformidade da ação administrativa possui o mesmo sancionamento, ou mesmo nível de gravidade dentro do sistema jurídico. Algumas desconformidades são toleráveis podendo ser convalidadas e gerar efeitos jurídicos, salvo se anuladas, posteriormente, por decisão judicial.²¹⁶

Diante disso, o dever de boa administração é imperfeito, devido à dificuldade de sua aferição, inclusive nos tribunais. Todavia, a lesão ao mesmo, quando identificada, ocasiona consequências jurídicas aos seus autores, em regra, servidores públicos envolvidos pela responsabilização disciplinar.²¹⁷

Frise-se que a violação do exercício da boa administração, quando infringida por funcionário público, ao não cumprir com os seus deveres de zelo no serviço público, pode acarretar na cominação de sanções disciplinares na medida em que estes cometem

²¹² CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10^a ed., Lisboa: Âncora Editora, 2009, p. 86-88.

²¹³ CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, ... 2009, p. 89-92.

²¹⁴ Constitui técnica jurídica de elaboração de normas constitucionais, fundadas pela consagração da predileção de princípios gerais sobre matérias controversas ao buscar um equilíbrio entre posições opostas. Referida técnica reflete o caráter pluralista do constituinte ao adequar-se a sociedade moderna. Mais vide: OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 164-169.

²¹⁵ OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública* ... 2007, p. 960-961.

²¹⁶ OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública* ... 2007, p. 961-964.

²¹⁷ CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, ... 2009, p. 86-88

infrações administrativas.²¹⁸ A punição ao infrator público serve para demonstrar e resguardar que o Estado sempre se pautará pelo exercício da boa administração e que qualquer desvio de seus fins poderá ser corrigido, quando possível, e sancionado administrativamente, quando devido.

JUAREZ FREITAS conceitua o direito fundamental à boa administração como: “*direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.*” E corrobora ao afirmar que a esse direito corresponde ao dever da administração pública em atender, nas relações administrativas, a força coercitiva dos princípios constitucionais que a regem.²¹⁹

Assim, o exercício do poder de polícia administrativa deve ser realizado em harmonia com o direito fundamental à boa administração pública, de modo a não levar esse poder à irregularidade. Há aqui a constitucionalização das relações da administração, na medida em que o poder de polícia exerce a limitação administrativa dos direitos individuais.²²⁰

JUAREZ FREITAS define o poder de polícia como uma atividade de prevenção ou de repressão, a qual se almeja atingir, em regra, uma abstenção do particular e, às vezes, uma ação positiva limitando o gozo dos direitos fundamentais, sem desabonar a essência de tais direitos, ou seja, consiste em regular, restringir ou limitar administrativamente, o exercício dos direitos fundamentais, com vistas a alcançar a ordem pública.²²¹

Importa esclarecer, entretanto, a diferença entre o poder de polícia e o poder sancionador. A confusão se registra devido à proximidade de parentesco entre ambos, uma vez que o poder sancionador derivou do poder de polícia, tornando-se dele autônomo. Todavia o distinguimos da seguinte forma, o poder de polícia apresenta-se como uma faculdade²²² da Administração Pública para estabelecer condicionantes e

²¹⁸ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II ... 2010, p. 41.

²¹⁹ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, p. 20.

²²⁰ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, pp. 88-89.

²²¹ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, pp. 94-95.

²²² Em sentido contrário JUAREZ FREITAS nega que o poder de polícia seja uma mera faculdade estatal, por tratar-se de uma responsabilidade perante o cidadão. E continua ao caracterizá-lo como uma obrigação estatal, mesmo quando há espaço para a discricionariedade, pois uma vez presentes os pressupostos de atuação imprescindíveis a convivência harmônica e ordeira das liberdades, o poder de polícia poderá, embora excepcionalmente, tornar-se cogente. Mais vide: FREITAS, Juarez, “Poder de Polícia Administrativa e o Primado dos Direitos Fundamentais” in *Direito Público: Estudos em*

restrições ao uso e ao gozo de bens, atividades e direitos individuais, visando o benefício da coletividade e do próprio Estado. Já o poder sancionador encontra-se imbuído no caráter punitivo e no seu respectivo efeito aflitivo, em razão da aplicação das sanções administrativas. Predomina aqui o conteúdo finalístico, intimidatório e repressivo, tendo como pressuposto a incidência de infração administrativa.²²³

O poder de polícia pode estar ligado ao cometimento de ato ilícito, mas não confere a esse poder o caráter punitivo, uma vez que a sanção serve de instrumento, ou meio de execução para o cumprimento dos deveres impostos pelo Estado aos cidadãos. Vemos que o poder de polícia está relacionado à persecução do bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos.²²⁴ O seu exercício legítimo envolve a intervenção social regulada, com restrição de alguns direitos fundamentais individuais, mas de forma a permitir o convívio de forças privadas, por vezes, antagônicas entre si, isto é, visa viabilizar a coexistência dos direitos fundamentais e a concretização e benefícios dos direitos da coletividade.²²⁵

Convém enfatizar que a regulação efetuada pelo poder polícia deve ser pautada pelos princípios constitucionais, respeitando-se os direitos individuais no seu núcleo essencial, o devido processo legal, e a proporcionalidade, evitando-se abuso, desvio ou omissão de poder. Com o devido processo legal, o contraditório e a proporcionalidade temos a garantia da efetivação de processo justo e razoável, cujos meios e fins são adequados para o caso.²²⁶

O poder de polícia administrativa é também auto-executável na medida em que se pauta simultaneamente pelos princípios do primado do interesse público e dos direitos fundamentais, sendo inafastável unilateralmente. Outra característica marcante para esse poder é a necessidade de motivação, salvo em caráter emergencial. A motivação é imprescindível para auferir abusos, desvios e, principalmente, em razão do ato de polícia afetar e limitar direitos. Evita-se, portanto, com a motivação a ocorrência de prejuízos desarrazoados para o administrado atingido pela medida restritiva dos seus direitos.²²⁷

Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 401-407.

²²³ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 101-104.

²²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, pp. 101-104.

²²⁵ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, p. 90.

²²⁶ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, pp. 90-92.

²²⁷ FREITAS, Juarez, *Discricionariedade Administrativa ...* 2007, pp. 92-93.

4. DIREITO FUNDAMENTAL A LIBERDADE DE EMPRESA

4.1. Breve aceção sobre o conceito de empresa

A percepção de empresa sob o ponto de vista jurídico aparece relacionada à concepção de pessoa coletiva que possui direitos e deveres fundamentais compatíveis com sua peculiaridade de constituição.

O direito ao encarar a empresa pode visualizá-la de diversas formas, o que reflete os diferentes ramos em que ela atua, bem como, as estruturas que a constituem. Portanto, a manifestação da empresa varia também de acordo com as grelhas do direito, adotando determinada noção para o direito fiscal, tornando-se diferente para o direito comercial e tomando distintas formas para o direito do trabalho, constitucional, administrativo, entre outros.²²⁸ Isso explica o conceito polissêmico do termo empresa, sendo impossível imputar-lhe apenas um significado, mas múltiplos.²²⁹ Ademais, a concepção da empresa, em sentido amplo, denuncia o caráter interdisciplinar que esse termo avoca para si, diante do estudo global da área que dela emana.²³⁰

Para GARCIA ALCORTA a empresa aparece como um fenômeno complexo, integrado por uma pluralidade de elementos ou componentes heterogêneos,²³¹ podendo ser observada como pessoa jurídica, como patrimônio separado, como universalidade ou organização.²³²

Sob o enfoque contratual, o mencionado autor retrata a empresa como um modo de organização de produção constituída por um complexo de relações contratuais entre os distintos sujeitos que nela intervêm, seja o empresário e os trabalhadores, mas também os clientes e os credores. O empresário assume o risco da empresa. Os demais participantes (trabalhadores, financiadores, acionistas, credores, fornecedores, Estado) são titulares das pretensões afixadas sobre os rendimentos dos ativos da empresa, cabendo ao empresário ser titular da pretensão residual da mesma.²³³

²²⁸ NAMORADO, Rui, *Direito das Empresas e dos Contratos ...* 2011, p. 23.

²²⁹ SERRA, Cristina, *Direito Comercial: Noções Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 17.

²³⁰ CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *Direito Comercial: Direito da Empresa*, 12ª Ed., Lisboa: EDIFORUM, 2011, p. 42.

²³¹ O meio empresarial possui uma paisagem diversificada em face da grande diversidade de atividades desenvolvidas, bem como a variedade dos setores produtivos. Vide: NAMORADO, Rui, *Direito das Empresas e dos Contratos ...* 2011, pp. 5-7.

²³² ALCORTA, José García, *La limitación de la libertad de empresa em la competencia*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008, pp. 22-23.

²³³ ALCORTA, José García, *La limitación de la libertad de empresa em la competencia ...* 2008, pp. 26-27.

Na visão econômica, a concepção de empresa é concebida como um conjunto de atividades produtivas concatenadas, ou organizadas (capital, trabalho), com o objetivo de exercer atividade econômica, ou seja, produzir bens e serviços à sociedade, tendo em vista o retorno econômico²³⁴ que eles lhe proporcionam.²³⁵

Embora, haja divergência doutrinária, a saber, se atividade empresarial engloba ou não, certas searas laborais ou de produção, adotaremos aqui o entendimento de empresa no sentido mais amplo, tendo em vista sua relação com o Estado. Dessa forma, optamos pela aceção de empresa como comerciais²³⁶, abrangendo aquelas que exerçam atividades mercantis, cujo significado compreende atividades industriais, transformadoras, agrícolas, prestação de serviços, produção de bens, seguros, agenciamento, entre outros.²³⁷

No âmbito jurídico, as empresas podem ser visualizadas por duas aceções: a) sentido subjetivo – que as retrata como sujeitos jurídicos que desempenham atividade econômica; e b) sentido objetivo – apresentando-se como instrumento, ou conjunto de estruturas produtivas e econômicas objetos de direitos e negócios,²³⁸ em outras palavras, a aceção objetiva da empresa retrata-a como aglomerado de elementos organizados pelo empresário com vistas a exercer atividade comercial, de circulação, produção de bens ou prestação de serviços, o que faz aproximar demasiadamente da percepção de *estabelecimento*, justificando seu constante uso, na doutrina e jurisprudência, como sinónimo.²³⁹ Todavia, vale destacar que a nomenclatura *empresa*, na maioria das vezes no âmbito do direito, vem acentuar o perfil subjetivo ou institucional, enquanto *estabelecimento* enfatiza o aspecto objetivo ou patrimonial.²⁴⁰

ANTÓNIO CORDEIRO estabelece para a empresa um conceito quadro, visando disponibilizar para o legislador e para as atividades jurídicas a possibilidade de referi-la sem maiores detalhes técnicos. Compôs, portanto, o conceito de empresa

²³⁴ O retorno econômico mostra que, em regra, as empresas pautam-se pelo princípio da maximização dos lucros. Vide: SERRA, Cristina, *Direito comercial: ...* 2009, pp. 18-19.

²³⁵ DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em relação ao Domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 77-78.

²³⁶ Sabemos que existem empresas não comerciais, mas que podem variar de acordo com o regime adotado pela legislação de cada nação. Para empresa não comerciais no ordenamento português vide: ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 2006, pp. 244-252.

²³⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da empresarialidade: as empresas no direito*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 25-28.

²³⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, ... 2006, p. 207.

²³⁹ CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *Direito Comercial: ...* 2009, pp. 44-51.

²⁴⁰ SERRA, Cristina, *Direito comercial: ...* 2009, p. 20.

fragmentado nos termos: a) empresa sujeito – aquelas a quem se destinam as normas comerciais. São eles: pessoas singulares, coletivas, etc; b) empresa objeto – equivale ao estabelecimento e sua respectiva gerência humana; c) Direito de empresas – constitui um marco de reunião e epítome (sinopse) entre as várias disciplinas jurídicas que rodeiam acerca desse termo, logo, um ponto de convergência entre as matérias jurídicas sobre a concepção de empresa; d) empresa como sublinguagem comunicativa e conceito geral-concreto – o vocábulo empresa, dependendo de quem evoca, ou consoante a seara ou contexto inserido, pode transparecer diferentes acepções, inclusive, irradiar mensagens subliminares expressando: capacidade produtiva (ideia de organização), realidade econômica (resgata a lembrança de que dentro da estrutura jurídica habita o conteúdo, a essência do seu significado) e ideologia de mercado (acentua a livre iniciativa, propriedade privada, contenção da intervenção estatal).²⁴¹

Saliente-se que embora exerçam atividade econômica, não importa que visem necessariamente o lucro e nem carece de uma organização de trabalho ou de outros fatores produtivos. Neste último, basta que a atividade seja realizada por uma só pessoa, como profissionais liberais, artistas etc.²⁴²

Partindo do sucinto entendimento explanado acima sobre a concepção de empresa, voltemos nossa atenção aos seus direitos, notadamente o direito fundamental à liberdade de empresa, cujo tópico seguinte demonstrará o processo de especificação, desenvolvimento e fortalecimento desse importante direito.

4.2. Especificação do direito à liberdade de empresa

Inicialmente, convém esclarecer que os direitos fundamentais, de um modo geral, possuem como característica, que lhe são peculiares, a multidimensionalidade, que representa a possibilidade de exercer o usufruto de apenas parte, ou dimensão do direito, sem impedi-lo de se favorecer das proporções restantes, porém o desfrute ocorrerá de acordo com que a situação fática exige.²⁴³

Em todo o mundo, a admissão do direito à liberdade de empresa não ocorreu de modo uniforme. Em muitas Constituições permanece a ausência total da expressão liberdade de empresa, o que não se traduz que a Nação correspondente não venha a

²⁴¹ CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 283-285.

²⁴² ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, ... 2006, pp. 209.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional* ... 2003, pp. 421-422.

preservá-la. Na verdade, este direito pode vir subjugado em outros como: o direito à propriedade privada (a garantia de existência da propriedade da empresa, base material da atividade empresarial), o direito à liberdade (incluindo-se como uma subespécie do mesmo), o direito à livre escolha da profissão (autonomia da vontade e liberdade de disposição) e o direito à livre iniciativa econômica.²⁴⁴

No ordenamento jurídico português, os direitos fundamentais das pessoas coletivas encontram-se inserto no art. 12, item 2 da CRP,²⁴⁵ que afirma serem estas titulares de direitos e sujeitas aos deveres conciliáveis com suas particularidades. A expressão liberdade de iniciativa econômica também está positivada no texto constitucional, mais precisamente, no art. 61, n. 1 com *status* de direito fundamental²⁴⁶ Mais a frente, no tocante a organização da economia, o legislador constituinte vem reforçar a constitucionalidade do direito no art. 80, ao versar sobre os direitos fundamentais na seara econômica, defendendo a liberdade de iniciativa e de organização empresarial.²⁴⁷

Na Espanha, o art. 38 da Constituição²⁴⁸ reconhece a liberdade da empresa inserida na economia de mercado e que o poder público deve assegurar e proteger o seu efetivo exercício, defendendo a produtividade de acordo com as exigências da economia. Assim, as empresas possuem poder de autodeterminação das faculdades que compõem a manifestação de liberdade.²⁴⁹

Ainda no continente europeu, no âmbito do direito comunitário, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 16, reconhece o direito à liberdade da empresa, positivando-o como um direito fundamental no ordenamento jurídico comunitário e expondo os limites de sua atuação.²⁵⁰

²⁴⁴ JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 77; Ao estudar a disposição do direito à liberdade de empresa na Constituição Alemã, vide: OSSENBUHL, Fritz, *Las libertades Del empresario ...* 1991, pp. 11-12.

²⁴⁵ Artigo 12.º Princípio da universalidade

2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

²⁴⁶ Artigo 61.º Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

²⁴⁷ Artigo 80.º Princípios fundamentais

A organização económico-social assenta nos seguintes princípios:

c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista

²⁴⁸ Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

²⁴⁹ ALCORTA, José García, *La limitación de la libertad ...* 2008, pp. 31-32.

²⁵⁰ Artigo 16º. Liberdade de empresa

É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Na América do Sul, o Brasil resguarda esse relevante direito nos arts. 1º inciso IV e 170 *caput* e parágrafo único, ambos da Constituição Federal Brasileira.²⁵¹ O primeiro aborda a livre iniciativa como um dos fundamentos que constituem a República Federativa do Brasil. O segundo, art. 170 *caput* consagra a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, sendo corroborado pelo seu parágrafo único ao garantir o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei.

Historicamente, a liberdade de empresa adveio, na forma mais genérica, como liberdade econômica, na época da transição para o Estado Liberal, período em que a burguesia lutava pelo fim da forte ingerência do Estado Absolutista, isto é, pela limitação do poder político e pela separação entre o Estado e a sociedade. Tal batalha erigiu as bases do novo Estado e na seara dos direitos fundamentais de base econômica representou a transmutação do direito fundamental em tela, que se deu a partir da luta pela liberdade individual que, conseqüentemente, reivindicou a liberdade de comércio e indústria e que, posteriormente, em processo de especificação originou o direito à liberdade de empresa.²⁵²

A busca pela liberdade econômica sucede aos princípios gêneros de liberdade e igualdade. O caminho traçado para a proteção da liberdade individual²⁵³ e o provimento da livre relação econômica entre os particulares serviu de base para a constituição do princípio do Estado de Direito, que foi evoluindo ao longo dos anos, no processo de construção e amadurecimento jurídico, constituindo o Estado Liberal de Direito.²⁵⁴

A mudança para o Estado Social de Direito acarretou mais transformações ao conjunto de princípios e valores políticos e jurídicos, pois o Estado Intervencionista Social trouxe consigo a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos coletivos, alterando o conteúdo das ideias clássicas do liberalismo

²⁵¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁵² JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes ...*, 2004, pp. 82-84.

²⁵³ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, p. 193.

²⁵⁴ JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes ...*, 2004, p. 84.

individualista, principalmente no tocante a economia.²⁵⁵ Essas alterações prosseguiram no surgimento do Estado Regulador, onde a interferência do governo na economia toma outro rumo, o da regulação da atividade de mercado, diminuindo o forte caráter intervencionista do modelo anterior, dando maior autonomia e espaço a performance de atuação do mercado.²⁵⁶

A redução da ingerência estatal pode ser atribuída também pela estrutura constitucional formada. Primeiro, pelo direito à liberdade de empresa entendida sobre a dupla dimensão subjetiva e objetiva. Segundo, pelo Estado de Direito, onde este deve assegurar e remover os obstáculos que dificultam ou impeçam a livre participação dos cidadãos na vida econômica. E, por último, pelo princípio da eficácia,²⁵⁷ interpretando-o sistematicamente com outros princípios, onde a referência a livre iniciativa econômica e a livre concorrência tornam manifesta a necessidade de atuação conjunta e eficiente entre Estado e sociedade, arrefecendo os conflitos de atuação.²⁵⁸

Na tentativa de delimitar o espaço jurídico do direito fundamental à liberdade de empresa, observou-se que a liberdade individual tutela a liberdade da empresa,²⁵⁹ mas o início e manutenção da atividade empresarial são estabelecidos, no contexto da economia, pelo mercado, demonstrando seu poder e autonomia, onde o direito atua à margem como garantia institucional. Reconhece-se, portanto, a liberalidade de criar e formar uma empresa, mas vai além, na possibilidade de determinar os objetivos de sua operação, o modo de gestão da mesma e a organização de sua atividade, tudo em atenção aos recursos e as condições da economia.²⁶⁰

²⁵⁵ JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes ...*, 2004, pp. 84-85.

²⁵⁶ JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes ...*, 2004, p. 198.

²⁵⁷ Associação entre o princípio da eficiência e eficácia, atrelada a ideia de economia é corriqueira, de modo que se torna usual que a realização do controle e estudo conjugado dos atos discricionários da Administração, chegando por vezes a se confundir com as dimensões do princípio da proporcionalidade, quando conexo a ideia de necessidade e adequação. Vide: TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *O princípio (fundamental) da eficiência*, “O princípio (fundamental) da eficiência, ... 2010, p. 521-522; LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações ...* 1995, pp. 127-137.

²⁵⁸ JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes ...*, 2004, pp. 198-199.

²⁵⁹ A ideia de liberdade da empresa tem origem no direito do cidadão, na liberdade da pessoa física, como direito individual. Vide: PEDRERO, Enrique Belda Pérez, *Aproximación a la libertad de empresa Del artículo 38 de la Constitución*, nº. 24, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia: Universitat de Valencia, 1998, pp. 120-121.

²⁶⁰ ALCORTA, José García, *La limitación de la libertad ...* 2008, pp. 45.

4.3. Direito fundamental à liberdade de empresa

Os direitos fundamentais, em amplo sentido, são multifuncionais, característica correspondente a qualidade multifacetada e plural do complexo ser humano, porém daremos destaque a uma de suas variadas funções: a de defesa perante os poderes públicos.²⁶¹

Essa função tem como objetivo principal a defesa do cidadão/particular diante da atuação do poder público, ou seja, impõe um dever de abstenção do Estado, respeitando os limites dos direitos individuais que envolvem a pessoa humana, ou lança mão de uma intervenção diferenciada, que vem regular, visando garantir o desenvolvimento de um ambiente equilibrado para a concretização dos direitos, necessário para a sua efetiva consumação. Essa função abrange os tradicionais direitos de liberdade e igualdade das primeiras declarações de direitos (*Bill of Rights*, 1776) como o direito à liberdade, à vida, à propriedade, a liberdade de circulação, a liberdade de expressão, etc.²⁶²

Contudo essa função, em regra, significa para o Estado uma liberdade negativa, enquanto que para o particular exprime liberdade positiva. É a dupla perspectiva dos direitos fundamentais no cumprimento de sua função de defesa dos cidadãos, cujo plano jurídico-objetivo determina que o legislador elabore normas de competência negativa para a atuação dos poderes públicos, onde passa a tolher a interferência do governo no campo jurídico do particular (pessoa física ou jurídica). Já no plano jurídico-subjetivo ocorre o contrário, pois há uma liberdade positiva que está voltada para o particular, onde este, constituinte de direitos, pode exercê-la e demandar do Estado a sua inércia em termos de atuação interventiva.²⁶³

Interessante destacar como essa específica função de defesa ou liberdade dos direitos fundamentais remonta às origens da doutrina liberal. Naquela época, como já explicitamos nos tópicos iniciais do presente trabalho, o maior interesse do particular era a liberdade de atuação, período em que a burguesia procurava se firmar na sociedade. Não havia de fato a defesa dos direitos, pois estes ainda estavam na

²⁶¹ URBANO, Maria Benedita, “Globalização: os direitos fundamentais sob stress” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. IV, *Studia Iuridica* 101, *Ad Honorem* – 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1028-1035.

²⁶² URBANO, Maria Benedita, “Globalização: os direitos fundamentais ... 2009, pp. 1029-1033.

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição ...* 2003, pp. 407-408.

concepção inicial de compreensão e delimitação do próprio significado, quanto mais esperar a sua defesa. Por conta disso que houve a ênfase na diminuição da ingerência estatal em face da sociedade.

Outra relevante função que emana dos direitos fundamentais e que convém abordamos na presente análise é a função de prestação social. Os direitos prestacionais constituem prerrogativas dos cidadãos de adquirir do Estado determinados serviços sociais como a educação, saúde e segurança social. Muitos desses serviços, na atualidade, podem ser obtidos na iniciativa privada, em virtude da preocupação de diminuição da dimensão estatal. Todavia, alguns perduram no poder público devido a nem todos os cidadãos possuírem a capacidade econômica de pagar por eles, obrigando o Estado, por meio de políticas sociais ativas, prover por eles. Ademais, alguns desses serviços não exprimem o lucro pretendido pelo mercado, o que diminuem sua oferta e acarretam, conseqüentemente, lesão ao princípio da universalidade dos serviços públicos.²⁶⁴

CANOTILHO põe em evidência ainda duas funções dos direitos fundamentais, quais sejam: a função de proteção perante terceiros e a função de não discriminação. Concentrando-nos na primeira funcionalidade, observemos que ela é a que melhor se adéqua ao Estado Regulador frente às relações econômicas, não apenas entre privados, mas entre o poder público e o particular, uma vez que é dever do Estado efetivar normas reguladoras das relações jurídico-econômicas pautadas pelos direitos fundamentais (livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência).²⁶⁵

Cabe ao Estado regradar a atuação dos agentes econômico-financeiros com o intuito de criar um ambiente profícuo para o desenvolvimento hígido do mercado, ao fazer frutificar a liberdade econômica. Relevante abordarmos que o estabelecimento desta atmosfera proveitosa depende, também, do poder coativo estatal, quando necessário, que se concretiza com as sanções administrativas aplicadas às empresas.

Para MIGUEL CORREIA a concepção de *liberdade econômica* advém da ideia de Constituição Econômica que, no sentido amplo, abrange um conjunto de normas e princípios acerca da organização, regulamentação e disposição das atividades de mercado. Assim, a liberdade econômica compreendida como liberdade de atuação na economia de mercado se desenrola em algumas concessões jurídicas, dentre as quais

²⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ... 2003, pp. 408-409.

²⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ... 2003, p. 409.

expomos: a) liberdade de contratar ou negocial²⁶⁶ – envolve a livre celebração de contratos e a possibilidade de moldá-los de acordo com suas necessidades, seleção ou opção do contratante, (fornecedores e clientes de suas mercadorias), a fixação dos valores para os produtos e serviços, a contratação de trabalhadores, entre outras funções negociais, as quais, deverão manter-se sempre pautadas pela boa-fé; b) liberdade de iniciativa econômica²⁶⁷ – compreende a faculdade de criar e gerir as empresas ao livre alvedrio, desde que não fraudulenta; c) liberdade de concorrência – concebe a livre e salutar competição entre as empresas por novos mercados consumidores.^{268 269} Convém observarmos e clarearmos que os direitos e liberdades concedidos serão sempre limitados e regulados, de modo a não prejudicar a sociedade como um todo, em face do benefício individual.

Especificando para a liberdade de empresa concedida pelo Estado, segundo ENRIQUE PEDRERO, esta se desenvolve em duas etapas: a) Permite-se, inicialmente, a livre iniciativa econômica de atividades lícitas, em outras palavras, consente-se o ingresso na seara econômica e garante-se o efetivo exercício da empresa e sua independente condução no meio econômico (abre-se a possibilidade de criação e de gestão); b) Posteriormente, acata-se a circulação ou livre trânsito da empresa no território nacional.²⁷⁰

Portanto, dentro do direito de liberdade de empresa encontra-se o direito de criar a empresa, entretanto, será lícita a restrição desse direito pelo legislador em determinados setores bases para o Estado e para a economia, como a segurança nacional e os meios de comunicação. Com a regulamentação, abre-se a possibilidade de impor condições mínimas de qualidade, na confecção dos produtos em geral ou na prestação de serviços, sempre em prol do interesse coletivo (visa à proteção dos trabalhadores,

²⁶⁶ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: a ordem económica portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 166.

²⁶⁷ A expressão liberdade de iniciativa econômica está aqui utilizada no sentido estrito, uma vez que esta na visão geral abrange a própria liberdade de empresa. Alguns autores utilizam as duas expressões como sinônimas, isso acontece devido ao conceito polissêmico de empresa. Vide: CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial ...* 2009, pp. 283-285; VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, pp. 164-171.

²⁶⁸ CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *Direito comercial: ...* 2011, pp. 37-38.

²⁶⁹ Vale evidenciar que são várias as espécies de liberdades apontadas pelos autores. Alguns deles enumeram um maior número, outros são mais concisos. Há diferentes nomenclaturas avocadas, porém, não podemos eleger uma doutrina como a mais correta, pois todas são convergentes acerca da existência da liberdade de empresa.

²⁷⁰ PEDRERO, Enrique Belda Pérez, *Aproximación a la libertad de empresa ...* 1998, p. 120.

consumidores ou utentes), de modo que não venha a vedar, ou proibir a atuação empresarial nos demais setores como transportes, construção civil, entre outros.²⁷¹

A liberdade de empresa, como qualquer outro direito fundamental, requer a delimitação e proteção do *núcleo essencial*, o qual deve permanecer a salvo da ingerência do governo. Contudo, a demarcação da referida área oscila devido ao caráter interventivo do poder público que, por vezes, atua de modo político.²⁷² Por outro lado, a essência da liberdade de empresa é um conceito jurídico indeterminado, cuja aferição será obtida, tendo em conta os fatores circunstanciais, a valoração, os critérios doutrinários e a fiscalização do Poder Judiciário na constitucionalidade das leis, notadamente, a Corte Constitucional.²⁷³

A liberdade de empresa é um direito subjetivo, assegura ANTÓNIO VAZ, e não simplesmente um princípio institucional da economia de mercado, ou melhor, um direito subjetivo constitucional e exequível, portanto, haverá a preservação do conteúdo essencial desse direito em face das restrições vindouras pelo Estado, quando estas forem necessárias, proporcionais, adequadas e indispensáveis a conservação de outro direito constitucional. Logo, a imolação infligida ao direito seria constitucionalmente legítima se e na proporção em que permite a manutenção de outro direito ou valor constitucional, devendo ser realizado do modo menos oneroso/prejudicial possível ao direito reprimido.²⁷⁴

O núcleo essencial de um direito corresponde às faculdades típicas que o integram, ou seja, abrange as dimensões de valores que o Texto Constitucional visa proteger em primeira mão e que vem caracterizar, descrever e justificar, embasando a existência autônoma do direito fundamental. Já as “camadas envolventes” do direito agregam outros valores que também devem ser garantidos, todavia por serem menos relevantes à proteção constitucional, podem ser relativizadas perante outros.²⁷⁵

Para que o núcleo essencial da liberdade de empresa perdure e resista aos limites impostos, deverá ser assegurada ao empresário a liberdade de entrada,

²⁷¹ MACHADO, Santiago Muñoz, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación*, in *Fundamentos e Instituciones de la Regulación I*, Madrid: Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009, p. 56.

²⁷² PEDRERO, Enrique Belda Pérez, *Aproximación a la libertad de empresa ...* 1998, p. 120. Para Michael Clarke toda a regulação é política: “... all regulation is politics, and the regulator who fails to recognise this is very likely to suffer.” Vide: CLARKE, Michael, *Regulation: the social control of ...* 2000, p. 111.

²⁷³ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, p. 167.

²⁷⁴ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, p. 168-169.

²⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais ...*, pp. 165-167.

permanência e saída do setor econômico, de acordo com seu livre arbítrio, mas obedecendo as limitações e obrigações conferidas no desempenho da atividade desenvolvida.²⁷⁶

Para tanto, o núcleo essencial do direito à liberdade de empresa não deve ser considerado abstrato, mas *elástico*, projetando maior ou menor dilatação/contração, de acordo com o caso concreto. Destarte, o conteúdo essencial da liberdade inicia onde termina a legitimidade da limitação demandada.²⁷⁷

Assegurar a liberdade de empresa no ordenamento jurídico de determinada Nação significa observar o desenvolvimento econômico daquele país, na medida em que reside dentro do direito à liberdade de empresa a sua livre organização, constituição e gestão, capacidades empresariais que são de suma importância para se alcançar o êxito na formação e desenvolvimento a que pretendia.²⁷⁸

Ademais, o crescimento das empresas de um determinado país, sob a ótica da função social e ao olhar da macroeconomia do Estado, é perceptível por intermédio de diversos fatores como: melhoria da qualidade de vida da população, aumento quantitativo de empregos diretos e indiretos, mais investimentos nos setores produtivos e de serviços, desenvolvimento de tecnologia de ponta, pesquisas por novas fontes de energia, maior estabilidade econômica da Nação, entre outros.

Disserto que elementos negativos também podem ser elencados e apurados no desenvolvimento econômico como: a ocorrência da degradação ambiental, a exploração de trabalhadores, a conduta fraudulenta na gestão empresarial, o abuso do poder econômico, criação de monopólios, capital especulativo, etc.

E a partir desses resultados contraproducentes da atividade econômica observa-se a preeminente necessidade de intervenção estatal, por meio da adoção de um programa de política econômica eficaz, atrelado à regulamentação jurídica adequada e a atuação de órgãos de fiscalização e controle impedindo ou diminuindo a geração de efeitos prejudiciais ao desenvolvimento do mercado.

²⁷⁶ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, p. 169.

²⁷⁷ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, p. 170.

²⁷⁸ OSSENBÜHL, Fritz, *Las libertades Del empresario ...* 1991, p. 26.

4.4. Limitação à liberdade de empresa

Na realidade a intervenção unidimensional do Estado se projeta na relação poligonal entre o Estado, o comerciante, o empregado e o consumidor. Cada um possui seus interesses peculiares e querem exercer e proteger o seu direito.²⁷⁹

As leis que regulamentam os mercados, sua conduta e atuação, a promoção da abertura da economia, a proibição da concorrência desleal, a proteção às pequenas e médias empresas, entre outros mecanismos de regulação,²⁸⁰ possuem efeitos variados nos diferentes setores da economia. Assim, cabe ao Estado, sobre o pretexto de salvaguardar o interesse geral, não somente limitar a liberdade econômica, mas protegê-la das próprias regras de mercado, de modo a não deixar prevalecer à atuação do capitalismo no seu estilo mais selvagem, ou liberal clássico,²⁸¹ no seio social.²⁸²

Não permitir o exercício permanente e contínuo de condutas inadequadas e, caso ocorram, realizar a devida responsabilização dos agentes econômicos são competências inerentes das atividades do governo que, conseqüentemente, evitam o regresso indesejável aos tempos do liberalismo clássico²⁸³ ao preservar, simultaneamente, a efetivação dos direitos fundamentais, na prática do uso ponderado das liberdades.²⁸⁴

²⁷⁹ OSSENBÜHL, Fritz, *Las libertades Del empresario ...* 1991, pp. 16-17.

²⁸⁰ No campo fiscal, pode o Estado, no quadro dos seus poderes de intervenção econômica e social, empregar a função extrafiscal dos impostos para penalizar, beneficiar e estimular determinadas condutas sociais e econômicas, ao mesmo tempo em que garante o eficiente funcionamento dos mercados, e equilíbrio na concorrência. É a concretização do princípio da neutralidade fiscal. Mais vide: NABAIS, José Casalta, “A liberdade de gestão fiscal das empresas” in *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDI*, ano 1, n. 1, jan/fev 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 67-69.

²⁸¹ No início do capitalismo, os empregados eram submetidos a exaustivas horas de trabalho. Não havia limites de idade mínima, seguridade social, cuidados com higiene, férias, saúde no ambiente profissional, entre outros direitos não assegurados à classe trabalhadora. Quanto aos bens produzidos, não existiam padrões de qualidade estabelecidos pelo Estado a serem seguidos pelas indústrias e os preços oscilavam livremente pela lei da oferta e procura. A concorrência entre as empresas era livre não havendo nenhum grau de regulamentação, ocorrendo, por vezes, a competição desleal entre privados.

²⁸² OSSENBÜHL, Fritz, *Las libertades Del empresario ...* 1991, pp. 16-17.

²⁸³ Como a teoria de Hebert Spencer (filósofo e representante do positivismo no século XIX) que considerava a sociedade como um organismo social, onde o processo de seleção deveria seguir a linha da evolução do darwinismo. Assim, o Estado não deve interferir no meio social, pois dessa forma, somente os mais aptos serão capazes de sobreviver, extinguindo-se os pobres e debilitados no processo de luta pela sobrevivência. Vide: CATARINO, João Ricardo, *O Liberalismo em Questão ...* 2009, p. 34-36. Todavia, diante da globalização dos mercados e do desenvolvimento científico-tecnológico parecemos retornar à desumanização e a instituição do mundo darwiniano. Vide: MARQUES, Jorge Reis, “A Dignidade Humana como prius axiomático” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. IV, *Studia Iuridica* 101, *Ad Honorem* – 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 546.

²⁸⁴ OSSENBÜHL, Fritz, *Las libertades Del empresario ...* 1991, p. 17.

O Poder Público protege o direito à liberdade, ao redistribuí-lo/restringi-lo de forma equânime (justiça distributiva), pois na medida em que aumenta o número de pessoas que convivem e trabalham em determinado espaço, a liberdade individual também se vê limitada com o fim de não prejudicar a liberdade alheia. São situações complicadas, mas que devem ser reguladas com a finalidade de ser atendido o bem coletivo, fazendo com que este venha a prevalecer, ou estabelecer-se em relação de equilíbrio frente ao interesse geral e a liberdade individual.²⁸⁵

A intervenção ocorre quando o Estado é chamado a exercer influência no processo econômico com o escopo de incentivar, ou corrigir, o seu andamento; quando age segundo seus próprios critérios atendendo aos objetivos político-econômicos e político-sociais; quando se insere no desenvolvimento do mercado, investindo, produzindo e transformando-se em agente econômico.²⁸⁶

O intervencionismo econômico do Estado reproduz a predominância do político, inserta na formação social contemporânea, e reflete, ainda que timidamente, a dimensão econômica existente dentro das competências estatais.²⁸⁷ A extensão econômica nas funções do Estado já fora demasiadamente hipertrofiada nos tempos de vigência do Estado Social, subsistindo, atualmente, de modo bem mais comedido nas estruturas estatais.

A restrição da liberdade de empresa justifica-se, portanto, pela existência de outros direitos e na necessária proteção dos demais valores que circundam a sociedade.²⁸⁸ O poder de cerceamento da liberdade é excepcional, pois somente será restringido com base em outro direito ou valor constitucional. Não havendo direito diverso tornar-se-á ilegítimo o cerceamento apontado, por violar o núcleo essencial do preceito constitucional que assegura a liberdade de empresa.²⁸⁹ Entendimento este, corroborado por uma tríade de autores (ANTÓNIO SANTOS; MARIA GONÇALVES E MARIA MARQUES) ao prelecionar que as restrições aos direitos fundamentais possuem natureza de exceção ou de mero condicionamento da forma como o direito dever ser desempenhado.²⁹⁰

²⁸⁵ OSSENBÜHL, Fritz, *Las libertades Del empresario ...* 1991, p. 17.

²⁸⁶ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo ...* 1987, p. 142-143.

²⁸⁷ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo ...* 1987, p. 142-143.

²⁸⁸ MACHADO, Santiago Muñoz, *Fundamentos e instrumentos jurídicos ...* 2009, p. 56.

²⁸⁹ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, p. 169-170.

²⁹⁰ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 2011, pp. 47-50.

As limitações decorrentes da lei ponderam a liberdade de empresa com o interesse geral, traduzindo-se na interferência realizada pelo Estado, isto é, sua regulamentação e sua atuação de polícia econômica-social-fiscal. De outro modo, observa-se, também, a persecução de alcançar os objetivos pretendidos nas diferentes políticas de governo, como a distribuição equânime de riquezas, o incremento econômico-tecnológico e o incentivo ao desenvolvimento sustentável.²⁹¹

No âmbito supranacional, vigora, sob a égide do direito comunitário, o princípio da limitação à livre restrição positivado no art. 52º/1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ²⁹² no qual determina que as restrições aos direitos e liberdades, quaisquer que sejam elas, devem ser prognosticadas por lei, ao mesmo tempo em que obriga a levar em consideração o conteúdo essencial dos direitos e liberdades.²⁹³ Determinado princípio, além de explicitar a possibilidade de ingerência do Estado nos direitos e liberdades fundamentais em geral, restringe esse poder a certos limites, tendo em vista não prejudicar em demasia a liberdade em regulação.

Para JORGE MIRANDA, a limitação à livre restrição passa pela compreensão de que os direitos, liberdades e garantias aludem tanto às formas de efetivação e proteção das pessoas, como padrões objetivos da ordem jurídica, onde devem ser envolvidos aos valores, princípios e interesses conexos, sem os quais não se permitem subsistir isoladamente. Para tanto, as restrições surgem como diminutivos da essência e conteúdo desses direitos, bem como da redução da esfera de defesa dos mesmos.²⁹⁴

Por outro lado, à medida que se restringe determinados direitos, de modo inversamente proporcional outros são postos à salvaguarda, trazendo-os novamente à tona e ao proporcionar o retorno, ocorre o aumento do seu exercício e a produção dos seus efeitos. Consequências, até então esperadas pelo Estado ao reprimir os primeiros. Como exemplo, as restrições à iniciativa econômica privada em face do interesse coletivo.²⁹⁵

²⁹¹ VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: ...* 1998, p. 171.

²⁹² Artigo 52.º *Âmbito dos direitos garantidos*

1. *Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.*

²⁹³ TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais ...* 2011, pp. 25-26.

²⁹⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV ...* 2008, pp. 366-367.

²⁹⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV ...* 2008, pp. 367-368.

A limitação à liberdade de empresa, no sentido amplo, deve ser entendida como limitação ao princípio do Estado de Direito, entendendo-se este como um dos vetores que configuram o complexo cenário da fórmula Estado de Direito Democrático.²⁹⁶ A limitação do direito à liberdade de empresa aparece, assim como uma decisão do poder constituído, no sentido de adotar um equilíbrio específico entre as diversas forças que integram o abstruso Estado Democrático de Direito, de modo que deverá justificar igualmente um dos elementos desse princípio dos princípios. Em diferentes termos, que conflitos entre a liberdade de empresa e outros princípios constitucionais podem surgir internamente.²⁹⁷

A redução à liberdade de empresa, que engloba a concepção de pessoa física ou jurídica (singular ou coletiva), na condição de estrangeiro, demonstra, por exemplo, vários valores impeditivos a essa peculiar condição, como o maior cuidado com a defesa da economia nacional, os interesses dos trabalhadores, a independência e a segurança nacional (ao impedir a atuação da empresa em determinados setores considerados especiais para o Estado), dentre outros.²⁹⁸

Todavia, a mesma demonstração de força estatal na restrição da liberdade das empresas vem, curiosamente, revelar, também, a fragmentação ou a horizontalização do poder, na medida em que se mostra crescente, diante do quadro de economia global, a influência das empresas multinacionais.²⁹⁹ Assim, o Estado, por meio da regulação, passa a defender não apenas a sociedade, mas inclui-se no pólo passivo de sua própria ação, ao se proteger do poderio empresarial.

O crescimento vertiginoso das empresas diante dos Estados resulta de concentrações, fusões entre empresas, bem como de sua liberdade de escolha quanto à opção entre o leque de países e suas respectivas leis fiscais e de mercado, para se

²⁹⁶ As expressões Estado de Direito Democrático, consoante nomenclatura utilizada pela Constituição Portuguesa, e Estado Democrático de Direito, conforme Constituição Brasileira, possuem como essência o princípio do Estado de Direito, cuja força jurídico-constitucional é emanada, ou dispersa, por meio de um complexo de princípios e regras disseminados no texto constitucional. A percepção nuclear do Estado de Direito é a rendição do poder (político) aos princípios e regras jurídicas, assegurando aos particulares o usufruto da liberdade, igualdade, regido pelo domínio da lei e da segurança. Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição ...* 2003, pp. 230-231; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada, ...* 2007, pp. 204-205.

²⁹⁷ JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes ...*, 2004, pp. 87-88.

²⁹⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Limites Constitucionais à iniciativa económica privada*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. António Manuel Ferrer Correia, vol. III, 1991, p. 415.

²⁹⁹ BENTO, Vítor, *Os Estados Nacionais e a Economia Global*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 132-133.

submeter quando resolver estabelecer suas instalações produtivas.³⁰⁰ A seleção dos países advém da diversidade de leis elaboradas pelos mesmos, elegendo a empresa aquela gama legislativa, somado ao acordo político de governo, mais vantajosa, em termos lucrativos.

Retrocedendo ao Estado Liberal e sua peculiar característica não interventiva na economia de mercado, pode-se depreender que mencionada modalidade de Estado não era contrária a função social da empresa e sua liberdade de atuação, por compreender que ela se concretizava na livre atuação dos agentes econômicos, ao crer, no final, na efetivação dos benefícios estendidos a toda sociedade. Todavia, o decorrer do tempo demonstrou que a liberdade exercida de forma irrestrita entre os entes de mercado não trouxe os acréscimos esperados, razão pela qual o Estado Social fez uma releitura do exercício da liberdade de empresa.³⁰¹ Reanálise esta que também está sendo realizada no atual modelo de gestão do Estado Regulador.

Segundo FRANÇOIS PERROUX a recepção do princípio da livre economia (ou princípio do mercado e empresa) não elimina toda e qualquer intervenção, pois para doutrina da *intervenção dos conformes*, as interferências estatais são corretoras e não destruidoras do progresso econômico, desde que adotem a lógica de ingerência conforme a economia da empresa e do mercado, também denominada de *intervenção liberal*.³⁰²

Nesse tipo de intervenção estatal, as “regras do jogo” são determinadas pelo Estado que objetiva restabelecer as condições de concorrência praticável, favorecendo o dinamismo empresarial (regulação). Não rompe, portanto, as molas propulsoras do mercado, mas as resguarda/protege e as torna mais forte ao aprimorar a distribuição, sem levar prejuízo à produtividade.³⁰³

Por outro lado, a proibição total de setores da economia pressupõe o exercício do monopólio decretado pelo Estado, já demonstrado anteriormente no auge do Estado Social, razão pela qual deve haver um equilíbrio entre a justiça (regulação estatal pelo direito) e a liberdade. A liberdade de empresa passa pela autonomia privada, que se apresenta como garantia da livre iniciativa, contudo, faz-se necessário tutelar a

³⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 74.

³⁰¹ BRAMBILA, Silvio, “O sistema do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e as limitações impostas à liberdade de contratar” in *Revista de Direito Empresarial*, n. 1, jan/jun. 2004, Curitiba: Juruá, 2006, pp. 92-93.

³⁰² PERROUX, François, *O Capitalismo*, tradução: Gerson Sousa, Amadora: Bertrand, 1977, p. 161.

³⁰³ PERROUX, François, *O Capitalismo*, ... 1977, p. 161.

confiança entre as partes interessadas (Estado, empresas e sociedade), de modo a agraciá-lhe com estabilidade e segurança jurídica nas relações.³⁰⁴

As restrições aos direitos fundamentais possuem natureza de exceções, ou de meras condições, ao modo como o direito pode agir, interferindo no seu campo de atuação, regulando as condutas do titular do direito e impedindo os possíveis impactos negativos, quando não, diminuindo as consequências nefastas ao exercê-lo.³⁰⁵ Já a intervenção do Estado na Economia, além de englobar as limitações aos direitos fundamentais, deve respeitá-los para que se torne legítima e constitucional.

Para VITAL MOREIRA, o exercício da intervenção econômica estatal necessita de legitimação, devendo-se conservar envolvido por critérios que lhe concedam a legitimidade. Inicialmente, utilizava-se o princípio da subsidiariedade em que a ingerência do Estado na liberdade econômica encontrava-se legitimada quando as exigências imperativas do bem comum não poderiam ser preenchidas por meio da auto-regulação pelo mercado.³⁰⁶

Entretanto, vários são os fatores que fizeram desaparecer as condições de subsidiariedade como: a atuação do Estado no campo econômico não ser uma exceção; o poder exercido pelas corporações e grupos sociais nas liberdades individuais³⁰⁷ e, principalmente, pelo fato do Estado encontrar-se, por vezes também, no pólo passivo de suas próprias demandas, frente à progressiva força dos grupos econômicos internacionais.

Embora geral, o critério que melhor absorve a legitimidade da atuação do Estado encontra-se vinculado ao princípio do Estado de Direito, cuja essência está no condicionamento do poder político aos princípios e regras dispostos no ordenamento jurídico.

Nesse meio, as intervenções assumem várias modalidades, dentre elas, a possibilidade de intervenção econômica pela atuação de tribunais administrativos ou econômicos (por exemplo, a violação do direito de concorrência, quando exercido com abuso do poder econômico – monopólio privado), agências reguladoras, bem como órgãos de fiscalização e controle, como é o caso da Controladoria-Geral da União (cuja

³⁰⁴ O artigo de referência bibliográfica aborda como temática central as limitações à liberdade de contratar, todavia, as razões expostas são aqui utilizadas voltadas para aquilo que é possível, cabível, quanto à limitação da liberdade de empresa. Vide: BRAMBILA, Silvio, “O sistema do novo Código Civil ... 2006, pp. 92-93.

³⁰⁵ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico ... 2011*, pp. 47-50.

³⁰⁶ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo ... 1987*, p. 152-157.

³⁰⁷ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo ... 1987*, p. 152-157.

competência será melhor explicitada posteriormente). Demonstra-se, portanto, que a limitação da economia não se restringe à esfera da regulação econômica efetuada pela Administração Pública, nem mesmo apenas pela intervenção normativa, mas somando todas com a imposição de sanções e forças coercitivas do Estado, quando cabíveis,³⁰⁸ também denominados de *procedimentos de intervenção administrativa socializantes*.³⁰⁹

VITAL MOREIRA ao discorrer sobre as formas de intervenção enfatiza as dificuldades de sistematizá-las em razão da sua multiplicidade, uma vez que estas dependem do modo e dos instrumentos de atuação. Mas admite que algumas ações administrativas possam ser levadas a cabo sob o condão de atos de administração de império, isto é, quando exigem o exercício da coação por parte do Estado em face dos particulares.³¹⁰

A possibilidade do Estado exercer uma conduta mais dura com as empresas está bem representada na *pirâmide sancionatória* de IAN AYRES e JOHN BRAITHWAITE.³¹¹ Nela, quanto mais próximo do topo, mais fortes (cogentes) são as atuações do Estado, porém, assim como o topo da pirâmide é menor, pequena também será a probabilidade de intervir de modo mais cogente na restrição da liberdade das empresas, momento em que se efetivará somente quando estas cometerem irregularidades passíveis de serem punidas pelo poder estatal. Em síntese, a intervenção econômica exercida pelo Poder Público abrange a possibilidade de sancionar/aplicar penalidade às empresas, desde que estas cometam algum ilícito administrativo ou penal.

4.5. Modos de Intervenção Econômica do Estado

As relações ativas do Estado com a economia são denominadas como *intervenção econômica do Estado*, onde se veicula uma integração entre os sistemas jurídico e econômico, ocorrendo a adequação das forças do mercado aos direitos, garantias e liberdades fundamentais, ou seja, é a efetivação do fenômeno da regulação.³¹²

³⁰⁸ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa*: ... 1993, p. 224

³⁰⁹ CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados* ... 2010, p. 241.

³¹⁰ MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo* ... 1987, p. 145-146.

³¹¹ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, *Regulation: the social control of* ... 2000, p. 110.

³¹² FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa*: ... 1993, p. 217.

Mas o que vem a ser a regulação? Este instituto implica na formulação de compromissos sociais associados aos anseios do mercado, na medida em que se procura o equilíbrio de forças (quase antagônicas) permitindo a efetivação da eficiência e a equidade do sistema econômico.³¹³ Para PEDRO GONÇALVES a regulação efetuada pelo Poder Público consiste na incumbência estatal de interferir na economia de mercado a ser realizada por meio do estabelecimento de normas jurídicas condicionantes às atividades econômicas e sua respectiva implementação, através de medidas administrativas concretas, como a criação de sistema de regulação, com instituições reguladoras, investidas na capacidade de fiscalização, supervisão e aplicação de sanções.³¹⁴

VITAL MOREIRA conceitua a expressão *regulação econômica* como a estipulação de normas reguladoras voltadas para a atividade econômica com a finalidade de assegurar o desenvolvimento da economia de mercado, conforme os interesses públicos. Habitualmente a definição de regulação advém coligada à ideia de intervenção do Estado na economia privada, entretanto, a regulação não se restringe apenas na regulação pública da economia de mercados, mas a regulação pública das empresas públicas e a regulação privada das empresas privadas.³¹⁵

A depender do sistema regulatório adotado pelo Estado, as entidades reguladoras poderão fazer parte da estrutura da Administração Pública; como também poderão ser independentes (sistema norte americano e britânico), ao enaltecere valores como a despolitização e a despartidarização da função reguladora.³¹⁶

Por outro lado, a localização, como integrante da Administração, oferece proteção ao particular no momento em que limita os poderes e funções dessas instituições reguladoras, por estarem submetidas ao crivo da missão de prossecução dos interesses públicos, protegendo os direitos dos cidadãos e o funcionamento equilibrado do mercado.³¹⁷

Como sabemos, o mercado no regime capitalista, sem qualquer regulação de ânimos, tende a caminhar para a concentração do capital nas mãos de uma pequena parcela da sociedade, dessa maneira o desequilíbrio entre o meio social e o econômico

³¹³ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa*: ... 1993, p. 217.

³¹⁴ GONÇALVES, Pedro, "Direito Administrativo da Regulação ... 2006, pp. 544-545.

³¹⁵ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 34-39.

³¹⁶ MOREIRA, Vital, "Serviço Público e Concorrência ... 2001, pp. 229-230; MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional* ... 1997, pp. 49-50.

³¹⁷ GONÇALVES, Pedro, "Direito Administrativo da Regulação ... 2006, pp. 546-547.

será uma mera questão de tempo. Tal situação retrata a ideia de economia primária, onde os agentes econômicos buscam, unicamente, a vantagem que possa advir na atuação em determinado mercado, ou investimento de risco, sempre com o escopo de alcançar o máximo de benefício possível, independentemente, que se sobrevenha a isso a ampliação do poder econômico de poucos em detrimento, ou supressão da maioria.³¹⁸

A titularidade daquele que detém o poder econômico sugere o cerceamento de possibilidades de atuação de terceiros, por restringir a liberdade alheia e por não depender de aceitação dos mesmos, pois ele se impõe e se mantém em face dos demais, incluindo nesse rol o próprio Estado. Advém da natureza espontânea e da capacidade natural dos próprios sujeitos econômicos ao exercer sua conduta nos mercados, por meio da execução de sua vontade e influência. Essa relação ocorre entre os próprios agentes econômicos (empresários) que “lutam” entre si para permanecer no mercado, acarretando consequências aos consumidores, devido a situação se externar no mercado.³¹⁹

A necessidade de estipular normas reguladoras para balizar as forças econômicas e deixá-las em harmonia com as aspirações sociais é uma obrigação para o Poder Público, na medida em que este possui como uma de suas primordiais funções a preservação da ordem social.

O Estado Regulador possibilita e determina critérios normativos positivos, com efeitos estimulantes à economia, ou negativos, coibindo as atividades de mercado, com o atributo de agente externo às forças que ali operam. Nessa peculiar função estatal, os instrumentos utilizados variam em termos de natureza político-legal e em termos circunstanciais, como a firmação de contratos.³²⁰

A diminuição do peso do Estado e a liberalização de vários setores à iniciativa privada, não representa o exaurimento do papel estatal, mas a reformulação de suas funções, ao assumir competências essencialmente de regulação. Os processos de privatização e liberalização de novos mercados, antes exercidos por monopólios

³¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas”, in *Temas de Direito Regulatório*, GUERRA, Sérgio (Coordenador), Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 167.

³¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, pp. 168-170.

³²⁰ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico ... 2011*, p. 65.

estatais, refizeram as estruturas do Estado, modificando, portanto, de modo substancial as funções do mesmo.³²¹

Outro relevante enfoque realizado pelo exercício da regulação pública no funcionamento do mercado é a especial atenção dada aos riscos de eventuais acontecimentos decorrentes do exercício de determinadas atividades, bem como as consequências que delas emanam para a sociedade e o ambiente.³²² A crescente complexidade das relações sociais proporcionou ao mesmo tempo o aumento do fator de risco, tornando-o generalizado em diversos setores da sociedade contemporânea, como: segurança, saúde, mercados financeiros, entre outros.

O novo paradigma de atuação do Estado, baseado no poder de regulação, supervisão e fiscalização das instituições privadas, advindo de correntes neoliberais, fomentou maior intensidade na configuração da silhueta jurídico-privada delineada na organização e desempenho da administração.³²³

Adotando a classificação de VITAL MOREIRA, o processo de regulação desdobra-se em três fases, a saber: a) determinação da matéria na legislação por meio de leis, regulamentos, códigos, etc; b) fazer o uso efetivo da legislação reguladora, com autorizações, permissões, concessões, licenças, entre outros; c) fiscalização da implementação das normas reguladoras e verificação das condutas segundo as condicionantes determinadas e a aplicação das penalidades administrativas, quando os particulares incidirem nas infrações.³²⁴

Assim, a intervenção econômica do Estado³²⁵ pode ser elucidada como toda conduta do Estado eivada pela finalidade de alterar efetivamente o comportamento de agentes da atividade econômica. Sua amplitude de atuação não está limitada a estipulação de dispositivos normativos que orientam, enquadram e condicionam o

³²¹ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico ...* 2011, p. 67.

³²² SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico ...* 2011, p. 67.

³²³ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico ...* 2011, p. 68.

³²⁴ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, p. 34.

³²⁵ PAULO OTERO preleciona que o Estado possui a competência funcional de produzir normas jurídicas reguladoras ou conformadoras da atuação e desempenho da atividade econômica. Mais vide: OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 38-40

avanço das atividades econômicas, mas o sentido teleológico que demarca a função de intervenção estatal.³²⁶

As modalidades de intervenção variam de acordo com os critérios adotados. A próxima classificação que abordaremos será: a) intervenção direta e a indireta. Na indireta, são estudados os meios pelos quais o Estado se utiliza para interferir nas condutas dos sujeitos econômicos. Ao passo que na direta o próprio Estado atua na economia através do desenvolvimento da atividade econômica.³²⁷

Interessante explicar que a atuação econômica do Estado também pode ser classificada, simultaneamente, como intervenção direta e indireta, pois depende da finalidade da sua atuação. Vejamos como exemplo a produção ou consumação do Estado de determinado produto que venha, ao mesmo tempo, satisfazer os anseios sociais, em razão de sua falta ou excesso, e controlar a conduta dos sujeitos econômicos.³²⁸

Como item b) temos: a intervenção de fato e a jurídica. Onde a intervenção de fato vem a ser uma simples intervenção política (a ser realizada por meio de atos materiais de conteúdos políticos) ou através de atos econômicos, sociais, entre outros. Já a intervenção jurídica, mais importante diante da análise do presente trabalho, consiste na sistematização de institutos jurídicos designados a conferir condutas condicionantes dos sujeitos privados, bem como do comportamento do próprio Estado.³²⁹

Para BOCKMANN a intervenção estatal na economia aborda as seguintes espécies: a) intervenção *strictu sensu*; e b) a regulação.³³⁰ Inicialmente, observemos que em comum a ambos os casos é a interferência de um terceiro na economia de mercados, qual seja: o ente estatal, onde é visualizado como institucionalmente estranho e externo

³²⁶ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, pp. 219-220.

³²⁷ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, pp. 222-223.

³²⁸ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, pp. 222-223.

³²⁹ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, p. 222.

³³⁰ Relevante apontar que nas modalidades de intervenção proposta por BOCKMANN, a intervenção regulatória (através da positivação jurídica de normas de conduta aos agentes econômicos e sua possibilidade de aplicar sanções administrativas) é a que melhor se adéqua aos interesses desenvolvidos e propostos pelo presente trabalho.

na relação econômica, mas com poder de alterar e controlar os comportamentos dos sujeitos econômicos.³³¹

Ao explicar a *regulação* (item b) o autor expõe sua ação no estabelecimento de normas reguladoras que estruturam o mercado, que determinam condutas e que submetem terceiros ao seu cumprimento, com a possibilidade de definir e culminar sanções no caso de desrespeito aos seus ditames. É a positivação de regras com o escopo de alcançar fins econômicos como: o equilíbrio do mercado e da concorrência e uma forma de proporcionar a distribuição equânime de riquezas.³³²

Portanto, cabe aos sujeitos econômicos agirem de acordo com as balizas impostas pela legislação reguladora, sob pena de sofrerem sanções administrativas pelas condutas realizadas em desacordo com os preceitos estipulados pelo Estado. Esse padrão interventivo adota parcela do poder punitivo do Estado (poder sancionador), na medida em que estabelece sanções a serem aplicadas ao particular.

Enquanto que a *intervenção em sentido estrito* (item a) revela a atividade estatal no espaço econômico, por meio da atuação direta do Estado em determinados setores do mercado, cuja consequência para os entes privados se dá pela alteração dos seus objetivos econômicos em virtude do fato ou situação econômica produzida pelo Estado, que pode ser compreendido, por exemplo, no fator concorrência. O poder econômico exercido pelo Estado cria uma nova conjuntura econômica, de modo a interferir nas aspirações dos sujeitos do mercado.³³³

Vale salientar que intervenção econômica estatal e regulação econômica são termos diferentes, onde a intervenção é gênero e a regulação é espécie. Assim a intervenção econômica do Estado, pode ser dividida entre: a) atividade econômica pública – que consiste na atuação do próprio Estado como agente econômico (Estado Produtor); b) regulação da economia privada que pode ser subdividida em: b1) regulação normativa – com o estabelecimento de leis, regulamentos; b2) medidas administrativas e programas econômicos de governo – constitui no uso do poder sancionador do Estado, políticas econômicas, estímulos a determinadas condutas, utilização do fator extra-fiscal dos impostos, entre outras medidas.³³⁴

³³¹ MOREIRA, Egon Bockmann, “O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica” in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 259-260.

³³² MOREIRA, Egon Bockmann, “O Direito Administrativo Contemporâneo ... 2004, pp. 259-260.

³³³ MOREIRA, Egon Bockmann, “O Direito Administrativo Contemporâneo ... 2004, pp. 261-262.

³³⁴ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ... 1997, pp. 36-37.*

Muito embora a regulação do mercado esteja sempre ligada ao condicionamento de terceiro na economia, no caso o Estado como fator externo; por outro lado, a atividade econômica realizada pelo próprio Poder Público pode gerar implicações regulatórias no mercado privado.³³⁵

Há ainda a intervenção realizada por uma visão mais ampla e detalhada por setores, apontada pelos autores ANTÔNIO SOUSA e GUILHERME MARTINS,³³⁶ são elas:

a) Intervenção de coordenação geral e criação de infraestruturas – versa sobre uma intervenção efetiva, de modo a exercer influência a generalidade de agentes econômicos. No primeiro plano, por meio da organização estrutural, programação, planejamentos e ordenamento do território. No segundo plano, através da realização de obras públicas, cuidados com o meio ambiente, ações contra a poluição, entre outros.

b) Intervenção de disciplina setorial ou individual – trata-se da estipulação normativa delimitando o exercício das atividades de determinados setores econômicos. Essa modalidade pode ser realizada unilateralmente, através de ato unilateral do Estado, ou por meio bilateral, tendo como pressuposto um acordo prévio entre a Administração e os interessados. Há ainda a possibilidade legislativa e regulamentar.

c) Intervenção de condicionamento específico – também conhecida como polícia econômica, é exercida por meio da imposição de condicionantes, ou pela autorização e licenciamento de algumas condutas individuais, como por exemplo: a autorização para o funcionamento de certos estabelecimentos que contém materiais tóxicos ou perigosos à população.

d) Intervenção de promoção – é realizada com o estabelecimento de estímulos, incentivos e, talvez, isenções fiscais para o desenvolvimento de determinados atos ou operações praticadas por agentes econômicos, que certamente constituem em consequentes benefícios à população e ao crescimento do Estado.

e) Intervenção na gestão de unidades de produção privadas – é exercida através da manutenção e organização sistêmica dos órgãos de gestão, pela integração com a colocação de administradores do Estado, ou pela fiscalização através de delegados do Governo.

³³⁵ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, pp. 37-38.

³³⁶ FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ...* 1993, p. 222.

f) Intervenção de fiscalização – é a efetiva fiscalização das atividades económicas, com o intuito de prevenir a ocorrência de ilícitos.

g) Intervenção punitiva – quando o Estado ao constatar a prática de condutas ilícitas poderá aplicar sanções aos particulares, ou seja, com desrespeito aos regramentos regulatórios. Assim, poderá por meio da instauração de processo administrativo, ou judicial, atendendo aos ditames do devido processo legal, notadamente com a possibilidade da efetivação do contraditório, defesa da parte acusada e com as provas carreadas nos autos, decidir pela aplicação de sanções nas esferas criminal, administrativa e cível aos infratores.

Diante das modalidades acima expostas, aquelas que nos interessa nos estudos aqui ordenados são as intervenções de fiscalização e a punitiva. Quanto a esta última, interessa-nos apenas a sua subespécie de intervenção que preenche o nicho meramente administrativo, ou seja, a imposição de sanções administrativas, quando devidas.

Para tanto, trataremos no próximo capítulo sobre o direito regulador e sancionador a ser praticado pelo Estado e sua contraposição às transformações económicas, não de forma a inibir o mercado, tolhendo de todo o seu crescimento, mas colocando limites na prática das condutas dos sujeitos económicos, a ponto de alertá-los sobre suas responsabilidades sociais, bem como, aplicá-los castigos (sanções administrativas) quando incorrerem em ilícitos administrativos.

5. DIREITO REGULADOR E DIREITO SANCIONADOR NA CONCRETIZAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO REGULADOR

5.1. O Estado como ente regulador e sancionador numa perspectiva de autoproteção frente às mudanças advindas pela Globalização.

Várias são as funções desempenhadas pelo aparato estatal, porém nos concentraremos naquelas ações qualificadas como cogentes, na medida em que o Estado proíbe e sanciona determinadas condutas, cujos destinatários das punições abrangem, não apenas os agentes públicos, mas também, os particulares.³³⁷

Percebe-se que o Poder Público vem atuando nas mais diversas relações entre particulares, bem como, entre setores privados e públicos nos campos sociais e econômicos. São atividades de supervisão, regulação, condicionamentos e limitações sendo exercidas na gama de direitos, liberdades e garantias fundamentais, utilizando-se, inclusive, de instrumentos sancionadores, além de medidas cautelares e persuasivas, quando necessárias.³³⁸

A complexidade da organização e da ação estatal fundamenta-se na centralização do poder, na multiplicação e articulação de funções, na estruturação em órgãos e serviços a serem prestados à população e no enquadramento dos administrados em disposições de direitos, prestações e imposições.³³⁹

O Governo surge como um mecanismo eficaz de garantia do bem-estar geral, assegurando a persecução dos objetivos do organismo social. Sabe-se que o Estado detém a força para agir no meio social, porém esta somente será legítima se em conformidade com o direito. Os homens que possuem o poder estão sujeitos ao direito e são reunidos pelo direito, traduzindo-se como garantia para a população em face de eventuais abusos do Poder Público, por estar submetido ao quadro normativo geral, que foi estabelecido previamente e detém função conformadora³⁴⁰ da atividade estatal.³⁴¹

³³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 37.

³³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 37.

³³⁹ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição ...* 2002, p. 35.

³⁴⁰ O princípio da conformidade envolve a relação de conformidade que deve existir entre o ato e a lei, onde não será permitido fazer o que não for de acordo com a lei. Percebe-se que além da conformidade existe a compatibilidade do ato, devendo estar em consonância com o dispositivo legal que o consolida. O princípio da conformidade é uma sub-espécie do princípio da legalidade. Mais vide: GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, pp. 68-72. O princípio da interpretação conforme também se aplica ao direito comunitário, onde o intérprete e o aplicador da lei no âmbito de um dos países membros da União Europeia, mesmo quando utilizar o direito nacional, deve atribuir a ele a interpretação consoante as normas comunitárias. Vide: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da*

Ao Estado compete à administração da justiça entre as pessoas e grupos formados, fazendo com que a *coercibilidade* seja também uma das características da organização política estatal. A institucionalização do poder efetiva-se por meio da criação de instrumentos jurídicos de mediação e de gênese da vontade coletiva, como órgãos e institutos que comportam o aparelho estatal.³⁴²

A concepção de Estado passa pela criação jurídica, tornando-se um instrumento de pacificação social ao preservar a ordem, ao passo que, representa um conjunto de situações de direito, traduzindo-se na predominância do direito na regulamentação da coletividade.³⁴³

A atuação do Estado ao abarcar diferentes valores e bens jurídicos requer dos vários ramos da Ciência Jurídica uma performance em conjunto. Assim, a interdisciplinaridade na ação dos ramos dos direitos Constitucional, Administrativo e Penal caminha por divisas tênues que, por vezes, aparentam estar entrelaçadas, em razão do trato da diversidade dos bens jurídicos tutelados.³⁴⁴

O reconhecimento do poder sancionador pela Constituição, não precisa estar expresso, uma vez que já se encontra regido pelos ditames do Estado de Direito.³⁴⁵ Entretanto, ao localizar-se no Texto Constitucional deve servir, também, para lembrá-lo de que está submetido aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como pelo princípio da legalidade, de modo que ele perceba que não é ilimitado.³⁴⁶

Sabemos que o direito penal e o direito sancionador³⁴⁷ constituem conjuntamente o direito punitivo do Estado (*ius puniendi*), todavia não podemos afirmar que os distintos ramos do direito são os mesmos. Os dois protagonistas do sistema de controle social necessitam, para alcançar a eficiência em conjunto, de uma coordenação

União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 417-422.

³⁴¹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, pp. 64-65.

³⁴² MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição ...* 2002, p. 35.

³⁴³ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição ...* 2002, p. 261.

³⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 37.

³⁴⁵ A expressão *Estado de Direito*, conceituada inicialmente por Robert Von Mohl, representa a concepção de Estado temente a legalidade, nas suas acepções formal e material, com a finalidade de assegurar os direitos dos cidadãos, ao mesmo tempo em que ocorre o estabelecimento da divisão do poder e sua correspondente aceitação pelos governantes. Mais vide: MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição ...* 2002, p. 71; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, pp. 93-100. JUSTEN FILHO vislumbra o Estado de Direito ao conjugar três princípios: a supremacia constitucional, a generalização do princípio da legalidade e a universalização da jurisdição. A atuação estatal deve caminhar em harmonia com a ordem jurídica para ser aceitável e legítima. Vide: JUSTEN FILHO, Marçal, *Direito das Agências Reguladoras ...* 2002, p. 16.

³⁴⁶ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas*, Madrid: Iustel, 2007, pp. 171-172.

³⁴⁷ Também denominado pela doutrina portuguesa como: “direito penal administrativo”, “direito das contra-ordenações” e “direito da mera ordenação social”.

que se antecede, como pressuposto do sistema, um traçado de linhas de demarcação entre as doutrinas, de modo a evitar qualquer improvisação legislativa que venha a perturbar o adequado transcorrer dos dois diferentes institutos.³⁴⁸

Por outro lado, podemos optar pela identificação de um núcleo indisponível de garantias constitucionais comuns as sanções penais e administrativas e permitir que a partir desse ponto de origem o legislador venha desenhar livremente os respectivos regimes jurídicos, introduzindo entre eles as diferenças que considerar necessárias. Assim, o poder sancionador da Administração foi construído juridicamente sobre o modelo do Direito Penal, sendo ambos considerados parcelas do poder punitivo estatal.³⁴⁹

As autoridades administrativas, como entidades de poder público, devem estar envolvidas pelas normas dos direitos fundamentais, cujas ações e decisões – sejam meramente administrativas, sejam sancionatórias – compreendem a efetivação e proteção dos direitos, liberdades e garantias. A execução do direito público sancionatório, ao tempo que comporta grave ingerência na esfera jurídica dos particulares, preenche suas lacunas e se vincula aos ditames constitucionais dos direitos fundamentais.³⁵⁰

O Estado, como detentor de amplos poderes e competências relacionadas ao controle, opera na fiscalização e regulação dos mercados financeiros e de capitais, na ordem econômica como um todo, na esfera fiscal, no controle econômico dos mercados privados, tudo com a finalidade de defender os direitos fundamentais envoltos na relação econômica, de modo a propiciar o bom funcionamento das instituições reguladas.³⁵¹

Saliente-se o total comprometimento do Estado na efetiva proteção dos direitos fundamentais em virtude das constantes transgressões e ameaças de violações

³⁴⁸ CASERMEIRO, Pablo Rando, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 51; Ver também: GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2008, p. 26.

³⁴⁹ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, pp. 26-27. Em sentido contrário, ALEJANDRO NIETO ao afirmar que o direito administrativo sancionador, como sua própria nomenclatura revela, advém do direito administrativo consagrado diretamente no direito público estatal e não no direito penal. E denuncia ser situação ilegítima afirmar o contrário, uma vez que o direito penal é direito garantista, preocupado exclusivamente com o respeito aos direitos do réu, enquanto que o Direito Público Estatal, sem menosprezo as garantias individuais, passa para o primeiro plano a proteção e o fomento dos interesses gerais e coletivos. Vide: GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, pp. 26-27.

³⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional ...* 2003, pp. 1299-1300.

³⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 42.

advindas de atores privados, devendo o Poder Público trabalhar sua capacidade de regulação e defesa dos direitos a despeito da crescente privatização das funções e tarefas estatais, como o fornecimento de energia, saneamento básico, água, telecomunicações entre outros.³⁵²

Para tanto, o Poder Público, no âmbito do Estado Regulador, foi chamado a assumir a responsabilidade de garantir ou de assegurar a efetivação dos interesses públicos, ou seja, a proporcionar o correto funcionamento dos setores e serviços privatizados e a realização dos direitos dos cidadãos, nomeadamente, de se beneficiar, em padrões acessíveis de usufruto, dos serviços de interesse geral.³⁵³

Em termos genéricos, a interferência estatal constitui na delimitação das balizas legislativas de funcionamento da atividade passível de regulação e no controle da execução, aplicação e observância das condições dispostas, isto é, atuando na coordenação e no disciplinamento das atividades da iniciativa privada.³⁵⁴

A ação reguladora³⁵⁵ compreende um sentido de controle, de disciplina e de possível sanção dos agentes privados, mas acima de tudo, demonstra a posição externa do governo perante as relações submetidas ao aparato regulador. Há, de fato, uma verdadeira intromissão governamental para a definição de normas balizadoras do procedimento em exame e sua, conseqüente, implementação, fiscalização e aplicação sancionatória, quando devida, às disposições estabelecidas.³⁵⁶

As ingerências estatais demonstram a pressão da força governamental como fator regulador, disciplinador e fiscalizador de determinadas atividades desenvolvidas por particulares, assim como, concebidas entre setores públicos e privados. Elas abrangem as mais diversas e complexas ações e estruturas, demonstrando diferentes padrões de subordinação das pessoas ao poder público.³⁵⁷

O direito sancionador constitui, em parte, no estabelecimento de um repertório de enquadramentos de situações que constituem as infrações e a, conseqüente,

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang, “A influência dos Direitos Fundamentais ... 2007, pp. 121-122.

³⁵³ GONÇALVES, Pedro, “Direito Administrativo da Regulação ... 2006, pp. 537-538.

³⁵⁴ GONÇALVES, Pedro, “Direito Administrativo da Regulação ... 2006, pp. 540-541.

³⁵⁵ Importante apresentar nesse contexto a diferença entre Direito Regulador e Direito Sancionador. O primeiro versa sobre os regramentos gerais que incidem nas atividades desenvolvidas pelos particulares, nos diversos setores do mercado, de modo a fiscalizar, regular, impor condicionantes e, inclusive, estipular sanções para o caso do inadimplemento. Já o Direito Sancionador, como parcela do poder punitivo do Estado, atua no enquadramento das infrações administrativas e suas respectivas sanções. Saliente-se que o Direito Sancionador, ao estabelecer condutas proibitivas, também tem efeito preventivo, além de sua função primordial repressiva. Para a aplicação das sanções administrativas deverá anteceder procedimento administrativo sancionador para efetivá-las.

³⁵⁶ GONÇALVES, Pedro, “Direito Administrativo da Regulação ... 2006, pp. 540-541.

³⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador* ... 2011, p. 42.

atribuição de suas respectivas sanções.³⁵⁸ Ou seja, o direito sancionador tem como objeto um específico ilícito, chamado de infração administrativa, ilícito administrativo e ilícito criminal administrativo.³⁵⁹ Para cada infração administrativa a lei estabelece uma sanção que é atribuída em concreto ao sujeito infrator. A imposição da sanção requer a realização prévia de procedimento administrativo.³⁶⁰

Os particulares tendem a protestar em razão do excesso de intervencionismo estatal, devido à grande quantidade de regramentos que predeterminam as atividades da vida cotidiana, mas quando algo dá errado, criticam a Administração Pública, sua negligência ou tolerância em não haver controlado o suficiente para afastar a causa do erro.³⁶¹

Destarte, o movimento de privatização dos serviços públicos, com a diminuição do aparelho estatal, caminhou conjuntamente com a efetiva regulação dos mesmos, pois o Estado ao deixar de prestar diretamente serviços considerados coletivos aos cidadãos, viu a necessidade de regular com o intuito de manter as características essenciais aos serviços, por serem relevantes à sociedade como o critério da universalidade alinhada à manutenção e à melhoria da qualidade dos mesmos.³⁶²

A necessidade de intervenção se confirma pela adoção de um estilo de vida moderno, onde as novidades tecnológicas adentraram no cotidiano coletivo, retratando um verdadeiro “estado de risco”. Tal fato demonstra a carência da sociedade pela regulação das atividades, possibilitando convivência harmoniosa com os aparatos que nos cercam e servem.³⁶³

Dessa forma, a situação em que vivemos requer e torna imperiosa a intervenção pública, posto que nem os consumidores estão em condições de conferir tecnicamente e qualitativamente os bens e serviços que utilizam, nem o mercado, em regra, demonstra preocupação em regular suas próprias atividades.³⁶⁴ Impende ao

³⁵⁸ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 33.

³⁵⁹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2004, p. 23.

³⁶⁰ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 194.

³⁶¹ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 33.

³⁶² MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, pp. 38-39.

³⁶³ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 33.

³⁶⁴ Em sentido contrário, VITAL MOREIRA aponta a capacidade e possibilidade de auto-regulação, notadamente a de profissionais de determinada categoria, a ser realizada pelos agentes privados. E conceitua auto-regulação como o estabelecimento de normas que orientam e condicionam os membros de determinada categoria profissional ou econômica, a que se subordinam de livre vontade. Mais vide: MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, pp. 52-55.

Estado realizar essa tarefa de regulação. Portanto, a aceitação da regulação pelo Poder Público implica no assentimento da sanção administrativa no caso de incumprimento.³⁶⁵

As leis sancionadoras, como medidas prévias de intervenção, têm como objetivo a redução dos riscos e, conseqüentemente, dos danos. O cidadão não deve se contentar somente com a publicação de leis sancionadoras pelo Estado, mas exigir o efetivo uso e cumprimento das mesmas. Não basta publicar medidas e culminar sanções, sem que disso decorra da atuação do Estado na fiscalização, tornando as medidas em ação concreta para a população.³⁶⁶

Não obstante, nos primórdios da formação do Estado, muitos poderes sancionatórios foram cedidos/deslocados aos juízes e tribunais (Poder Judiciário), como instituições competentes para aplicá-los, com o decorrer dos tempos ficou demonstrado ser imprescindível a persistência de alguns desses poderes nas mãos da Administração Pública (Poder Executivo), em face da necessidade de força eminentemente coativa na dinâmica de suas atividades.³⁶⁷

A superioridade do interesse público em detrimento ao interesse privado indica a necessidade de regulação de algumas atividades por regras do direito público,³⁶⁸ vez que interesse público deve ser entendido como bem de toda a coletividade, tomando a percepção dos anseios da vida em sociedade. A preponderância do interesse público passou a ser utilizada como fundamento de vários institutos e normas do direito público como um todo, notadamente, do direito administrativo.³⁶⁹

Relevante realçar que a intervenção regulatória não se esgota no momento de positivação das normas. Regular a economia não se restringe somente a determinação de regimentos regulatórios, que expressem relação com a fixação de condutas a serem seguidas pelos agentes econômicos e que possuam efeitos reparadores no mercado, mas a execução de atividades de controle e fiscalização no exame da observância das normas e possível aplicação de sanções administrativas, no caso de violação.³⁷⁰

O desenvolver dessa concepção regulatória será posto em prática pelo Estado-Administração, por instituições e órgão públicos que regulam, disciplinam e que estabelecem relações com os setores de mercado. A Administração Pública vivencia e materializa a interferência estatal na economia privada. Denota-se, portanto, que o

³⁶⁵ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 33.

³⁶⁶ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 34.

³⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 86.

³⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 90.

³⁶⁹ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno ...* 2010, p. 134.

³⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann, “O Direito Administrativo Contemporâneo ... 2004, pp. 278-279.

sistema regulatório está agrupado, estruturado e organizado na Administração Pública, local onde habita.³⁷¹

A atividade reguladora do Estado efetua-se, primordialmente, por meio da Administração e engloba duas dimensões: a regulamentadora que importa no estabelecimento normativo, com determinação de condutas, efetiva fiscalização e medidas administrativas, e a sancionadora que consiste na aplicação das sanções administrativas.³⁷²

Compete à Administração Pública realizar a ponderação dos interesses presentes em determinada causa, com o escopo de não prejudicar, a princípio, nenhum dos interesses empenhados. Essa função administrativa visa alcançar a compatibilidade e harmonia dos interesses envolvidos, porém é defeso à autoridade administrativa omitir ou retardar providências cabíveis quando relevantes ao atendimento do bem coletivo, em razão de sua indisponibilidade.^{373 374}

Com a globalização econômica e o crescente aumento do poderio empresarial, verificou-se que o Estado encontra-se cada vez menor, fraco e dependente dos interesses das grandes empresas.³⁷⁵ O poder econômico alberga em seu conceito a habilidade e a possibilidade de que alguns agentes privados cominem suas resoluções e objetivos a todos os demais que participam do mercado, até mesmo o Estado, por ser inerente a sua essência potestativa a ocorrência de eventuais abusos e desvios.³⁷⁶ Entretanto, o interesse privado não pode prosperar em detrimento ao interesse coletivo, por ser obrigação do Estado preservar-se na linha da busca do bem comum.³⁷⁷

Ocorre que o Estado, em seu processo de enfraquecimento, observa a fragmentação do seu poder ao vê-lo distribuído entre os demais agentes, inclusive entes privados. O caminhar da globalização e das mudanças sociais fazem modificar, ou redefinir, a própria concepção de certos institutos jurídicos, como é o caso da soberania que se vê relativizada em muitas demandas devido ao compartilhamento do poder.³⁷⁸

³⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann, “O Direito Administrativo Contemporâneo ... 2004, pp. 278-279.

³⁷² MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional* ... 1997, p. 194.

³⁷³ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno* ... 2010, p. 134.

³⁷⁴ O princípio da indisponibilidade do interesse público exprime que os interesses considerados como inerentes a coletividade não podem ser afastados para a consecução de outros fins, devendo o Estado manter esses interesses coletivos protegidos sob sua tutela. Mais vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005, pp. 191-192.

³⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador* ... 2011, p. 74.

³⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 170.

³⁷⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador* ... 2011, p. 74.

³⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador* ... 2011, p. 74.

Diante desse quadro de mudanças pergunta-se: O Estado intervém na economia, ou esta intervém no Estado? Seriam as interferências recíprocas? Cada um com seu próprio modo de agir? São questionamentos polêmicos que nos inferem certa agitação, quanto aos institutos jurídicos e seu campo de visualização.

Nesses cenários, por vezes, considerados hostis e imprevisíveis, as incertezas, em termos de segurança jurídica nas relações, aumentaram e se generalizaram nas sociedades modernas. Se os Estados que representam as grandes potências econômicas sentiram o abalo das transformações, quanto mais aqueles países que se encontram em estágio de desenvolvimento, onde suas instituições são mais frágeis e possibilitam poucas ações em razão do diminutivo quantitativo de instrumentos de proteção aos direitos fundamentais.³⁷⁹

O fato é que o poder econômico somente se retrairá na manifestação de outro poder de igual, ou de maior intensidade, que pode ser igualmente privado, ou ser Público. Sem essa nova força para provocar o equilíbrio, a tendência natural dos acontecimentos é que a conduta do poder econômico ficaria sem maiores restrições, buscando operar o maior lucro possível, pois como não há limite institucionalizado os entes privados não hesitarão em adotar medidas que os beneficiem ao extremo, sem maior pesar, quanto aos prejuízos acarretados aos concorrentes, ou a efetiva restrição imposta à liberdade do consumidor.³⁸⁰

A dinâmica das sociedades capitalistas possui o efeito de produzir aflição ao jurista por fazê-lo se sentir impotente de acompanhar a agilidade das mudanças sociais,³⁸¹ ao passo que o induz a inovar e reformular os parâmetros jurídicos, dando-lhes novas formas e funções ao agir, estruturar e solucionar os novéis entraves que vão se materializando.

O Direito atua, em regra, no calcanhar dos acontecimentos sociais, sendo raro ocorrer sua antecipação diante dos novos fatos. A crescente velocidade dos fenômenos sociais demonstra um descompasso da ciência jurídica em continuar a galgar o controle das relações sociais, bem como põe em dúvida a capacidade de alcance dos ordenamentos jurídicos. Desenham-se, no horizonte em penumbra, desfiladeiros que dividem o direito, a sociedade e a política.³⁸²

³⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 74.

³⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladora Independentes, ... 2004, p. 173.

³⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 74.

³⁸² OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 75.

Ao visualizar o direito, a sociedade e a política como pontos em determinada linha evolutiva, percebe-se que inicialmente, os três pontos que andavam quase paralelamente passam a ficar ordenados desigualmente, como se polígono triangular fosse. Na identificação dos vértices dessa figura, criada pelo cavalgar dos tempos, temos a sociedade que se localiza no pico do triângulo, devido a sua extrema velocidade no percorrer das transformações que são impulsionadas pelos próprios indivíduos que a constituem. As relações entre os privados, nos mais diversos campos, principalmente, na seara social e econômica, aparecem como verdadeira força propulsora dessa cadeia de ligamentos. Mais atrás, advém o direito e a política (Estado) a percorrer em passos não tão largos os caminhos já navegados pela sociedade.³⁸³

As enérgicas mutações globais, econômicas e tecnológicas têm distanciado as técnicas de solução jurídicas ao segundo plano da sistemática de progressão. O direito como papel transformador não prosperou suficientemente a ponto de pesar como meio motor. A crise das instituições políticas transparece na crise jurídica, resultando em cenários nada estáveis para o bem desenvolver da própria sociedade.³⁸⁴ Por tal razão, deve-se buscar soluções que venham a perdurar o equilíbrio no caminhar dos três fatores evolucionais da humanidade.

Assim, a permanência do poder sancionador, como parcela do direito punitivo estatal, no seio da Administração Pública calhou na medida em que o poder passa a emanar, além do efeito regulador e fiscalizador nas relações entre os particulares, a sensação de autoproteção.³⁸⁵ O poder sancionador representa um meio do Estado de fazer-se entender, no momento em que se utiliza de sua força cogente, obrigando o particular a atender os preceitos do bem comum, sob pena de repressão.

Vale lembrar que toda atuação administrativa se apresenta como resultado do exercício de um poder previamente atribuído pelo ordenamento jurídico, que o define quantitativamente e qualitativamente. O poder não pode nem deve ser exercido arbitrariamente, mas pautado pelo princípio da legalidade, como todos os atos da Administração e do Estado.³⁸⁶

Outra parte, que se permite detectar das características do poder sancionador são pontos de contato com alguns setores da vida social e econômica reverberando na

³⁸³ Em regra a sociedade desponta no pico do triângulo, porém por vezes o direito e a política também podem aparecer no topo da figura triangular antecipando-se dos ditames sociais.

³⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, pp.75-76.

³⁸⁵ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 21.

³⁸⁶ PUENTE, Marcos Gómez, *La Inactividad de La Administración*, Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 82.

intervenção do Estado, relação que pode ser constituída na ocorrência da contratação de empresas do setor privado com o poder público, que pode ser dada por diversas maneiras, como a concessão, autorização, permissão, entre muitas outras.³⁸⁷

É fundamental para a Administração Pública preocupar-se com o bom e eficiente funcionamento de suas instituições, assim como a efetivação dos serviços públicos prestados a população. Com a delegação de alguns serviços públicos para os entes privados, bem como a contratação de empresas para a execução de obras e serviços para o Estado; a fiscalização, a regulação e o cuidado do Gestor Público alçaram horizontes que transpuseram os quadros da administração.

O êxito das atividades do Estado depende, além das estruturas e competências de seu aparelho estatal, da idoneidade das empresas com as quais contrata para a execução de obras e prestação de serviços considerados de fins públicos. A falta da idoneidade é constatada, indiretamente, no prosseguir da execução do contrato com a Administração, devendo tal fato ser punível.³⁸⁸

Ademais, não podemos visualizar a ação sancionadora como o Estado contra os cidadãos, mas o Estado em conjunto, ou somado à população em face dos infratores. A permanência da percepção da primeira sentença tenderia a considerar a atuação da política sancionadora estatal como inútil, sendo vista como arbitrária e não atendendo o seu objetivo que é o cumprimento das normas. Cabe a sociedade entender que os interesses protegidos na ação sancionadora são coletivos e que uma das maneiras da comunidade demonstrar sua colaboração se dá por meio de denúncias.³⁸⁹

A denúncia quando espontânea e altruísta demonstra a identificação do cidadão com os bens protegidos e com o fim de evitar danos aos mesmos. A identificação requer do particular a consciência de cidadania, a qual se procura atingir benefícios a coletividade.³⁹⁰

A natureza dos interesses protegidos pelo estabelecimento das normas sancionadoras são públicos, coletivos e gerais. O que se busca com a disposição normativa é, primordialmente, evitar a produção do dano e diminuir o risco social. A política sancionadora demonstra, dessa forma, que possui também um fim preventivo, na medida em que impõe sanções à determinadas condutas que causariam danos a coletividade, cujo efeito seja desencorajar o particular de praticar comportamentos

³⁸⁷ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 185.

³⁸⁸ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 186.

³⁸⁹ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 38.

³⁹⁰ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, p. 39.

inadequados (ação ou omissão), pois sabe ele que sua incidência, decorrerá em castigo imposto pelo Estado. Uma vez praticada a conduta indevida, a punição cominada ao infrator tende a fazer com que o mesmo não retorne a infringir a lei.³⁹¹

Sabemos que o mercado econômico é uma atividade predominantemente privada, ou cuja essência é particular, porém a responsabilidade do Estado para com a economia, não deve, nem pode ser afastada. A crescente complexidade da regulação econômica demonstrou ser indispensável a colaboração das organizações econômicas para em conjunto com o Estado desenvolver políticas públicas econômicas.³⁹²

Com o Estado Regulador, certos bens jurídicos ganharam relevância e foram alçados aos bens tutelados, são eles: a concorrência leal nos mercados, a proteção dos consumidores, o ambiente, a competitividade externa, a equidade, entre outros. Em razão disso, justificou-se a amplificação dos poderes sancionadores administrativos, inclusive a demanda de poderes especiais passados às autoridades reguladoras. Esse quadro fático dá nome a *Teoria do interesse público*. De acordo com esta teoria, o Estado intervém na economia com escopo de corrigir ou atenuar as falhas do mercado (*market failures*), de forma a satisfazer os interesses gerais da sociedade.³⁹³

A diminuição do Estado, com as políticas de privatização, por exemplo, obrigou a densificação da regulação e de modo corolário no poder sancionador do Estado. A privatização e a liberalização de setores econômicos antes reservados ao Poder Público foram acompanhadas pela intensificação da regulação nesses mesmos setores.³⁹⁴

No âmbito do ordenamento jurídico português o Regime Geral das Contra-Ordenações – RGCO, aprovado pelo Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de outubro, vincula a atividade da Administração ao dever de permanecer pautada pelas normas e princípios, notadamente constitucionais que regem as atividades administrativas, destacando o atendimento aos princípios da legalidade, da igualdade e da imparcialidade, da contínua prossecução do interesse público e da preservação e respeito pelos direitos, liberdades e garantias. O RGCO não restringe o procedimento sancionador ao atendimento apenas dos princípios típicos do procedimento administrativo geral, ao consagrar também os

³⁹¹ GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador ...* 2008, pp. 40-41.

³⁹² MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, p. 21.

³⁹³ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, p. 41.

³⁹⁴ MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional ...* 1997, p. 43.

princípios da oficialidade, do contraditório e da verdade material, possibilitando ao processo os benefícios pertinentes a proporcionar o equilíbrio da demanda.³⁹⁵

A regulação das atividades em geral se estabelece por meio da estruturação de um sistema normas, que define infrações e comportam sancionamentos a determinados comportamentos de agentes que são coibidos à luz do critério público.³⁹⁶

5.2. Breves aceções sobre o Poder Disciplinar. Uma especificação do Direito Sancionador.

Inicialmente, é importante destacar que a análise que aqui faremos à respeito do poder disciplinar se concentra no âmbito dos órgãos da Administração Pública, como parcela do poder punitivo do Estado. A ressalva se faz necessária devido à possibilidade de poder de igual similitude ser exercido pelas organizações privadas perante seus empregados, quando imprescindível para o bom andamento de suas atividades. Vale também relevar que a temática tratada será abordada superficialmente por não adentrar na essência do assunto em comento nessa exposição.

Ao se falar em poder administrativo sancionador importante destacar os limites e as diferenças que se revelam com o poder administrativo disciplinar. Este último ocupa relevante papel no conjunto de sanções administrativas impostas pelos órgãos públicos. Muitas vezes as diferenças exalam ser maiores quando nós comparamos o direito disciplinar e o direito sancionador, do que se formos confrontar com o direito penal, que serve de subsídio a ambos os institutos.³⁹⁷

O direito disciplinar dispõe de um poder, cujos titulares são todas as organizações públicas, o que lhes permite a faculdade de impor sanções (punições) aos seus membros, quando estes infringjam os deveres e incidam em proibições derivadas dos regulamentos das respectivas organizações. A sanção disciplinar máxima é a própria expulsão da organização a que compunha.³⁹⁸ Tal castigo imposto ao infrator possui o objetivo de limpar a organização daqueles que não condizem com os interesses da

³⁹⁵ LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz, *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*, Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2006, pp. 150-151.

³⁹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 90.

³⁹⁷ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 173.

³⁹⁸ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 173.

Administração, dos serviços inapropriados com desvios de finalidades, bem como proporcionar a continuidade do bom funcionamento da administração.³⁹⁹

O direito disciplinar também protege os bens jurídicos coletivos, na medida em que o indivíduo, no momento em que se encontra investido nas funções da Administração Pública, como servidor público, possui o dever de atuar com o escopo de atender os fins públicos. Seu desvio dos interesses da Administração, ao procurar observar seus próprios interesses, ofende os bens da coletividade. Tal desiderato malfadado pelo funcionário público legitima o Estado na aplicação de sanção administrativa ao infrator.⁴⁰⁰

Todavia, a interpretação a ser dada ao se instaurar um processo administrativo disciplinar, no âmbito da Administração Pública brasileira, não é a punição do agente infrator, mas a de que essa providência investigatória, a ser realizada pelos agentes do Estado-Administração, objetiva o esclarecimento dos fatos, ou seja, encontrar a verdade dos acontecimentos.⁴⁰¹

O poder disciplinar e os organismos públicos são duas realidades inseparáveis. Ademais, podemos caracterizar esse poder como uma relação especial de sujeição por excelência. Ele existe em todas as organizações públicas e incide nos sujeitos que estão investidos da função de realizar os serviços públicos, notadamente os servidores públicos, na acepção mais ampla.⁴⁰²

Entretanto, a ideia de que os funcionários se encontram em relação especial de sujeição à respeito da Administração, não pode servir para justificar por si só, o cerceamento dos direitos e garantias pelo poder disciplinar. É uma situação pouco aceitável que num ambiente, onde impera o Estado de Direito, ademais, em nada se ampara nas características dogmática que emanam do poder disciplinar.⁴⁰³ A ocorrência de tal desvirtuamento do poder representa um abuso de direito, devendo este ser castigado em todas as instâncias de punição do Estado.

O direito fundamental de defesa é um direito cujo conteúdo se traduz essencialmente em exigir que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na

³⁹⁹ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 181.

⁴⁰⁰ TOMILLO, Manuel Gómez, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte Geral: Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*, Navarra: Thomson, Aranzadi, 2008, pp. 200-202.

⁴⁰¹ FIGUEIREDO, Nelson, “A Eficácia da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar”, in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 581.

⁴⁰² LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 74.

⁴⁰³ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 185.

esfera jurídica do particular. Essa relação se estabelece verticalmente entre os poderes públicos e os cidadãos.⁴⁰⁴

Em termos processuais, a aplicação do princípio do contraditório, integra a utilização da ampla defesa no procedimento disciplinar, por ser o corolário natural. Ademais, a efetiva participação do indiciado na fase de produção de provas na demanda tende a ser uma necessidade para que o processo seja justo, equitativo,⁴⁰⁵ atendendo ao devido processo legal.⁴⁰⁶

Segundo FELIPE BACELLAR o contraditório e a ampla defesa apresentam-se como meios e recursos essenciais ao processo, desse modo qualificam a atuação estatal na esfera processual, transformando-os em garantias de meio e de resultado. A aceitação do devido processo legal administrativo garante ao cidadão o equilíbrio frente ao poderio da Administração Pública pela tutela dos interesses públicos. Portanto, mesmo a Administração Pública exercendo seus poderes de autotutela, não possui o direito de cominar aos cidadãos gravames ou sanções que alcancem, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem as garantias basilares incutidas no devido processo legal.⁴⁰⁷

O processo disciplinar, assim como os demais pleitos processuais, rege-se pelo princípio do processo equitativo ou justo, o que leva a abranger os princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para os litígios penais, especialmente as garantias da legalidade, o princípio do contraditório, direito de consulta ao processo, entre outros. A função da alusão no texto constitucional do direito de audiência e defesa é ressaltar que as garantias processuais basilares se estendam ao processo disciplinar e que a ausência de tais garantias, como a falta de audiência ou a omissão das formalidades essenciais ao

⁴⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 76-77.

⁴⁰⁵ A expressão processo equitativo encontra amparo no n.º. 4 do art. 20, da Constituição da República Portuguesa, que determina que a decisão em prazo razoável deve ser alcançada através de processo equitativo. Esta elocução tem como corresponde no direito brasileiro o devido processo legal, positivado no inciso LIV do art. 5º da CF/88. Ao conceituar processo equitativo RUI PINTO preleciona ser uma expressão que compõe um subgrupo de garantias alusivas ao modo como a tutela deve ser gerada segundo a ideia de justiça, bem como conforme a obrigação de dar a cada indivíduo o que lhe é devido, consoante a prestação jurisdicional, em função da dignidade da pessoa humana. Esse subgrupo de garantias admite vários parâmetros de configuração do acesso à tutela jurisdicional como método de obtenção de justiça, cujos principais são a Constituição, a funcionalidade material e a sociedade. Deste modo, um processo é justo porque foi consoante a Constituição e, em especial, ao princípio da igualdade; é justo porque procurou a funcionalidade material; é justo porque a sociedade o tem como tal. Mais vide: PINTO, Rui, *A questão de mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 81-82.

⁴⁰⁶ FIGUEIREDO, Nelson, "A Eficácia da Ampla Defesa no Processo ... 2004, pp. 581-582.

⁴⁰⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo Administrativo Disciplinar*, 2ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 67.

processo, levam ofensa ao conteúdo essencial do direito fundamental de defesa, o que gerará, conseqüentemente, a nulidade da demanda disciplinar.⁴⁰⁸

A integração do funcionário na organização administrativa serve, é certo, para justificar a existência de um poder disciplinador nas mãos da Administração, que possui forte influência do poder administrativo sancionador genérico. Contudo, qualquer cerceamento de direitos e garantias requer uma justificativa concreta para a eventual restrição, por ser necessário exigências razoáveis e proporcionais, bem como para o alcance do bom funcionamento da Administração.⁴⁰⁹

5.3. Direito Sancionador e Contratos Públicos

Inicialmente é relevante consignar que a Administração Pública, como um todo, realiza continuamente acordos bilaterais com entidades privadas, nas mais diversas modalidades de contratos públicos,⁴¹⁰ aqui em sentido amplo, com o escopo de efetivar seus programas de governo e políticas públicas, ou seja, suas finalidades.⁴¹¹

Com efeito, para a Administração é imprescindível a firmação de novos contratos para a continuidade de suas atividades, bem como pelo cumprimento de suas finalidades, dos interesses coletivos. A colaboração da iniciativa privada nas tarefas consideradas de governo é crescente, em virtude do peso cada vez menor do Estado ao estar envolto pela dinâmica conferida pelo Estado Regulador.⁴¹²

A contratação pública possui objetivos públicos primários e secundários. Como primário temos a correta prestação do serviço, ou a realização da obra. Como interesse secundário ou colateral e não menos importante para a Administração, passemos a observar outro campo de visão, qual seja: a sócio-econômica. Nessa seara, importa para o Governo assegurar a eficiência econômica nas negociações públicas, onde o valor da obra, ou serviço prestado, seja o menor possível, tendo em vista a

⁴⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 947.

⁴⁰⁹ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, p. 185.

⁴¹⁰ No ordenamento jurídico português, os contratos públicos estão regidos pelo Código de Contratos Públicos – CCP, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, entrando em vigor somente em 29 de julho do mesmo ano. Já na legislação brasileira os contratos administrativos estão dispostos na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos).

⁴¹¹ CAMMAROSANO, Márcio, “Contratos Administrativos: atrasos de pagamentos e direitos dos contratados” in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 541.

⁴¹² CAMMAROSANO, Márcio, “Contratos Administrativos: atrasos de pagamentos ...” 2004, p. 541.

persecução da redução dos gastos públicos, notadamente, evitando o aparecimento, ou a propagação de crises ou, ainda, reduzindo seus efeitos.⁴¹³

Contudo, ao recepcionar a colaboração do particular, a Administração arma-se de todo o aparato funcional e legislativo devidos, com o escopo de se resguardar e na busca de evitar qualquer desvio de seus fins. A vontade do administrador público encontra-se regida pela observância das leis e dos princípios que envolvem as atividades administrativas que, conseqüentemente, validam suas ações e tomadas de decisões enquanto gestor dos bens, recursos e interesses públicos.⁴¹⁴

O poder do Estado evoca certo ar de autoridade diante dos administrados. Parcela desse poder é exercida pela Administração⁴¹⁵ que se encontra imbuída por doses de imperatividade dos seus atos. Contudo, cabe-nos situá-la no campo do Estado de Direito, onde a ordem jurídica estimula a contínua busca pela pacificação social. Tal realidade faz com que a Administração permaneça impossibilitada de alcançar seus fins arbitrariamente e com isso opte por lançar mão de instrumentos públicos que prezem pela consensualidade na efetivação dos seus atos, como o contrato administrativo.⁴¹⁶

Contudo, nem sempre foi assim, pois no início vigorou a tese da inaceitabilidade dos contratos públicos, uma vez que o poder administrativo, como poder soberano deve comportar-se como indisponível, não lhe facultando o exercício de forma condescendida, mas somente por meios de atos unilaterais e cogentes, de modo a impor sua vontade ao particular.⁴¹⁷

Para ZANELLA DI PIETRO o contrato administrativo pode ser definido como um acordo formal que a Administração celebra com o particular para a prossecução da finalidade pública, adotando regime jurídico de direito público. Entretanto, existem contratos celebrados pela Administração cujo regime jurídico, o qual se submete, é de direito privado.⁴¹⁸

Na visão de DIÓGENES GASPARINI os contratos administrativos são atos plurilaterais ajustados pela Administração Pública, ou por quem lhe faça as vezes, com

⁴¹³ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise” in *Estudos de Contratação Pública III*, Organização: Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 6-7.

⁴¹⁴ CAMMAROSANO, Márcio, “Contratos Administrativos: atrasos de pagamentos ... 2004, p. 542.

⁴¹⁵ Aqui compreendida a Administração Pública interna. Voltada para a execução e desenvolvimento das funções administrativas direcionadas à população.

⁴¹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral. Tomo III Atividade administrativa – Contratos Públicos*, Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 13.

⁴¹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral ... 2008*, p. 15.

⁴¹⁸ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di, *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 250.

determinado ente privado físico ou jurídico, cuja validade e condições de efetivação sob responsabilidade do particular podem ser alteradas, por vezes unilateralmente pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contraente privado.⁴¹⁹

Há, ainda, quem diferencie *contratos públicos* de *contratos administrativos*, como VIEIRA DE ANDRADE, onde a primeira expressão seria a mais abrangente, aplicando a qualquer contrato firmado no âmbito da função administrativa, indistintamente, no tocante a designação e a natureza do contrato (seja de direito público, seja de direito privado), desde que outorgados pelas entidades adjudicantes, são elas: a) pessoas coletivas públicas – que consistem na habitual Administração Pública; b) organismos públicos – são entidades designadas para atender as necessidades de interesse geral, privada de aspecto comercial ou industrial, isto é, sua atividade econômica não adota as regras do mercado e da livre concorrência. Esses organismos são custeados ou são submetidos ao controle e influência das pessoas coletivas públicas; c) diversas entidades, inclusive empresariais, que atuam em áreas especiais como serviços de água, energia, transporte, correios, entre outras. Já os *contratos administrativos* possuem significado mais restrito, por permitirem a contratação de entidades públicas entre si e com contraentes particulares, estando sujeito ao regime substantivo de direito público.⁴²⁰

Segundo MARCELO REBELO DE SOUSA, o contrato administrativo é um instrumento que viabiliza o funcionamento da Administração, podendo ser conceituado como um acordo de vontades que tem o escopo de produzir efeitos em uma relação jurídica administrativa. Ao defini-lo como um pacto de anseios ou ambições mútuas, podemos aduzir a característica da bilateralidade do ato, distinguindo-o de outras modalidades jurídicas de atividade administrativa, em específico do ato administrativo.⁴²¹

Nesse acordo de vontades um dos contratantes é necessariamente o poder público, justificando a denominação dada ao contrato jurídico. Quanto ao efeito, partimos da premissa de que o contrato formaliza uma relação jurídica administrativa

⁴¹⁹ GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1995, p. 373.

⁴²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A propósito do regime de contratos administrativos no ‘Código de Contratos Públicos’” in *Estudos da Contratação Pública II*, Organização: Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 8-11.

⁴²¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral ...* 2008, p. 13.

com efeitos voltados a atender fins públicos, onde é regulado pelo direito público, notadamente, o direito administrativo.⁴²²

Todo contrato administrativo, na qualidade de espécie do gênero contratos, possui natureza comutativa, por consolidar a ocorrência de prestações recíprocas e equivalentes para as partes, consoante acordado. Isso corresponde a uma relação de equivalência – ressalvada a verticalidade devido a um dos contratantes ser o Poder Público⁴²³ – entre os contraentes na medida em que firmaram, por meio de um instrumento jurídico, a combinação de suas vontades, constituindo respectivamente direitos e deveres. O firmamento do contrato propicia aos participantes um elo de equilíbrio, que se quebrado, proporciona prejuízo a um dos acordantes, desarmonizando, portanto, a relação e acarretando a consecução dos efeitos jurídicos ali consignados, bem como os decorrentes da legislação geral.⁴²⁴

Ainda quanto aos efeitos da relação, deve-se ter em pauta, quanto aos diversos aspectos caracterizadores da modalidade do contrato em tela, o fato de que uma das partes signatárias é a Administração Pública. Revela-se, portanto, que o ato envolve o exercício de função administrativa, caracterizando-se como ato de administração. Ademais, sabemos que o mesmo é também ato jurídico, por produzir efeitos de direito e por fim, como ato de gestão pública, por pretender alcançar fins públicos, elevando-lhe sempre a um patamar superior aos interesses particulares.⁴²⁵

No mesmo sentido ZANELLA DI PIETRO ao apontar as características gerais dos contratos administrativos, das quais escolhemos algumas como: a) a Administração Pública encontra-se como uma das partes contratantes; b) o contrato possui finalidade pública para Administração e o lucro como fim ao particular contratante; c) adoção de procedimento legal e formal de acordo com o tipo de contrato; d) o dispositivo contratual possui cláusulas exorbitantes ou cláusulas de sujeição⁴²⁶ que atribui a supremacia do Poder Público sobre o particular; e) tem a qualidade de ser mutável, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre ambos.⁴²⁷

⁴²² SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral ...* 2008, p. 13.

⁴²³ ZANELLA DI PIETRO diferencia a relação contratual. Quando os contratos forem regidos pelo direito privado a relação jurídica será horizontal, entretanto, quando os contratos estão submetidos ao regime de direito público temos a característica da verticalidade na relação jurídica, em que a Administração age como Poder Público. Mais vide: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo ...* 2003, p. 240.

⁴²⁴ CAMMAROSANO, Márcio, “Contratos Administrativos: atrasos de pagamentos ... 2004, p. 543.

⁴²⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral ...* 2008, p. 14.

⁴²⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral ...* 2008, p. 25.

⁴²⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo ...* 2003, p. 250.

A mutabilidade dos contratos, notadamente, aqueles que se estendem no tempo demonstram que eles estão abertos a sucessivos e contínuos arranjos, conforme o andar da evolução do mundo econômico e social. Por outro lado, os contratos podem assumir a *função reguladora*, na medida em que firmam relações futuras entre os partícipes, cujas situações no tempo são incertas e desconhecidas.⁴²⁸ Ademais, a *regulação através dos negócios* utiliza a contratação pública como uma política pública, por meio do qual os procedimentos adjudicatórios são instrumentos de redução das despesas públicas, na medida em que se procura a melhor proposta, o melhor valor, ou menor valor, isto é, a eficiência na gestão pública.⁴²⁹

Vale salientar que nos casos de inadimplemento do contrato com a Administração, parcela do direito punitivo estatal envolve a relação jurídica, o que pode acarretar a aplicação de penalidades administrativas, ou melhor, sanções administrativas. Tais sanções podem advir de cláusulas estipuladas no próprio contrato administrativo, como também pela legislação que o rege.

O poder sancionador, no âmbito da execução dos contratos, representa o poder de rescindir o contrato, como sanção, ou impor outras penalidades sancionatórias ao agente privado contraente. A sanção aplicada ao particular supõe qualquer problema na execução do contrato que pode ser o seu incumprimento, total ou parcial, atraso na efetivação do mesmo, ou quando a implementação do contrato for realizada de forma inadequada ou defeituosa, sem atender aos critérios ali determinados. Ademais, as sanções podem advir, também, quando o particular subcontrata o instrumento público contratual, ou o dá como cessão, sem estar expressamente previsto tal ação no mesmo, ou sem a devida autorização da autoridade contratante.⁴³⁰

5.4. Princípio da Moralidade Administrativa

Inicialmente, convém esclarecer que a moral⁴³¹ aqui tratada no presente trabalho refere-se à questão da idoneidade do agente, seja público ou privado, de forma

⁴²⁸ MELO, António Moreira Barbosa de, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público” in *Estudos da Contratação Pública I*, Organização: Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 20-21

⁴²⁹ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de Contratos Públicos ... 2010, pp. 7-8.

⁴³⁰ FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Contratação Pública: uma introdução em dez aulas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 200-202; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 725-728.

⁴³¹ A moral tratada por alguns juristas versa sobre a moral no sentido de abordar a discussão da liberdade de expressão, principalmente, quando tratados em obras cinematográficas e de televisão, onde se aborda

que a relação entre a Administração e seus pares, bem como com a sociedade seja caracterizada pela idoneidade de suas ações, a fim de se afastar de eventual vício que venha prejudicar suas atividades e que possa sempre alcançar o bem comum. A qualidade de idôneo traduz aquele que se rege por tudo o que é moralmente correto.

Mas o que é moral? Em sentido amplo, esse vocábulo é compreendido como um conjunto de valores comuns compartilhados pelos membros da coletividade em determinado período de tempo. Sua definição é volátil, sendo norteadada por critérios de ordem sociológica que sofre mudanças conforme os costumes e padrões comportamentais da base ética de determinada comunidade. Portanto, possui noção de natureza universal, demonstrando a variação de sua acepção de acordo com a época, o ambiente definido e os mentores de sua concepção.⁴³²

Para ODETE MEDAUAR, a configuração da acepção de moralidade administrativa é de difícil conceituação, por ser complicado encontrar palavras que explicitem a amplitude de condutas e práticas que se adéquam aos fins da Administração Pública. A visualização do que vem a ser moral, ou imoral, em termos administrativos, será mais visível pela manifestação contextualizada da ação ou omissão do agente e de sua consequente tomada de decisão, pois em geral a imoralidade destaca-se na conjuntura inserida, por não condizer com o conjunto de normas comportamentais emanadas dos regimentos disciplinares e demais princípios norteadores da Administração.⁴³³

No momento em que os sentimentos são auferidos pela esfera moral, as normas do direito passam a ser norteadas e delineadas por esses valores. Com a concepção de moral tornou-se possível diferenciar e proteger aqueles que estão de boa-fé nas suas condutas e sancionar os demais que agem na perversão, perseguindo o desvio normativo. Relevante expor que a moral nem sempre se concretiza meramente como objeto propedêutico do direito, mas, por vezes, interage na ciência jurídica e com ajuda do poder coativo do Estado, exsurge como norma de conduta obrigatória.⁴³⁴

O princípio da moralidade evoca para o direito a convivência entre a juridicidade e a filosofia da dignidade moral, cuja amplitude não pode ficar restrita

conceitos e valores pessoais quanto à assuntos específicos do cotidiano das pessoas, como obscenidades, adultério, drogas, religião, entre outros temas polêmicos para a sociedade. Mais vide: NOAILLES, Carlos Alberto, *A moral pública no Direito Constitucional Argentino*. Separata de "Scientia Iuridica", tomo 17, nº 92-94, Braga: Livraria Cruz, 1968.

⁴³² GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 74.

⁴³³ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno ...* 2010, pp. 130-132.

⁴³⁴ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 75.

apenas perante os agentes públicos e as atividades por eles desenvolvidas, mas sobretudo abrangendo toda a sociedade de modo a lhe dar máxima eficácia possível.⁴³⁵

A concepção de Estado Democrático de Direito robustece a relevância da moralidade ao evidenciar um vínculo existencial entre a democracia e a moralidade, na medida em que a coletividade influencia o exercício da soberania estatal, de modo que seus parâmetros de atuação venham a atender as balizas morais da sociedade.⁴³⁶ Para MARCELO NEVES o Estado Democrático de Direito apresenta-se como um dos institutos mais permeáveis a abrigar e possibilitar a reprodução construtiva da sociedade mundial contemporânea, tanto no tocante a sua complexidade sistêmica, quanto na abordagem de sua “*heterogeneidade de interesses, valores e discursos*”.⁴³⁷

Nota-se que o Estado de Direito é o real sustentáculo do positivismo jurídico, descobrindo seu fundamento de validade no sistema normativo. Ressalte-se que a norma é a fonte primária da existência do Estado de Direito e de todos os atos estatais. Soma-se a esta aceção a aderência de elementos imprescindíveis como os valores (éticos e morais) e as pretensões da sociedade, demonstrando os verdadeiros detentores do poder: o povo. Destarte, a coesão entre a esfera legal e os valores que a precede e a delimita, constitui no que denominamos de Estado Democrático de Direito.⁴³⁸

Para EGON BOCKMANN o verdadeiro Estado Democrático, na visão substancial, atende e respeita aos ditames da moral pública, ao firmar um compromisso com a moralidade. Do contrário, a democracia amoral, sem a absorção dos valores morais sociais, além de se distanciar da sociedade, apresenta-se apenas como uma democracia formal, fraca, perante a legitimidade e aprovação social.⁴³⁹

Os direitos, liberdades e garantias fundamentais, assegurados pelo Texto Constitucional, consistem em balizas comuns a serem seguidas por todos os poderes do Estado, uma vez que a Constituição, localizada no ápice do ordenamento jurídico, está inserida no Estado de Direito.⁴⁴⁰ A relação Estado e Direito submete a atuação do poder

⁴³⁵ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo ...* 2010, pp. 107-108.

⁴³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo ...* 2010, pp. 107-108.

⁴³⁷ NEVES, Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XIX.

⁴³⁸ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 65.

⁴³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo ...* 2010, pp. 108-109.

⁴⁴⁰ CAMPOS, Francisco, Parecer. *Revista Forense*, n. 146, p. 69-77, 1952 *apud* BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro, “A legalidade no Estado Democrático de Direito: Necessidade de Razoabilidade e de Proporcionalidade das Leis” in DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 52.

ao ordenamento jurídico vigente, ou seja, o poder estatal obedece ao princípio da legalidade e todos os demais que se complementam na busca do bem comum.⁴⁴¹

Os Estados quando assumem regimes totalitários passam a suprimir e destruir os valores morais tradicionais, ao passo que os Estados Liberais tendem a assegurar a continuidade dos fins morais de cada indivíduo. Este é o pensamento de FRIEDRICH HAYEK.⁴⁴²

Ainda segundo a concepção hayekiana, as regras sociais e morais são normas indispensáveis para o alcance do interesse público. A utilização do monopólio da força pelo Estado se legitima pela prossecução do interesse coletivo, não se acolhendo o seu uso para alcançar fins privados, em razão disso, as regras do direito são compostas de forças coativas por buscarem o bem comum.^{443 444}

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da moralidade foi positivado, constitucionalmente, no art. 37 da Constituição Federal⁴⁴⁵, onde a Administração Pública se vê vinculada ao seu cumprimento em harmonia com os demais princípios ali explicitamente positivados. Atente-se para a relevância a que foi dada a este princípio no sistema jurídico a ponto de colocá-lo no ápice normativo, como

⁴⁴¹ Cabe a Maurice Hariou, pela *Théorie de l'institution* (Teoria da Instituição), a concepção de que o Estado não deve servir a si mesmo, mas sim como um aparelho destinado à realização do interesse público. Para tanto foi necessário criar mecanismos que proporcionassem atingir o fim desejado e que evitassem desvios na consecução desse fim. Para isso a moralidade administrativa apareceu como um relevante mecanismo de controle e contenção das atividades da própria Administração. Mais vide: GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 78.

⁴⁴² CAMPOS, Manuel Fontaine, *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, Porto: Publicações Universidade Católica do Porto, 2000, pp. 99-100.

⁴⁴³ CAMPOS, Manuel Fontaine, *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek ...* 2000, p. 102.

⁴⁴⁴ A noção de interesse público, segundo Hayek, como interesse das grandes sociedades, compreende a definição do *mínimo denominador comum*, qual seja: a noção daquilo em que todos podem concordar, na medida em que o mínimo não corresponde à preferência de determinados fins privados em detrimento de outros. Assim, a *ordem social espontânea* representa o fim coletivo possível, de modo a permitir a maximização da realização dos fins individuais. O interesse comum termina por ser aquele em que cada indivíduo possua as melhores possibilidades de atingir a satisfação dos seus interesses. E o sistema que assegura a maximização do contentamento dos interesses privados é a ordem espontânea liberal, onde todos almejam que seus interesses sejam alcançados por meio do *instrumento multi-propósitos*. Ou seja, devido à complexidade da grande sociedade na prossecução dos seus fins pessoais, o sistema da ordem espontânea vem à tona como instrumento multi-propósito. Este denominador comum representa o fim da sociedade, entretanto traduz, também, um meio pelo qual as pessoas são consideradas individualmente, na busca da satisfação dos seus interesses particulares. O que ocorre é um acordo quanto ao fim, que na verdade surge como o meio para alcançar seus interesses. E como todos aguardam que a ordem espontânea venha proporcionar o cumprimento dos seus fins, evita-se os conflitos entre os fins e alcança-se a paz. Mais vide: CAMPOS, Manuel Fontaine, *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek ...* 2000, pp. 102-108.

⁴⁴⁵ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:* (grifo nosso)

um dos princípios norteadores das atividades públicas, incorporando no funcionamento do Estado conteúdo não apenas formal, mas substancial.

O princípio da moralidade vem somar no ordenamento jurídico dando-lhe coerência, isto é, a finalidade normativa está norteada pela moralidade pública que vem esclarecer o seu conteúdo, dar-lhe sentido e determinar o seu alcance. Ressalte-se que não estamos aqui defendendo a possibilidade de revogação das regras jurídicas por normas morais, mas o aumento do controle das atividades administrativas e suas relações com os particulares por meio de valores morais aplicados as normas jurídicas. Fazemos alusão, portanto, a amplitude do campo de visão da legalidade, onde se abrange a legalidade substancial e não a meramente formal.⁴⁴⁶

A norma moral, por possuir maior flexibilidade, acompanha de modo mais célere as transformações sociais, o que a torna indispensável para a contínua busca do ideal de justiça. O engessamento e a rigidez do sistema normativo terminam por prejudicar a agilidade que se almeja dos institutos jurídicos. Essa aspiração pode ser percebida pelo fato da legislação nos remeter frequentemente ao conceito dos bons costumes, expressão que transporta consigo abundante carga moral.⁴⁴⁷

Não é satisfatório que o agente público permaneça restrito meramente ao princípio da legalidade, tornando imprescindível a observância da ética administrativa, ajustando sua conduta com a persecução do interesse público. Assim, a moral administrativa advém do ambiente institucional, pondo limites à atuação dos poderes do Estado para que cumpram efetivamente a função a que foram designados, que é a perseguição do bem comum.⁴⁴⁸

Dessa forma, um ato pode atender ao princípio da legalidade, ao condizer os ditames prescritos na lei e estar, simultaneamente, eivado de elementos externos, como interesses privados, entrando em desarmonia com a moralidade administrativa, na medida em que não consente com os ideais da justiça, probidade, dignidade, lealdade e boa-fé, que devem envolver as ações estatais e as suas relações com os particulares.⁴⁴⁹

O princípio da moralidade administrativa confere valores como a honestidade, zelo pela atividade e bem público, e se infiltra tanto nas intenções, ou motivos determinantes do ato, como na qualidade do resultado das suas ações, fazendo com que

⁴⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo ...* 2010, pp. 109-110.

⁴⁴⁷ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 77.

⁴⁴⁸ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, pp. 80-81.

⁴⁴⁹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 83.

o dever da boa administração pública seja caracterizado por atos administrativos quando carreados pela moralidade administrativa.⁴⁵⁰

No mesmo sentido DIOGENES GASPARINI ao afirmar o forte vínculo entre a moralidade administrativa e a definição do bom administrador, como aquele que ao exercer a sua competência de gerir o património público e realizar demais atos administrativos (unilaterais ou bilaterais), encontra-se sempre regido pelos preceitos legais e morais, ao propugnar pelos meios mais eficientes e por auferir os melhores e mais úteis resultados, na linha do interesse público.⁴⁵¹

Para BOCKMANN o aspecto subjetivo do princípio da moralidade pública não se restringe a Administração Pública (direta e indireta), mas inclui, também, a relação com os agentes privados. A Administração, em momento algum, poderá aturar atos dos particulares desprovidos de respeito à moralidade, quando estes estiverem em relacionamento com o poder público, seja nos contratos, seja nas diversas modalidades do ente privado ao exercer a função pública (concessão, permissão, delegação, autorização, etc).⁴⁵²

Na hipótese de ocorrência de ato não condizente com o princípio da moralidade, na estreita relação com o particular, como poderá a Administração se defender, proteger a sociedade e a consecução do bem comum? Exsurge, dessa forma a força coativa do Estado e a possibilidade de intervir, legitimamente, na autonomia da empresa contratada, por exemplo, limitando a liberdade e aplicando, por meio de prévio processo administrativo, sanções administrativas.

Com a amplitude do princípio da moralidade abrangendo, também, o particular contratante, que possui relação com a Administração, temos a possibilidade de penalizá-lo. É o que ocorre, por exemplo, quando os sócios de uma empresa (que recebeu a penalidade de declaração inidoneidade) ao constituírem outra (utilizando-se do mesmo capital, mesmo endereço e com os mesmos objetivos, possibilitando que a empresa apenas venha a usar os bens, equipamentos, instalações e os empregados que possuem) estão seguramente desrespeitando o princípio da moralidade, por se utilizarem de uma artimanha para burlar a aplicação da penalidade imposta. Tal situação traz consigo

⁴⁵⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório ...* 2005, p. 193.

⁴⁵¹ GASPARINI, Diógenes, “Disregard Administrativa” in *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 195-196.

⁴⁵² MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo ...* 2010, pp. 111-112.

motivos mais do que suficiente para efetuar a desconsideração da personalidade jurídica da dita “nova” empresa.⁴⁵³

Ainda com base no exemplo exposto acima, GASPARINI vai além, na medida em que defende que se assim não se realizasse, a própria Administração Pública, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, estaria molestando não apenas o princípio da moralidade, mas desobedecendo, também, o princípio da legalidade, na medida em que o Texto Constitucional referenda em seu art. 37 a observância obrigatória aos princípios ali explicitados.⁴⁵⁴ Portanto, como não visualizar a legitimidade na decretação da desconsideração da personalidade jurídica a ser realizada pela Administração, quando os sócios da empresa apenas se dispõem por meio da criação de “nova” pessoa jurídica a trapacear a legislação, com intuito de cometer abusos e transgredir o interesse público?⁴⁵⁵

5.5. Sanção Administrativa: definição e elementos estruturantes.

A compreensão da sanção administrativa parte da premissa de que esta está inserida nas funcionalidades do poder punitivo do Estado, ato de império e cogente, com caráter impositivo sobre o agente. A sanção vincula-se a vertente disciplinadora do direito público, notadamente, do direito administrativo, por ser ato, em regra, veiculado pela Administração Pública, investida no Poder Executivo.⁴⁵⁶

Para tanto, a sanção administrativa, como medida coercitiva do ente estatal localiza-se no ápice da *pirâmide sancionatória* de IAN AYRES e JOHN BRAITHWAITE,⁴⁵⁷ por ser no topo da pirâmide o sítio onde se resguardam as medidas coercitivas do Estado, demonstrando também que são poucas as oportunidades do Poder Público intervir de modo tão imperativo no particular, na medida em que baliza o seu poder sancionador no respeito ao Estado de Direito, tendo como corolário o princípio da legalidade fundado no alcance da primordial função estatal de proteção dos interesses coletivos.⁴⁵⁸

⁴⁵³ GASPARINI, Diógenes, “*Disregard Administrativa*” ... 2004, pp. 195-196.

⁴⁵⁴ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

⁴⁵⁵ GASPARINI, Diógenes, “*Disregard Administrativa*” ... 2004, p. 196.

⁴⁵⁶ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador* ... 2011, pp. 80-81.

⁴⁵⁷ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, *Responsive Regulation* ... 1992, p. 35.

⁴⁵⁸ CLARKE, Michael, *Regulation: the social control of* ... 2000, p. 110.

O instituto da sanção advém de interfaces entre os ramos do Direito Penal e do Direito Administrativo, inclusive do Direito Constitucional, na medida em que a Administração encontra-se vinculada ao Princípio do Estado de Direito, cuja legitimidade do gestor e parâmetros de balizamentos, em regra, advém da regulamentação disposta das normas constitucionais.

Com a identificação do bem jurídico tutelado e havendo a positivação da norma proibitiva que almeja protegê-lo, torna-se indispensável o estabelecimento da penalidade para o infrator. Assim, a sanção vincula-se diretamente com a efetiva prática do ilícito, onde sua oscilação converge em termos qualitativos e quantitativos de acordo com a intensidade da lesão corolário da conduta indevida.⁴⁵⁹

A razão de ser da sanção não consiste em infligir ao infrator mera punição, mas busca exaurir o desassossego causado pela comissão da infração, assim como evitar que futuramente o agente torne a repetir a conduta indevida, de modo a desencorajá-lo. Dessa forma, revela-se a força do ordenamento jurídico vigente e a importância da soberania do direito como instrumento gerador da pacificação social e de fazer reinar a segurança nas relações sociais. Para tanto, entre o ilícito e a sanção deve existir uma relação proporcional com observância aos bens jurídicos tutelados, bem como o temor moral causado aos cidadãos na ocorrência de sua infração. A aplicação da sanção gera para o infrator o devido desconforto, já para a sociedade advém como bálsamo, de modo que esta se sinta protegida, sem o pesar da desagradável sensação de impunidade.⁴⁶⁰

Mas qual o significado de sanção administrativa? JOSE SUAY RINCÓN define como qualquer castigo imposto pela Administração ao administrado, com finalidade punitiva, como consequência de uma conduta considerada ilegal, tendo como antecedente o transcorrer de procedimento administrativo.⁴⁶¹ Vale salientar que o desenvolvimento do processo administrativo, que culminou em aplicação de penalidade administrativa, deve ser sempre pautado pelo princípio do devido processo legal que abrange outros princípios fundamentais para o funcionamento adequado da demanda processual, impedindo a concretização de qualquer situação processual que ponha o administrado em desvantagem, de modo a não acarretar-lhe qualquer prejuízo na defesa dos seus direitos.

⁴⁵⁹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 449.

⁴⁶⁰ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa ...* 2004, p. 449.

⁴⁶¹ RINCÓN, José Suay, “Sanciones administrativas”, p. 55 *apud* OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 83.

EGO BOCKMANN define a sanção administrativa como uma punição a ser aplicada por autoridades administrativas, que requer precedente conduta atrelada a infringência de determinado preceito normativo de ordem administrativa. Dessa forma, os efeitos consequentes da sanção é a imposição de uma penalidade administrativa, em virtude do desrespeito aos precedentes normativos.⁴⁶² Destaque-se que o ilícito aqui em evidência é administrativo, não devendo ser confundido com o instituto do ilícito penal, porém com características semelhantes.

Os ilícitos administrativos possuem embasamento nos regramentos legislativos de ordem administrativa que estão inseridos no regime jurídico-administrativo da função estatal. É a abordagem regulamentar de determinados aspectos da vida privada. A cominação de sanção e a classificação como ilícitos administrativos são destinados a proteção de determinados direitos e valores de manutenção da ordem social.⁴⁶³

Assim, somente pode incidir sanção quando determinado comportamento encontra-se inequivocamente ligado a configuração de uma infração, classificando-as de sanções positivas. Saliente-se mais uma vez que é a exigência da vigência do princípio do Estado de Direito e do princípio da legalidade ao preservar a segurança jurídica nas relações privadas, ou com o ente público, que faz com que o conteúdo das infrações e sanções esteja expresso no ordenamento jurídico.⁴⁶⁴

Ao abordarmos o princípio da legalidade poderemos analisá-lo sucintamente sob o ponto de vista das garantias que dele emanam e protege. Estaticamente, o princípio, em foco, reflete a remessa da punição ao instituto da soberania popular, pois na medida em que confere ao princípio da legalidade competência punitiva, corresponde a asseverar que somente o povo, como legítimo titular da soberania, poderá se encarregar de classificar as condutas como lícitas ou ilícitas, bem como decidir quais sanções serão proporcionais ao ato proferido.⁴⁶⁵

Por outro lado, dinamicamente, o princípio da legalidade proporciona a segurança jurídica (proteção da confiança) das relações, quando torna previsível e certo a ilicitude, a ponto de propiciar a sociedade antecipar-se nas condutas futuras de modo a ordená-las, sem incorrer em qualquer ato que venha a sancioná-lo. Ademais, o

⁴⁶² MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 184.

⁴⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 186.

⁴⁶⁴ LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas ...* 2007, pp. 234-235.

⁴⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2010, pp. 881-882.

cerceamento da legalidade nas infrações suprime as garantias que os cidadãos possuem perante o Poder Público e viola os direitos fundamentais.⁴⁶⁶

A prática do ilícito que culmina na apenação, por meio de sanção administrativa, envolve a positivação de deveres e proibições normativas de base administrativa, com o escopo de disciplinar a conduta dos agentes econômicos.⁴⁶⁷ São três os fundamentos conexos que defendem a especialização do Direito Sancionador, diferenciando-o do direito penal quanto aos valores aqui abordados, são eles: a natureza do ilícito, a natureza da própria sanção e as peculiaridades processuais.⁴⁶⁸

a) A primeira aborda o ilícito punível por meio de sanções administrativas, ou seja, advindo das infrações das normas administrativas. Esses ilícitos referem-se à coerção das condutas dos entes privados que possuam ligação com a função administrativa, notadamente, para o presente trabalho, a regulação econômica, objeto da punição oriunda de proibição ou desrespeito aos deveres de cunho administrativo.⁴⁶⁹

Observe-se que os bens jurídicos aqui tutelados não são imprescindíveis para tornar possível a vida comunitária, mas envolve simples valores de criação e manutenção de certa ordem social, com a persecução de finalidades de bem estar social. Enquanto que o direito criminal de justiça (direito penal) pretende realizar a proteção, por meio da tipificação de condutas delituosas, de valores e bens basilares para a sociedade, sendo considerados primários na medida em que proporcionam ser possível a convivência social, ou seja, que direta ou indiretamente interferem essencialmente na vida em comunidade e na personalidade moral, são eles: vida humana, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, etc.⁴⁷⁰

Importante destacar que a força econômica do mercado tem preocupado o Estado e os juristas nos diversos ramos do direito. Para tanto, o direito penal observou a necessidade de criar uma nova área de incriminação para proteger interesses ou valores econômicos que se diferenciam dos interesses e valores patrimoniais normalmente defendidos pelo direito penal, denominada de *direito penal econômico*. Tendência advinda do movimento de contínua especialização da modernidade em face do aumento

⁴⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações* ... 2010, pp. 881-882.

⁴⁶⁷ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 186.

⁴⁶⁸ DIAS, José Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 144-154; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal* ... 2004, pp. 27-34; MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 185.

⁴⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 185.

⁴⁷⁰ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal* ... 2004, p. 27-34;

da complexidade e da impossibilidade do conhecimento pleno de todas as áreas. A segmentação da normatividade acompanhou a especificação da realidade social.⁴⁷¹

O bem jurídico tutelado pelo direito penal econômico engloba assim um comportamento que não ofende diretamente uma determinada pessoa, mas prejudica indiscriminadamente todos os membros da comunidade, sendo classificado de bens supra-individuais, como por exemplo, a segurança interna ou externa do Estado, o patrimônio em geral e as boas regras do mercado.⁴⁷²

Dessa forma, podemos observar que a diferença entre os ilícitos administrativo e penal, quanto ao bem tutelado, também não é pacífica, na medida em que o direito penal, ao estender-se no campo econômico, alcança outros bens que estariam fora de sua normal seara de proteção. Entretanto, toda essa transformação é natural e salutar para a evolução do direito, pois demonstra que ele não está inerte, nem impassível às mudanças sociais. Por outro lado, visualizamos o crescimento do poder de mercado, seus benefícios e malefícios para sociedade, assim como sua relevância para o mundo jurídico, a ponto de ser incluso no ramo penal que, além de tradicional, em regra tutelaria apenas bens de primeiro escalão.

Vale ressaltar que não há supressão do direito penal sobre o direito administrativo sancionador e vice-versa, ambos podem conviver em harmonia e com autonomia, cada um caminhando na sua determinada alçada. A administração Pública não pode se furtar de sua cota de poder punitivo, como já esclarecemos alhures, da mesma forma que o direito penal não pode se omitir de tutelar bens e direitos de crescente importância para a sociedade.

b) A natureza da sanção administrativa, para BOCKMANN, é predominantemente, preventiva⁴⁷³ e, em segundo plano, repressiva, ou seja, são estabelecidas com o objetivo de oprimir a ocorrência de determinadas condutas ilícitas e, simultaneamente, infligem sofrimento ao particular, autor do comportamento ilícito. A prevenção da prática da conduta ilícita é primordial para o Estado, enquanto que a aplicação da punição e seu conseqüente efeito de tormento para o agente violador, é secundária na visão da Administração.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto, 2003, pp. 15-22.

⁴⁷² COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico ...* 2003, pp. 38-42.

⁴⁷³ No mesmo sentido JORGE ANDRADE ao analisar o art. 329 do Código dos Contratos Públicos vislumbra na sanção contratual um sentido persuasório e intimidativo. Vide: SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos ...* 2010, p. 810.

⁴⁷⁴ MOREIRA, Egon Bockmann, "Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, p. 187.

Em sentido divergente, FÁBIO MEDINA, ao conceituar a sanção administrativa, aponta como característica predominante os seus efeitos aflitivos e a define como um castigo aplicado pela Administração Pública – some-se ao Judiciário e demais entes públicos – que recai sobre o particular (pessoa física ou jurídica) e os agentes públicos, em razão da prática de conduta indevida tipificada, com finalidade repressora ou disciplinar.⁴⁷⁵

EDUARDO CORREIA, também, aponta essa característica na natureza da sanção ao verificar que as sanções administrativas representam um castigo a ser aplicado naquele que praticou conduta indevida rotulada como infração administrativa. E esclarece que é justamente tal atributo que as sanções administrativas e penais possuem em comum.⁴⁷⁶

c) Quanto às especificidades do processo administrativo, no âmbito do direito sancionador, enalteçamos a necessidade de autonomia no desenvolver e na conseqüente imposição de sanção. A aplicação da sanção administrativa requer a ocorrência de processo próprio.⁴⁷⁷ Destaque-se que as peculiaridades do processo administrativo sancionador variam de acordo com o regimento dos países, podendo caminhar no âmbito de tribunais e juízes, por vezes especializados para tanto, ou transcorrer em processos a serem realizados pela própria Administração, adequando-se as peculiaridades de sua estrutura.

FÁBIO MEDINA, na análise do instituto da sanção administrativa, lista os elementos fundamentais para sua estruturação, quais sejam: i) autoridade administrativa como elemento subjetivo de poder decisório (pode ser autoridade administrativa, ou judicial); ii) implicação penosa da medida no momento em ela se exterioriza, como elemento objetivo que subdivide-se em: ii1) restrição dos direitos envolvidos, e; ii2) cominação de novos deveres. Voltando-se aos elementos estruturantes, temos: iii) efeito repressor, como elemento teleológico ao incidir na coibição de um comportamento ao tempo que restitui/restaura a ordem jurídica e, por último; d) natureza administrativa do procedimento conferindo-lhe o status de elemento formal.⁴⁷⁸

Após essa exposição sobre as sanções administrativas de um modo geral, passaremos a analisar em tópico posterior ao próximo a peculiaridade da declaração de inidoneidade, umas das sanções que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, que é

⁴⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 100.

⁴⁷⁶ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal ...* 2004, p. 27-34;

⁴⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, ... 2004, pp. 188-189.

⁴⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador ...* 2011, p. 83.

direcionada às empresas que contratam e prestam serviços para a Administração Pública.

Na temática vindoura abordaremos o efeito impeditivo de contratar com o Poder Público que emana do Código dos Contratos Públicos do ordenamento português como requisito para a contratação.

5.6. Código dos Contratos Públicos e o efeito impeditivo de contratar com o Poder Público na seara do ordenamento jurídico português.

Apresentaremos resumidamente o critério impeditivo de contratação, como condicionante para a habilitação de contratar, regido pela legislação portuguesa, por ter efeito semelhante ao da Declaração de Inidoneidade, sanção administrativa do direito brasileiro, e por possuir peculiaridades que o ordenamento brasileiro poderia se inspirar.

Uma das formas de combater a crise de 2008, que perdura na Europa até a presente data, foi a utilização da contratação pública como estratégia de estímulo ao investimento público, de promoção do emprego e, em geral, de fomento à economia. Entretanto, tal estratégia gerou certa polémica. O tipo de contratação pública escolhida e mais incitada foi a parceria público-privada (mais empregada para obras de infraestrutura e para determinados serviços públicos como, por exemplo, a saúde), cuja serventia, a primeiro momento, implicava na não ocorrência do financiamento público direto das obras e serviços, o que diminuía a incidência do déficit público. Por outro lado, o governo estava a financiar empresas privadas, o que não foi visto com bons olhos pela população.⁴⁷⁹

Na legislação portuguesa os contratos públicos encontram resguardo no Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. O art. 55 rotula os impedimentos de contratação com as empresas privadas, onde estas não podem se candidatar para participar dos procedimentos adjudicatórios de contratos públicos pela falta de idoneidade moral, cívica e econômica.⁴⁸⁰ Observe que a questão

⁴⁷⁹ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de Contratos Públicos ... 2010, pp. 6-7; A modalidade *Private Finance Initiative* – PFI demonstrou que embora ocorresse, inicialmente, a desoneração do Estado no investimento, não deixava o Poder Público livre do pagamento para a iniciativa privada, na medida em que apenas dar-lhe-ia mais tempo para efetuar-lo. MOREIRA, Vital, “A Tentação da ‘*Private Finance Initiative (PFI)*’ ” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado ...* 2008, p. 187-190.

⁴⁸⁰ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos ...* 2010, pp. 217-219; TAVARES, Gonçalo Guerra; DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 236-237; OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *et al*,

da idoneidade da empresa é abordada de forma similar à adotada no Brasil pela Lei de Licitações, porém a legislação portuguesa foi mais detalhista na repressão ao particular inidôneo. Ademais, o ordenamento jurídico lusitano foi organizado com vistas a deixá-lo harmonioso com as regras do direito comunitário vigentes na União Europeia.

A Administração atesta a idoneidade na medida em que atua de acordo com a persecução do interesse público, regida em especial pelos princípios da moralidade e legalidade, atendendo disposições normativas vigentes como a aferição da ausência dos impedimentos legais positivados no Código dos Contratos Públicos, bem como quando se preocupa com a idoneidade da pessoa física ou jurídica contratante, de forma a atender todos os requisitos subjetivos e objetivos para a celebração do contrato.⁴⁸¹ O conceito de idoneidade ou situação pessoal do proponente inclui questões relativas à honestidade profissional, solvabilidade ou fiabilidade do ente pretendente e qualidades necessárias para a contratação.⁴⁸²

Assim, os impedimentos são critérios pré-contratuais de aptidão ou idoneidade envolvendo tanto a forma pessoal como profissional. O Código dos Contratos Públicos deixa claro que além de observar se os sujeitos econômicos possuem condições e meios necessários para assegurar o bom cumprimento do contrato, ou seja, a capacidade técnica e orçamentária (art. 81 CCP⁴⁸³ – requisitos positivos e objetivos), analisam, também, os requisitos de idoneidade/honorabilidade pessoal, (art. 55 CCP – requisitos negativos e subjetivos) nos diferentes ramos, como por exemplo, o fiscal, criminal,

Coordenação, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar – guias de leitura e aplicação*. Vieira de Almeida & Associados, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 116-117.

⁴⁸¹ SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral ...* 2008, pp. 125-126.

⁴⁸² OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 500.

⁴⁸³ Artigo 81.º Documentos de habilitação

1 — Nos procedimentos de formação de quaisquer contratos, o adjudicatário deve apresentar os seguintes documentos de habilitação:

a) Declaração emitida conforme modelo constante do anexo II ao presente Código e do qual faz parte integrante;

b) Documentos comprovativos de que não se encontra nas situações previstas nas alíneas b), d), e) e i) do artigo 55.

sancionador (contra-ordenacional) entre outros, como critérios de aptidão profissional⁴⁸⁴ para o exercício da atividade pretendida no procedimento contratual.⁴⁸⁵

O art. 55 do CCP é conhecido na legislação contratual portuguesa como o dispositivo onde repousam os requisitos negativos de habilitação pelos agentes que pretendem contratar com a Administração, isto é, os aspirantes a firmar contrato não podem incidir em qualquer dos requisitos (negativos) se quiserem contratar com o Estado.⁴⁸⁶

Adentrando-se na temática sancionatória observemos a alínea “c” do art. 55 do CCP⁴⁸⁷ que versa sobre os impedimentos na ocorrência de sanções administrativas aplicadas às empresas, de modo a perdurar até que haja a reabilitação da mesma.⁴⁸⁸ Ressalte-se que a incidência do efeito impeditivo de contratar com o Poder Público é consequência da sanção administrativa, anteriormente, aplicada a empresa, ao mesmo tempo em que atua como requisito de contratação.

O art. 329, item 1 do CCP⁴⁸⁹ expõe, expressamente, a ampla vigência do poder sancionador no Código dos Contratos Públicos ao alertar que ele não se restringe somente às sanções cominadas no firmamento do contrato entre as partes, mas que se estende também à legislação que vincula o instrumento público assinado.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ O termo “aptidão profissional” está disposto no texto no sentido da honorabilidade atestada pela própria associação profissional que expede uma certidão garantindo a idoneidade/honorabilidade da empresa com base no passado das atividades laborais e pela ausência de sanções aplicada a ela. Esse certificado é apresentado junto com a documentação no certame licitatório. Como exemplo a Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas – AICCOPN possui em sua página da internet um certificado digital que pode ser solicitado pelos associados. Disponível em < <http://www.aiccopn.pt> > Acesso em abril de 2012.

⁴⁸⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos ...* 2011, pp. 450/ 482.

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos ...* 2011, p. 483.

⁴⁸⁷ c) *Tenham sido objecto de aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional, se entretanto não tiver ocorrido a sua reabilitação, no caso de se tratar de pessoas singulares, ou, no caso de se tratar de pessoas colectivas, tenham sido objecto de aplicação daquela sanção administrativa os titulares dos órgãos sociais de administração, direcção ou gerência das mesmas e estes se encontrem em efectividade de funções;*

⁴⁸⁸ Efeito semelhante ao da sanção administrativa de declaração de inidoneidade (direito brasileiro), cuja implicação perdurará até a reabilitação da empresa, ou da pessoa física contraente, tendo em vista a impossibilidade, bem como incompatibilidade com o fim público, para a realização de contrato com a Administração Pública a ser firmado com o particular inidôneo.

⁴⁸⁹ *Artigo 329.º Aplicação das sanções contratuais*

1 — Nos termos previstos no presente Código, o contraente público pode, a título sancionatório, resolver o contrato e aplicar as sanções previstas no contrato ou na lei em caso de incumprimento pelo co-contratante.

⁴⁹⁰ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos ...* 2010, pp. 808-809; OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *et al*, *Coordenação, Código dos Contratos Públicos ...* 2008, pp. 241-242.

Compreende-se, portanto, que o poder sancionador contratual está espalhado nos normativos do Código dos Contratos Públicos, naqueles que versam sobre sanções administrativas, na descrição de infrações, na proibição de condutas, na imposição de coimas, entre outros. Ao especificar essa vertente, na visão do tema do presente trabalho, abordaremos, designadamente, o poder sancionador que age na privação do direito de participar do candidato ou concorrente em qualquer procedimento adjudicatório do contrato público que está inserto no art. 460 do CCP.⁴⁹¹

A sanção acessória de privação do direito de participar, disposta no item 1 do art. 460 do CCP, poderá ser aplicada cumulativamente com a coima e o seu prazo de duração não pode ultrapassar dois anos.⁴⁹² Vejamos que é análogo as sanções administrativas (multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade) estipuladas pela Lei de Licitações brasileira.

Vale ressaltar que a efetividade da penalidade de privação do direito de contratar com o Poder Público, disposta no art. 460 do CCP, será dada pela obrigatoriedade da publicidade da mencionada sanção, conforme dispõe o art. 463 do CCP,⁴⁹³ ou seja, não basta apenas aplicar a sanção, será necessário dar publicidade à penalidade imposta para se atingir os efeitos repressivos e restritivos almejados pelo legislador.⁴⁹⁴ O princípio da publicidade, no âmbito do direito administrativo, respalda a obrigação de propalar os atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública, no intuito de dar conhecimento/transparência a população e propiciar o controle social,⁴⁹⁵ como também, ao proporcionar o início dos efeitos pretendidos pela sanção.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Artigo 460.º Sanção acessória

1 — Em simultâneo com a coima, pode ser aplicada ao infractor a sanção acessória de privação do direito de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adoptado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infracção e a culpa do agente o justificarem.

2 — A sanção acessória a que se refere o número anterior deve ser fixada segundo a gravidade da infracção e a culpa do agente e não pode, em caso algum, exceder dois anos.

⁴⁹² SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos ...* 2010, pp. 1089-1091.

⁴⁹³ Artigo 463.º Publicidade da sanção acessória

As decisões definitivas de aplicação da sanção acessória prevista no artigo 460.º são publicitadas no portal da Internet dedicado aos contratos públicos durante todo o período da respectiva inabilidade.

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *et al*, Coordenação, *Código dos Contratos Públicos ...* 2008, p. 293.

⁴⁹⁵ A Controladoria-Geral da União – CGU fomenta programas de controle social dos gastos públicos e a prevenção à corrupção pela fiscalização realizada também pela sociedade. Um dos programas é o *Olho Vivo no Dinheiro Público* cujo escopo é orientar o cidadão demonstrando a importância da boa gestão pública, da transparência na Administração, da responsabilização e da fiscalização realizada pela própria população. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/olho_vivo/OPrograma/index.asp. Acesso em abril de 2012. Outro interessante programa é o *Portal da Transparência* com o objetivo de servir de mecanismo indutor dos gestores públicos na correta aplicação das verbas públicas. Atua, ainda, como instrumento que

Em termos comparativos entre os ordenamentos estudados (português e brasileiro) salientamos, ainda, que no art. 40 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁴⁹⁷ de Portugal não há ação popular, ou seja, a fiscalização dos contratos públicos, exercida pelo direito português, esqueceu da atuação ativa e da força popular na inspeção do dinheiro público.

A partir dos preceitos estudados e a comparação com a legislação portuguesa, passemos, no próximo tópico, a análise da Declaração de Inidoneidade, como sanção administrativa, na seara jurídica brasileira.

5.7. Declaração de Inidoneidade no ordenamento jurídico brasileiro

A Declaração de Inidoneidade é uma sanção administrativa cujo efeito de aplicação é o impedimento temporário de participar de licitações e de contratar com toda a Administração Pública. Essa peculiar sanção possui como prazo mínimo pelo menos 2 (dois) anos, perdurando-lhe enquanto não for declarada sua reabilitação.

viabiliza o acompanhamento e controle pela população dos gastos públicos. O Portal da Transparência foi um dos mais premiados programas da CGU. Dentre os vários prêmios, destacamos o Prêmio do Escritório das Nações Unidas contra as Drogas e Crimes – UNODC de Prevenção e Combate à Corrupção a que foi agraciado 2008, na II Conferência dos Estados-Partes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, como exemplo de boa prática de governança. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/sobre/> Acesso em abril de 2012.

⁴⁹⁶ GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, ... 1995, pp. 7-8; GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa* ... 2004, pp. 56-57.

⁴⁹⁷ Artigo 40.º *Legitimidade em acções relativas a contratos*

1 - Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*
- b) Pelo Ministério Público e pelas demais pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;*
- c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adoptado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;*
- d) Por quem tenha impugnado um acto administrativo relativo à formação do contrato;*
- e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;*
- f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tinham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;*
- g) Pelas pessoas singulares ou colectivas titulares ou defensoras de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa previsivelmente causar prejuízos.*

2 - Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*
- b) Pelas pessoas singulares e colectivas portadoras ou defensoras de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas.*
- c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afectar um interesse público especialmente relevante;*
- d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;*
- e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato;*

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a declaração de inidoneidade encontra-se estabelecida pela Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei de Licitações, que dispõe sobre normas regulamentadoras dos certames licitatórios, bem como contratos firmados pela Administração Pública. Mais especificamente, a mencionada sanção está disposta no inciso IV do art. 87 da Lei de Licitações.⁴⁹⁸

Sua incidência recai sobre quem ao contratar com a Administração não executa total ou parcialmente o estabelecido em contrato, ou seja, a inexecução parcial ou total do contrato administrativo tem como consequência a possível aplicação da declaração de inidoneidade, acarretando, acaso aplicada, o impedimento temporário de participar de licitações e de contratar com o Poder Público, cujo prazo poderá vigor até a posterior reabilitação.

Para que a referida sanção administrativa seja aplicada se faz necessário a instauração de processo administrativo, cuja parte processada possui a garantia de realizar a defesa, com o objetivo de esclarecer o porquê da inexecução do contrato (parcial ou total), bem como de qualquer outra conduta praticada que eventualmente incidiria como ilícito administrativo, afim de que não recaia sobre ela a penalidade administrativa.

Ademais, pelo desdobrar do artigo observamos que a aplicação da declaração de inidoneidade pode ser realizada de forma cumulativa com a sanção pecuniária, no caso, a coima (multa) a ser culminada à empresa infratora que não honrou adequadamente o regulamento previsto no contrato, consoante dispõe o §2º do art. 87.

⁴⁹⁸ Art. 87. *Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (grifo nosso)

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Ao final do prazo de 2 (dois) anos, prazo mínimo estipulado no dispositivo legal, o efeito da declaração de inidoneidade aplicada pela Administração não se exaure automaticamente, permanecendo o particular impedido de participar de licitações ou de contratar com a Administração Pública até que advenha sua declaração de reabilitação. Para isso, o ente sancionado deverá adentrar com pedido de reabilitação diante da Autoridade Pública que determinou a inidoneidade.

Relevante ressaltar, que o processo de reabilitação está, ainda, condicionado ao ressarcimento dos prejuízos causados pela inexecução parcial ou total do contrato com o ente público. Assim, somente com o pagamento de eventual dano causado pela não efetivação integral do contratado, poderá o apenado resgatar sua idoneidade/habilitação perante os órgãos públicos.

Percebe-se, portanto, que o prazo mínimo da declaração de inidoneidade é de 2 anos, porém soma-se a ele, como efeito da penalidade, o tempo que sobrevier do pedido de reabilitação até a finalização do processo, quando este declará-lo como habilitado/idôneo novamente.

Ressalte-se que a declaração de inidoneidade (art. 87, inc. IV) não pode ser confundida com a suspensão temporária (art. 87, inc. III), cuja diferença entre os efeitos está no limite temporal de 2 (dois) anos para a suspensão temporária, enquanto que a declaração de inidoneidade perdura sem limite definido até que o apenado venha adentrar com pedido de reabilitação e que sua solicitação seja concedida.^{499 500}

Vale lembrar que o artigo que se segue, art. 88 da citada Lei, amplia a incidência de aplicação da declaração de inidoneidade e da suspensão temporária ao mencioná-las como sanções para as infrações que ali também incidam. Esse dispositivo legal aumenta o raio de abrangência na medida em que inclui no bojo da aplicação da penalidade administrativa as empresas e profissionais – contraentes regidos pela Lei de Licitações e Contratos – que também cometem fraude fiscal, como condicionante para a contratação pública; como também quem praticou atos ilícitos visando frustrar o certame licitatório, outro pré-requisito para a contratação, e quem não comprovou ser dotado de idoneidade. Observemos que todos os itens do mencionado artigo em estudo apontam

⁴⁹⁹ Parecer nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, processo nº 00402.001419/2010-36.

⁵⁰⁰ A tese aqui adotada corrobora com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao prelecionar que a amplitude dos efeitos da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade abrangem toda a Administração Pública, por adotar a Teoria Unicidade da Administração, consoante o disposto no art. 1º da Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...”

anteriores irregularidades já cometidas pelos particulares, funcionando dessa forma como condicionantes para o firmamento de contratos, cujo cumprimento se vê obrigatório (constituição de ficha limpa), caso contrário alberga na imposição de sanção administrativa.⁵⁰¹

Ao interpretar esse dispositivo normativo JUSTEN FILHO preleciona que embora tenha havido o aumento do campo de aplicação da sanção, as condutas praticadas deverão necessariamente estar relacionadas no contrato administrativo, seja ele anterior, coetâneo ou posterior.⁵⁰²

Para demonstrar a gravidade dos comportamentos acima, o artigo 97 da mesma lei (Lei nº 8.666/93) penaliza tanto quem contrata profissional ou empresa inidônea, como pune o particular, que sabendo de sua inidoneidade, procura participar de certames licitatórios ou firma contratos com a Administração Pública.⁵⁰³ Nenhum dos lados estão imunes a apenação.

Quanto à amplitude dos efeitos da Declaração de Inidoneidade, entende-se que se estende por toda Administração Pública, englobando União, Estados e Municípios, uma vez que, segundo o Superior Tribunal de Justiça (Informativo nº 414/2009)⁵⁰⁴ a definição do termo *Administração Pública* utilizado pela lei, foi conferida pelo art. 6º,

⁵⁰¹ Art. 88. *As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:*

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

⁵⁰² JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações ...* 2010, pp.897-899.

⁵⁰³ Art. 97. *Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:*

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

⁵⁰⁴ Informativo nº 414/2009 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Segunda Turma **DECLARAÇÃO. INIDONEIDADE. LICITAÇÃO.**

Cuida-se da repercussão, nas diversas esferas de governo, da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, prevista na Lei de Licitações, como sanção por descumprimento do contrato administrativo. Não se trata da sanção por ato de improbidade de agente público (art. 12 da Lei n. 8.429/1992), cujos efeitos a jurisprudência do STJ limita à esfera municipal. A definição do que seja Administração Pública para esse específico fim consta do art. 6º, XI, da Lei n. 8.666/1993. Vê-se, então, que o legislador conferiu-lhe grande abrangência, e a consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que a inidoneidade vale perante qualquer órgão público do país. Assim, se uma sociedade empresária forneceu remédios adulterados a um município, declarada sua inidoneidade, não poderá fornecer medicamentos à União. Desponta o caráter genérico da referida sanção cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. Precedentes citados: EDcl no REsp 1.021.851-SP, DJe 6/8/2009; REsp 174.274-SP, DJ 22/11/2004, e REsp 151.567-RJ, DJ 14/4/2003. REsp 520.553-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/11/2009. (grifo nosso)

XI, da Lei nº 8.666/93,⁵⁰⁵ demonstrando a adoção da Teoria da Unicidade da Administração Pública expressa no art. 1º da Constituição Federal.

Como exemplos da aplicação da declaração de inidoneidade, temos:

a) a empresa X ao participar de certame licitatório utilizou-se de artifícios ardis para fraudá-lo, como o fato de ter mantido tratativas com outra empresa concorrente no certame visando fraudar o resultado do mesmo. Incorre tal empresa X na incidência da infração administrativa que pode ser cominada sanção administrativa de declaração de inidoneidade. Para a aplicação da sanção foi realizado processo administrativo pelos membros da Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores – CPAF, atendendo ao princípio do contraditório, para resultar na aplicação da pena declaratória de inidoneidade.

No Brasil, a instância administrativa, embora independente, não possui coisa julgada material, instituto próprio apenas para o Poder Judiciário. Dessa forma, com a finalização do processo é corrente a continuação do litígio no âmbito dos tribunais pátrios, com alegações de cerceamento de defesa e outros argumentos. No presente caso, a empresa impetrou o Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ,⁵⁰⁶ com o intuito de obter liminar no sentido de suspender os efeitos da declaração de inidoneidade ou que lhe fosse dada a concessão da segurança pretendida, anulando a decisão administrativa que foi proferida.

O STJ, no exame do caso, analisou todas as alegações da empresa que foram em apertada síntese: cerceamento de defesa, incompetência da Controladoria-Geral da União para processá-la, entre outros. O fato é que ficou demonstrado nos autos, provas consistentes da irregularidade praticada, possibilitando que a decisão do Superior Tribunal de Justiça denegasse a segurança pretendida, na medida em que constatou a regularidade de processo administrativo. Para tanto a empresa entrou no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas ou Suspensas, ficando impedida de contratar com a Administração Pública por no mínimo 2 (dois) anos.

b) Da mesma forma temos a empresa Y que também recebeu a pena de inidoneidade após a realização de prévio processo administrativo. A empresa adentrou

⁵⁰⁵ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

⁵⁰⁶ MS 14.134-DF (2009/0022293-2) Relator Ministro Benedito Gonçalves.

com Mandado de Segurança no Superior Tribunal de Justiça – STJ,⁵⁰⁷ onde alegou, inclusive, a inconstitucionalidade da própria sanção administrativa de declaração de inidoneidade pelo fato de que a Lei nº 8.666/93 não especifica o ilícito administrativo infringido para fins de aplicação da pena. Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro a legislação administrativa não adota o princípio da tipicidade (ou especificação) do ilícito ao não delinear do mesmo modo que os dispositivos normativos penais estabelecem para as condutas criminosas.

Assim, segundo o STJ, perante o direito administrativo, a discricionariedade e a inexistência da tipicidade do ilícito são características próprias das infrações administrativas compatíveis com o ordenamento jurídico.⁵⁰⁸ A conduta não é tipificada, mas enquadrada nas infrações já dispostas pelo texto legal. A nomenclatura *enquadramento* dá ao intérprete da lei (autoridade administrativa competente) um campo aberto (leia-se discricionariedade) para incidi-la. Tal modelo está em harmonia com a flexibilidade⁵⁰⁹ que o Direito deve ter para melhor acompanhar os avanços da sociedade, no caso em tela, para abranger amplamente os criativos comportamentos e as irregularidades praticadas pelos infratores e aspirantes.

O Tribunal, em comento, decidiu que a Administração Pública brasileira, no momento contemporâneo em que se encontra, ao proferir uma decisão com base na moralidade não pode ser mais prejudicada pelo argumento da discricionariedade da lei,

⁵⁰⁷ MS 13.101-DF (2007/0224011-3) Relator Ministro José Delgado.

⁵⁰⁸ MS 13.101-DF (2007/0224011-3) Relator Ministro José Delgado. Para Maria Sylvia Zanella, a discricionariedade encontra justificativa com base em dois critérios: jurídico e prático. No primeiro, a teoria da formação do direito por degraus, de kelsen, é invocada. Essa teoria manifesta-se pelos diferentes graus de expressão do direito, onde a cada ato pode ser acrescido de um novo componente, não previsto no anterior. O aditamento se realiza por meio da discricionariedade, tornando possível o acréscimo. Pelo critério prático, a discricionariedade se fundamenta na impossibilidade do legislador prever todas as condutas possíveis pela qual poderá o administrador passar. Assim, a discricionariedade, além de evitar o automatismo da Administração, propicia o poder de iniciativa para encarar os diversos obstáculos e as crescentes e complexas demandas da sociedade. Vide: Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo ...* 2003, pp. 205-206. Em sentido contrário, JUSTEN FILHO ao julgar inconstitucional e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro a disposição do instituto da discricionariedade administrativa na escolha da sanção compatível ao caso concreto e defende a tese do princípio da legalidade das infrações e atesta a inaplicabilidade das sanções administrativas do art. 87 da Lei nº 8.666/93. Mais vide: JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações ...* 2010, pp. 882-883. (corrente minoritária). Importa ainda destacar e tornar claro que não venho defender, no presente trabalho, o uso da discricionariedade no *poder disciplinar*, especificação do poder sancionador, mas a utilização da discricionariedade como forma de dar efetividade ao regramento em vigor no tocante as penas administrativas dispostas na Lei de Licitações, possibilitando sua aplicação e condenação daqueles que dilapidam o patrimônio público, ao mesmo tempo em que evita a impunidade e afasta o automatismo da Administração Pública, isto é, proporciona a Administração encontrar uma solução para o caso concreto, sem deixá-la de mãos atadas diante do problema que a encara.

⁵⁰⁹ “A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.” Vide: Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo ...* 2003, p. 206.

quando o instituto foi empregado com o fim de realizar a melhor escolha possível, ou seja, alcançar a decisão mais otimizada.⁵¹⁰

5.8. Controladoria-Geral da União – CGU: a experiência brasileira

A Controladoria-Geral da União é considerada um órgão juvenil na história institucional da República Federativa Brasileira. Nasceu em abril de 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.143-31, a princípio sendo denominada de Corregedoria-Geral da União.

A CGU está vinculada diretamente a Presidência da República – PR, ocupando o posto de Órgão de Controle Interno Federal, e está estruturada em quatro áreas fins. A primeira é a Secretaria Federal de Controle Interno – SFC, que tem como escopo realizar auditorias e fiscalizações em todas as verbas de cunho federal, desde que o repasse feito pela União não seja obrigatório. As constatações são encaminhadas aos diferentes órgãos da estrutura institucional brasileira de acordo com suas competências de atuação.

A segunda é a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas – SPCI, que possui como primordial função a prevenção da ocorrência das irregularidades. O vocábulo *corrupção* na nomenclatura do departamento está disposto usando o sentido mais amplo do seu significado. A Ouvidoria-Geral da União – OGU é a terceira área fim da Controladoria. A OGU tem como função receber denúncias, reclamações, elogios e sugestões, de modo a aferir a qualidade dos serviços públicos que estão sendo prestados.

Como quarta e última área fim, temos a Corregedoria-Geral da União – CRG, Órgão Central do Sistema Correcional do Poder Executivo Federal. Esta unidade possui a função correcional, sendo encarregada dos processos administrativos disciplinares, em face dos servidores públicos, bem como dos processos administrativos voltados para as pessoas jurídicas que contratam com o Poder Público, como fornecedoras de material, prestação de serviços, construção de obras públicas etc.

Centrando-nos nesta última área fim, podemos perceber que é nela que os processos administrativos e as consequentes sanções administrativas são concretizadas. Uma das mazelas do Brasil é a desagradável e complacente sensação de impunidade,

⁵¹⁰ MS 13.101-DF (2007/0224011-3) Relator Ministro José Delgado.

muito se deve devido à morosidade do judiciário pátrio, com sua extensa carta de recursos protelatórios e o uso de interpretações sedimentadas de princípios e direitos que deveriam proteger o cidadão contra o abuso do Estado, mas que desviados e desvirtuados, abrigam e defendem particulares mal intencionados, que difamam a imagem do verdadeiro cidadão de bem.⁵¹¹

Dessa forma, é preciso maximizar as possibilidades legais das sanções administrativas, de modo a aumentar o potencial sancionatório das punições administrativas, atingindo tanto o agente público como as pessoas jurídicas que contratam com a União.⁵¹²

Tal expansão do poder da sanção ocorre, quanto à punição das empresas, com a exposição dos seus nomes na internet através de um cadastro, denominado de Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS. O objetivo é listar todas as empresas sancionadas (penalidades: declaração de inidoneidade e suspensão temporária de contratar com a Administração) divulgando quais são os seus nomes para efetivar a aplicação da punição, uma vez que não existia nenhuma relação para se pesquisar acerca da idoneidade da empresa, bem como tornando real o dano à imagem e à reputação das pessoas jurídicas sancionadas.⁵¹³

O Brasil é um país que adotou o sistema federativo, consoante previsto no art. 1º da Constituição brasileira,⁵¹⁴ sendo constituído pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim, quando um órgão estadual apenava uma empresa o outro órgão não ficava ciente da apenação e continuava a permitir a contratação da empresa com o Estado.

A criação do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas teve a finalidade de demonstrar que a questão da inidoneidade dos agentes privados econômicos, ao originar a lista suja dos entes privados, não acarreta bons resultados na medida em que não expõe os infratores a toda a Administração Pública e a sociedade. Essa é, portanto, mais uma tentativa de convencer o setor privado de que ser probo com o Estado pode acarretar bons negócios, afastando o particular da retrógrada ideia de desvantagem competitiva, em razão das empresas concorrentes estarem pagando

⁵¹¹ SOBRINHO, Jorge Hage, *Ciclo de Palestras: Controladoria-Geral da União*, Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, 2010, pp. 23/42.

⁵¹² SOBRINHO, Jorge Hage, *Ciclo de Palestras: Controladoria-Geral ...* 2010, p. 20.

⁵¹³ SOBRINHO, Jorge Hage, *Ciclo de Palestras: Controladoria-Geral ...* 2010, pp. 32-33.

⁵¹⁴ Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

propinas ao setor público, com a finalidade de lograr êxito em futuras licitações e contratos públicos.⁵¹⁵

Outro benefício é tentar conclamar as demais empresas do setor privado a não contratarem com as empresas relacionadas na lista do CEIS, aumentando a pressão sobre elas.

Uma das missões da CGU é por fim a impunidade. A corrupção encontra terreno fértil na impunidade e a CGU busca punir servidores que cometem irregularidades. Não satisfeita com esse viés, ela passou a punir empresas que na vigência do contrato com a Administração, ou na iminência de ser contratada, praticam a irregularidades.

Desta forma, o agrupamento das principais funções exercidas pela CGU – controle, correição, prevenção da corrupção e ouvidoria – foi efetivado, consolidando-as em uma única estrutura funcional.

5.8.1. Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores – CPAF

Na vigência do Estado Regulador – com a diminuição da atuação estatal, a respectiva aproximação da iniciativa privada e visando encontrar o ponto de equilíbrio da atuação estatal – origina-se um quadro de dependência da Administração Pública na continuidade da prestação dos serviços públicos e a conclusão de obras de estruturantes, para com seus parceiros privados.

Contudo, irregularidades decorrem dessa “fusão” com os particulares, por meio de burla, ou por inexecução dos contratos, concessões, permissões entre outras modalidades que vinculam os setores: público e privado. Várias são as irregularidades que se constataem nessa coalizão, como: fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro, etc.

O Estado e a sociedade arcam com os prejuízos advindos desses casamentos mal realizados, para tanto, a Controladoria-Geral da União instituiu a Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores – CPAF, que possui competência de atuação definida pelo art. 2º da Portaria nº 1.878, de 14 de dezembro de 2007 da Controladoria-Geral da União.⁵¹⁶

⁵¹⁵ SOBRINHO, Jorge Hage, *Ciclo de Palestras: Controladoria-Geral ...* 2010, pp. 32-33.

⁵¹⁶ Art. 2º *Compete à Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores:*

I - receber do Corregedor-Geral da União as determinações oriundas do Ministro de Estado do Controle e da Transparência quanto à adoção de procedimentos relativos à eventual aplicação das sanções previstas no art. 87 e no art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993;

Essa relevante Comissão foi instituída na Corregedoria-Geral da União – CRG, área finalística da Controladoria-Geral da União. Por meio dos processos realizados pela CPAF, várias empresas receberam sanções administrativas nas modalidades definidas pela Lei nº. 8.666/93 (lei de licitações), cujas penalidades foram corroboradas pelo Poder Judiciário, que dispõe da competência final de análise dos conflitos.

A atuação da CPAF encontra respaldo no caminho legislativo que vai da Norma Máxima do ordenamento jurídico à regulamentação por meio de decreto, ou seja, envolve a disposição da competência apontada pelo art. 84, inciso VI, alínea “a” da Constituição Federal combinado com o arcabouço punitivo da Lei de Licitações e Contratos, bem como com o art. 18, §4º, da Lei nº 10.683/2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República, e artigos 2º, inciso I e 4º, § 3º do Decreto nº 5.480/2005 que consiste na regulamentação do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

Todo o aparato normativo consente a CPAF atributos para operar nos processos administrativos com o escopo de apurar eventual cometimento de ilícitos administrativos que incidiram fornecedores, prestadores e demais contratantes com o Poder Público, possibilitando, ocasionalmente, a responsabilização pelos mesmos, com o fim de preservar o interesse público, a licitude dos atos, a moralidade administrativa, a eficiência e a economicidade na relação bilateral entre o Estado e os agentes privados.⁵¹⁷

A idoneidade entre os contraentes é uma exigência tanto do princípio da moralidade que impera na Administração Pública, como da supremacia do interesse público em qualquer atividade desenvolvida pela Administração. Sem esse requisito basilar, impedido estará o particular de participar das licitações e contratos públicos e vedado permanecerá o agente privado de atuar em conjunto com o Estado, pelo simples comprometimento deste último com a probidade de suas funções.⁵¹⁸

II - diligenciar junto às unidades da Controladoria-Geral da União e a outros órgãos da Administração Pública para a obtenção de elementos e informações necessários ao bom andamento dos seus trabalhos;

III - autuar, instruir e conduzir os processos administrativos que visem à apuração de atos infracionais às normas legais em matéria de licitação e contratos administrativos de que possam resultar a aplicação das sanções referidas no inciso I;

IV - sugerir a instauração, em órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos processos mencionados no inciso III, bem como acompanhar e promover a avocação daqueles já em curso, ou ainda promover a revisão de feitos já decididos; e

V - adotar ou sugerir outras medidas que se revelem necessárias ao cumprimento de seus misteres.

⁵¹⁷ Parecer nº 234/2010/ASJUR/CGU-PR, processo nº 00190.013939/2010-24.

⁵¹⁸ Parecer nº 234/2010/ASJUR/CGU-PR, processo nº 00190.013939/2010-24.

Para tanto, observa-se que a sanção administrativa de declaração de inidoneidade, na medida em que proíbe a contratação com a Administração, inclusive o ato de participar de licitações, também possui efeito preventivo, porém secundário, obstando a ocorrência de novos ilícitos pela empresa sancionada, ao passo que preserva a moralidade dos atos públicos e beneficia a sociedade.

O cometimento de possível ilícito administrativo pelo protagonista particular e a consequente ciência pelo ente público, obriga ação da Administração que no âmbito federal representa o agir da CPAF na abertura de investigação necessária para constatar e confirmar o acontecido, bem como, reprimir, com base nas sanções já dispostas em lei e nos limites de sua competência funcional, os atores privados que comprometeram a idoneidade na execução da tarefa pública.⁵¹⁹

⁵¹⁹ Parecer nº 234/2010/ASJUR/CGU-PR, processo nº 00190.013939/2010-24.

CONCLUSÃO

As dificuldades e os problemas pelos quais enfrentam o Estado levam-no à mudanças que o molda e o transforma, de modo a se adaptar e evoluir com a sociedade. A progressão, aqui estudada – do Liberal ao Social e agora no alcance do Regulador – demonstra a busca incessante do Estado pelo ponto de equilíbrio de atuação no meio econômico e social, bem como na contínua procura pelo aperfeiçoamento da governação e gestão pública.

Como já observado no decorrer do trabalho, a iniciativa privada vem se estabelecendo cada vez mais forte, eficiente e relevante para a sociedade. Entretanto, os interesses econômicos não estão em consonância com os interesses sociais, para tanto, o Estado surge como terceiro, interventor, ou melhor, regulador da atuação dos agentes privados. Assim, incorpora o Poder Público o papel de mediador e conciliador dos interesses divergentes entre os dois importantes atores na locomotiva evolutiva.

Para isso, a própria atuação estatal vai se modificando, como também vão se transformando a sociedade e os entes econômicos. Na versão Liberal do Estado, ou Estado *Guarda Noturno*, a ideologia defendida era que o capitalismo atenderia naturalmente, através das leis de mercado, as demandas sociais e econômicas. Nesse período vigorou a *mão invisível do mercado*, onde a economia não necessitava da intervenção estatal, pois aconteceria espontaneamente sua autorregulação. Contudo, o que decorreu foi o padecimento da sociedade ao permanecer passível às intempéries econômicas do mercado. Este não conseguiu autorregular-se conforme se previa, nem alcançou os benefícios sociais a que prometia.

Na variante social do Estado, os agentes privados econômicos foram tolhidos e alguns setores da economia foram dominados pelo Estado. Com a restrição de atuação privada, verdadeiros monopólios públicos edificaram-se nessa época por meio da atuação direta do Estado na economia de mercados. A sociedade e os direitos sociais foram os mais beneficiados no período, porém o Estado não suportou o aumento das despesas demandadas pelas prestações sociais na efetivação dos direitos e na proteção das garantias até então adquiridas.

O Estado Providência, ápice da fase social, culminou na crise estatal, onde as despesas sobrepuseram às receitas, levando a insustentabilidade do modelo e a necessidade de mudança. Para tanto, advém o Estado Regulador, como ponto intermédio entre o Liberal e o Social. Ao mesmo tempo em que se procura preservar os

direitos sociais adquiridos, dá-se mais autonomia ao desenvolvimento do mercado, inclusive no cumprimento de serviços e obras públicas, proporcionando ao Estado o equilíbrio de suas contas.

A atividade econômica passa a ser exercida com mais amplitude, devido aos movimentos de liberalização e privatização do Estado Regulador, bem como a intensificação de regulamentos e condicionantes ao comportamento do agente privado, aumentando-lhe a responsabilidade nas atividades. Isso se deve porque algumas tarefas públicas foram cedidas à atuação dos particulares, que se procedeu por meio de contratos, cessões, permissões, autorizações, entre outros instrumentos adequados.

A aproximação entre o público e o privado influencia o Poder Público e o faz revisar certos conceitos de gestão pública, a ponto de levá-lo a se inspirar em procedimentos e princípios até então vinculados a economia. A *good governance* ou boa governança da atividade estatal decorreu do contato dos entes públicos com os sujeitos econômicos. A gestão pública e qualidade dos serviços prestados à sociedade estavam em foco.

A positivação do direito à boa administração aumentou-lhe a relevância no seio público, assim como a adoção de princípios como a eficiência, a moralidade e a segurança jurídica (proteção da confiança) demonstra ser imperativa a mudança do modo de agir do governo. Para se afastar da crise, o Estado pauta-se no empenho de melhorar continuamente sua própria gestão, espelhando-se nos procedimentos vencedores da célula dos mercados privados que é a empresa. A expressão *maiores resultados com menores custos* transforma-se em lema nas atividades estatais, cabendo a ciência jurídica o dever de lembrar o Poder Público da realização de suas obrigações sociais e na efetivação dos direitos.

O próprio cidadão, na vigência do Estado Regulador, passa a ser intitulado como utente dos serviços públicos, similar a relação entre consumidor e fornecedor. Visão esta que justifica o enaltecimento do direito à boa administração pública na visão da sociedade e como dever à boa administração pública no campo do governo.

Destaque-se que todo esse quadro transformador social e político acontece em razão do crescente poderio empresarial a nível internacional, através das multinacionais, advindas do fenómeno da globalização. Este explicitou o enfraquecimento do Estado, diante das demandas internacionais, incitou a necessidade de criação e fortalecimento dos organismos internacionais de atuação e evidenciou a fragmentação do poder.

O intercâmbio público-privado levou os estudiosos do direito a acompanhar e abordar conceitos econômicos. Determinados ramos jurídicos, inclusive os mais tradicionais, como o direito penal viu-se na obrigação de abordar novas definições e bens a serem tutelados em face da importância dada pela sociedade aos mesmos; como também ocasionou a ampliação dos poderes sancionatórios do Estado em razão da nova situação disposta no cenário econômico mundial.

Na medida em que o Estado cede espaço à ação dos agentes privados, cresce os mecanismos regulatórios, como também a necessidade de imposição e implementação desses instrumentos que, por vezes, demanda do Estado a utilização de sua força cogente.

A utilização da empresa, célula da economia, como fachada (instrumento) para a realização de atos ilícitos não impede a aplicação de punição. Como já expomos no Capítulo 4, o direito à liberdade da empresa é uma especificação do direito à liberdade individual e do mesmo modo em que este último não é absoluto, assim também não será o primeiro. Vale salientar, portanto, que o direito à liberdade da iniciativa privada não está livre da intervenção estatal merecendo ser tolhido quando realizado de forma abusiva ou quando contrário aos normativos a que zelam o Estado de Direito, isto é, contrário a lei.

Por outro lado, como direito fundamental ele deve ser protegido perante terceiros, assim como diante da própria atuação estatal. Nessa situação desponta o Estado Regulador e seus normativos regulatórios ao proporcionar o desenvolvimento do mercado salutar, ao tolher a atuação desconforme aos seus regramentos e ao não permitir que o Estado venha a penetrar no núcleo essencial de preservação do direito.

Deste modo o emprego do poder sancionador, regido pelos ditames do Estado de Direito, resguarda o direito fundamental à liberdade de empresa, na medida em que inibe e sanciona as ações (ou omissões) discrepantes das condutas condizentes aos preceitos legais. Assim, o Estado Regulador proporcionou a expansão do poder sancionador da Administração Pública.

Não bastava apenas estabelecer as regras de condutas para as atividades desenvolvidas pela iniciativa privada, havia a veemente necessidade de vê-las cumpridas pelos particulares, devido ao risco vigente na sociedade moderna. Para isso, a vinculação de certas atividades, bem como a proibição de alguns comportamentos, por meio de normas cogentes, com a correspondente e adequada sanção ao caso, torna-se

imprescindível para o efetivo cumprimento da regulamentação e a concretização da implementação do sistema regulatório.

Dentre as sanções administrativas que podem ser aplicadas ao particular demos especial atenção a Declaração de Inidoneidade no ordenamento jurídico brasileiro, regulada pela Lei de Licitações nº 8.666/93, cuja aplicabilidade só foi abordada recentemente pelo Governo brasileiro, tanto pela pressão de organismos internacionais que zelam pela transparência da gestão pública, como pela influência do clamor social que luta pelo fim da cultura de impunidade tão arraigada na sociedade tupiniquim.⁵²⁰

A falta de mecanismos como a publicidade da sanção por meio da elaboração de lista das empresas impossibilitadas de contratar com a Administração Pública e a não atuação conjunta e harmoniosa dos órgãos da administração, também, dificultaram, a princípio, a concretização desse instrumento de punição, mesmo já positivado.

A atuação da Controladoria-Geral da União, como órgão central do controle interno, em especial, pela criação da Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores – CPAF, foi crucial para a implementação e efetivo uso das sanções administrativas dispostas na legislação de licitações e contratos.

Com o decorrer da aplicação da sanção, a desarticulação entre as entidades da Administração Pública se mostrou evidente, na medida em que se questionou a amplitude dos efeitos da declaração de inidoneidade para os demais órgãos da administração. Fase essa, ainda em pacificação pela ação da jurisprudência e apresentação doutrinária na interpretação dos dispositivos legais.

⁵²⁰ O vocábulo tupiniquim refere-se a uma das várias tribos indígenas que habitavam a região em que hoje está situado o Brasil. No passar dos tempos, mencionada expressão passou a ser sinônimo de sociedade brasileira, como resgate as raízes aborígenes e a valorização das antigas civilizações sul-americanas que povoavam a região.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 2006.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da empresarialidade: as empresas no direito*, Coimbra: Almedina, 1999.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Limites Constitucionais à iniciativa económica privada*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Antônio Manuel Ferrer Correia, vol. III, 1991.

ALCORTA, José García, *La limitación de la libertad de empresa em la competência*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

ALVES, André Azevedo, *Ordem, Liberdade e Estado – Uma reflexão crítica sobre a filosofia política em Hayek e Buchanan*, Senhora da Hora: Edições Praedicare, 2006.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de ‘acto administrativo’ no nosso tempo”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 61, Ad Honorem – 1, Separata de: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A propósito do regime de contratos administrativo no ‘Código de Contratos Públicos’” in *Estudos da Contratação Pública II*, Organização: Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2009.

ARAGÃO, Alexandra, *A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?* In Boletim da Faculdade de Direito, Separata de Colóquio Ibérico, Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Studia Iuridica 84, Ad honorem 2, Colloquia 14, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ARNAUD, André-Jean, *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*, tradução: Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York; Oxford: Oxford University Press, 1992.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo Administrativo Disciplinar*, 2ª Ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARRETO, António, *et al*, *Cidadania e novos poderes numa sociedade global*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2003.

BASTOS, Polyana Augusta, *Hermes, o mensageiro versus Hermes, o intérprete. Duas representações da pós-modernidade juridicamente relevante*, Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, Coimbra, 2008.

BECK, Ulrich, *Vivir en la sociedad del riesgo mundial = Living in the world risk society*, Barcelona: CIDOB Ediciones, 2007.

BENTO, Vítor, *Os Estados Nacionais e a Economia Global*, Coimbra: Almedina, 2004.

BOBBIO, Noberto, *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*, tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terras, 1986.

BRAMBILA, Silvio, “O sistema do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e as limitações impostas à liberdade de contratar” in *Revista de Direito Empresarial*, n. 1, jan/jun. 2004, Curitiba: Juruá, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio, “Contratos Administrativos: atrasos de pagamentos e direitos dos contratados” in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAMPOS, Francisco, Parecer. *Revista Forense*, n. 146, p. 69-77, 1952 *apud* BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro, “A legalidade no Estado Democrático de Direito: Necessidade de Razoabilidade e de Proporcionalidade das Leis” in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

CAMPOS, Manuel Fontaine, *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, Porto: Publicações Universidade Católica do Porto, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “A *Governance* do Terceiro Capitalismo e a Constituição Social” in *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da ‘constituição social’)” in *Direitos Fundamentais Sociais*, Coordenação: J.J. Gomes Canotilho *et al*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARLOS, Américo Brás, “Princípios da Eficácia e da Eficiência Fiscais,” in *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral dos Impostos, n. 416, 2005.

CASERMEIRO, Pablo Rando, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CASSESE, Sabino, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari: Editori Laterza, 2003.

CATARINO, João Ricardo, *O Liberalismo em Questão – Justiça, Valores e Distribuição Social*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2009.

CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros: fundamento e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*, (Teses de doutoramento), Coimbra: Almedina, 2010.

CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Lisboa: Âncora Editora, 2009.

CLARKE, Michael, *Regulation: the social control of business between law and politics*, New York: St. Martin's Press, 2000.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da Boa fé no Direito Civil*, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa, Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2009.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2004.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *Direito Comercial: Direito da Empresa*, 12^a Ed., Lisboa: EDIFORUM, 2011.

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto, 2003.

COTALERO, Ramon Garcia, *Del estado del Bienestar al Estado del Malestar: la crisis del Estado Social y el problema de legitimidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

DIAS, José Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em relação ao Domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Coimbra: Almedina, 2007.

Enciclopédia da História Universal, 2 ed., Lisboa: Selecções do Reader's Digest, 2007.

ESPADA, João Carlos, *Direitos Sociais e Cidadania – Uma crítica a F. A. Hayek e Raymond Plant*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

FERREIRA, Eduardo Paz e MORAIS, Luís Silva, “A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral” in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. FERREIRA, Eduardo Paz; MORAES, Luís Silva e ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil, Coimbra: Almedina, 2009.

FIGUEIREDO, Nelson, “A Eficácia da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar”, in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu*

Dallari, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Contratação Pública: uma introdução em dez aulas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 200-202; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2010.

FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa: ensaio interpretativo*, Coimbra: Almedina, 1993.

FREITAS, Juarez, *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo, 2007.

FREITAS, Juarez, “Poder de Polícia Administrativa e o Primado dos Direitos Fundamentais” in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GARBADO, Emerson, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo: Dialética, 2002.

GARCÍA, Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2004.

GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1995.

GASPARINI, Diógenes, “Disregard Administrativa” in *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Carla Amado, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Carla Amado, “Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental” in *Textos dispersos de direito do ambiente*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 2005.

GONÇALVES, Pedro, “Direito Administrativo da Regulação” in *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise” in *Estudos de Contratação Pública III*, Organização: Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, Coimbra: Almedina, 2010.

GRECO, Marco Aurélio, *Devolução Ex Officio de Tributo Indevido: Dever de Legalidade, Moralidade e Eficiência Administrativas, no Âmbito da Função Tributária*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIV, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

HAGEMEISTER, Adrian Von, *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben: eine verfassungs und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland*, München: VVF, 1992.

HAYEK, Friedrich, *O Caminho para a Servidão*, trad. Marcelino Amaral, Lisboa: Edições 70 LDA, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*, tradução de Orlando Vitorino, Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HESPANHA, António Manuel, *Guiando a mão invisível: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra: Almedina, 2004.

JIMÉNEZ, Luis Arroyo, *Libre empresa y Títulos Habilitantes*, Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2010.

LEISNER, Walter, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 1971.

LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz, *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*, Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2006.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KEYNES, John Maynard, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2010.

LACERDA, Mariana Duarte Garcia de, “O *software* livre como instrumento de exercício do poder regulador do Estado” in *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, n. 9, jan/jun. 2008.

LEMOS, Mário Matos, *Dicionário de História Universal*, Portugal: Editorial Inquerito, 2001.

LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares – Algumas Considerações*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LOUREIRO, João Carlos, *Prometeu, Golem & Companhia. Bioconstituição e Corporeidade numa “Sociedade (Mundial) de Risco”* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol LXXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

LORA, Alejandro Huergo, *Las Sanciones Administrativas*, Madrid: Iustel, 2007.

MACEDO, Ubiratan Borges de, *Liberalismo e Justiça Social*, São Paulo: IBRASA, 1995.

MACHADO, Santiago Muñoz, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación*, in Fundamentos e Instituciones de la Regulación I, Madrid: Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009.

MALLÉN, Beatriz Tomás, *El derecho fundamental a una buena administración*, 1ªed., Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - INAP, 2004.

MARQUES, Jorge Reis, “A Dignidade Humana como prius axiomático” in *Estudos em Homenagem ao Prof: Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. IV, *Studia Iuridica* 101, *Ad Honorem* – 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, “Economia de Mercado e Regulação” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2008.

MARQUES, Maria Manuel Leitão, “Partilhar o risco, garantir a segurança” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2008.

MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 14 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, António Moreira Barbosa de, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público” in *Estudos da Contratação Pública I*, Organização: Pedro Costa Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV Direitos Fundamentais*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de, *O Estado e seus Limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann, “Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas”, in *Temas de Direito Regulatório*, GUERRA, Sérgio (Coordenador), Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann, “O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica” in *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Vital, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 4ª ed., Lisboa: Editorial Caminho, 1987.

MOREIRA, Vital, Organizador, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOREIRA, Vital, “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Elétrico” in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

MOREIRA, Vital, “A Tentação da ‘Private Finance Initiative (PFI)’ ” in MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina, 2008.

MORIKAWA, Márcia Mieko, *Da Good Governance da Assistência Humanitária: Contributo para a Fundamentação Jurídica do Direito Humano à Assistência Humanitária no âmbito Jurídico Internacional da Good Governance*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORIKAWA, Márcia Mieko, *Good governance e o desafio institucional da pós-modernidade*, Vol. LXXXIV, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORÓN, Miguel Sánchez, *Derecho Administrativo: parte general*, Madrid: Tecnos, 2005.

NALIN, Paulo, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua forma na perspectiva civil-constitucional*, 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2006.

NABAIS, José Casalta, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

NABAIS, José Casalta, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais” in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 6, n. 22, abril/junho 2008, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NABAIS, José Casalta, “A liberdade de gestão fiscal das empresas” in *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, ano 1, n. 1, jan/fev 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 2009.

NAMORADO, Rui, *Direito das Empresas e dos Contratos*, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra – FEUC, 2011.

NEVES, Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOAILLES, Carlos Alberto, *A moral pública no Direito Constitucional Argentino*. Separata de "Scientia Iuridica", tomo 17, nº 92-94, Braga: Livraria Cruz, 1968.

NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer Portugal, 2010.

OLIVEIRA, Andrea Sofia Pinto, “Eficiência e Constituição” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII – 2010 (Especial), Porto: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *et al*, Coordenação, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar – guias de leitura e aplicação*. Vieira de Almeida & Associados, Coimbra: Almedina, 2008.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Rodrigues Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública” *in Estudos da Contratação Pública*, Organizador: Pedro Gonçalves, Vol I, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*, 4^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina, “Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais?” *in Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Coordenador: Luiz Guilherme Costa Wagner Junior, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OSSENBÜHL, Fritz, “Las libertades Del empresario según la Ley Fundamental de Bonn,” *in Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, Tradución: Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Oster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de, *De la Pyramide au Réseau? Pour une Théorie Dialectique Du Droit*, Bruxelles: Publications des Facutés Universitaires Saint-Louis, 2002.

OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais*, vol I, Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2007.

OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PEDRERO, Enrique Belda Pérez, *Aproximación a la libertad de empresa Del artículo 38 de la Constitución*, nº. 24, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia: Universitat de Valencia, 1998.

PERROUX, François, *O Capitalismo*, tradução: Gerson Sousa, Amadora: Bertrand, 1977.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, Rui, *A questão de mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2009.

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Carlos Pinto Correia, Lisboa: Editorial Presença, 2001.

REALE, Miguel, *Visão Geral do Novo Código Civil*. Disponível em < <http://pt.scribd.com/Visao-Geral-Do-Novo-Codigo-Civil-Artigo-de-Miguel-Reale> >. Acesso em outubro de 2011.

Reportagem sobre o possível fracasso do capitalismo ocidental. Disponível em < <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/> >. Acesso em outubro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, “A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro” in *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva do direito comparado*, Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 2011.

SEN, Amartya, *A ideia de justiça*, Coimbra: Almedina, 2010.

SERRA, Cristina, *Direito Comercial: Noções Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado: serviços de interesse econômico geral*, Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, João Nuno Calvão da, “O Estado Regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse econômico geral” in *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, nº 20, 2005.

SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: comentado e anotado*, Coimbra: Almedina, 2010.

SMITH, Gordon, “Governança na ausência de Governos” in *Cidadania e novos poderes numa Sociedade Global*, Fundação Aclouste Gulbenkian, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2003.

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Público e sociedade técnica*, Coimbra: Edições Tenacitas, 2008.

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Sentido e Limites da Administração Pública*, Macau: SAFP, 1997.

SOBRINHO, Jorge Hage, *Ciclo de Palestras: Controladoria-Geral da União*, Brasília: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo; MATOS, André Salgado, *Direito Administrativo Geral. Tomo III Atividade administrativa – Contratos Públicos*, Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização a grande desilusão*, Lisboa: Terramar, 2003.

TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo, “A nova dogmática do Direito Administrativo: o caso da Administração por compromissos” *in Estudos da Contratação Pública*, Organizador: Pedro Gonçalves, Vol I, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2008.

TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, “O princípio (fundamental) da eficiência,” *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII, 2010.

TAVARES DA SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro, *O sector elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

TAVARES, Gonçalo Guerra; DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009.

THE WORLD BANK, *Governance: The World Bank's Experience*, Serie: Development in practice, Washington D.C.: World Bank Publication, 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *Da Democracia na América*, tradução de Miguel Serras Pereira, Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2008.

TOMILLO, Manuel Gómez, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte Geral: Teoria General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*, Navarra: Thomson, Aranzadi, 2008.

URBANO, Maria Benedita, “Globalização: os direitos fundamentais sob *stress*” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. IV, *Studia Iuridica* 101, *Ad Honorem* – 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico: a ordem económica portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Dos direitos sociais na Constituição do Brasil*, Disponível em < http://www.ufrnet.br/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf >. Acesso em setembro de 2011.

VIANA, Cláudia, “O Princípio da Eficiência: a eficiente eficácia da Administração Pública” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII – 2010 (Especial), Porto: Coimbra Editora, 2011.

VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado – Introdução e parte geral*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2011.

Weiss, Wolfgang, *Privatisierung und Staatsaufgaben: Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

WELTY, Eberhard, *Catecismo Social – A Constituição da Ordem Social*, Vol. II, Tradução de Manuel da Costa Maia, Lisboa: Editorial Aster, 1961.

WELTY, Eberhard, *Catecismo Social – Questões e elementos fundamentais da vida social*, Vol I. Tradução de Manuel da Costa Maia, Lisboa: Editorial Aster, 1961.

DOCUMENTOS E JULGADOS

INFORMATIVO nº. 345/2004, do Supremo Tribunal Federal, *ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)*. Disponível em

< <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >. Acesso em outubro de 2011.

INFORMATIVO nº 414/2009 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. *DECLARAÇÃO. INIDONEIDADE. LICITAÇÃO*. Disponível em < <http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/> >. Acesso em abril de 2012.

Mandado de Segurança – MS 14.134-DF (2009/0022293-2) Relator Ministro Benedito Gonçalves.

Mandado de Segurança – MS 13.101-DF (2007/0224011-3) Relator Ministro José Delgado.

Parecer nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, processo nº 00402.001419/2010-36.

Parecer nº 234/2010/ASJUR/CGU-PR, processo nº 00190.013939/2010-24.