

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**LUIZ EDUARDO LEMOS DE ALMEIDA**

**DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR E  
DEMOCRACIA NO PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE  
SERVIÇO PÚBLICO**

**CAMPO GRANDE  
2017**

**LUIZ EDUARDO LEMOS DE ALMEIDA**

**DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR E  
DEMOCRACIA NO PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE  
SERVIÇO PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de mestre.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Profa. Doutora Lídia Maria Ribas

CAMPO GRANDE  
2017

Eu, Luiz Eduardo Lemos de Almeida, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Data: 21/12/2017

Ficha catalográfica elaborada com auxílio da bibliotecária/documentalista  
Marluce Bruno da Silva Bueno CRP-MS 1/05005

A447d

Almeida, Luiz Eduardo Lemos de

Direito fundamental à defesa do consumidor e democracia no processo de outorga de concessão de serviço público/ Luiz Eduardo Lemos de Almeida. -- Campo Grande, 2017.

146 f.

Orientadora: Lídia Maria Ribas. Dissertação (Pós-Graduação - Mestrado) -- Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

1. Defesa do consumidor. 2. Direitos fundamentais. 3. Concessão de serviço público. 4. Democracia. Eficiência do estado.  
I. Maria Ribas, Lídia. II. Título.

CDDIR 342.5

Nome: Luiz Eduardo Lemos de Almeida

Título: Direito fundamental à defesa do consumidor e democracia no processo de outorga de concessão de serviço público

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de mestre.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

Orientadora: Professora Doutora Lídia Maria Ribas

Julgamento:

Instituição: UFMS

Assinatura:

Professora Doutora: Maurinice Evaristo Wenceslau

Julgamento:

Instituição: UFMS

Assinatura:

Professor Doutor: Eduardo Franco Cândia

Julgamento:

Instituição: FDUSP

Assinatura:

## AGRADECIMENTOS

A rica experiência em cursar mestrado em Direitos Humanos na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) foi possível somente porque minha família e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, instituição que integro com orgulho, me prestaram total apoio. Agradeço, por isso, aos meus familiares e ao *Parquet* Sul-Mato-Grossense, sem os quais eu não teria condições de iniciar e concluir o mestrado.

À minha família agradeço pela compreensão e pelo apoio. Só assim pude concentrar-me nos estudos. Obrigado Mary, Gabriel e Maria Eduarda por entenderem a importância do mestrado para mim e os momentos que ficamos privados do nosso convívio. Agradeço também aos meus pais Zeferino (*in memoriam*) e Maria Cândida por terem, desde sempre, me proporcionado os meios para a formação educacional e aquisição do conhecimento, o que muito valorizo e reconheço. Aos meus familiares, os elevados agradecimentos, tendo este trabalho o dedo e a influência de vocês.

Tudo que realizei só foi possível também porque a Administração Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul me concedeu licença legal do trabalho por nove meses para que fosse possível integralizar os créditos necessários em disciplinas obrigatórias e optativas, numa demonstração clara de que o aperfeiçoamento funcional cuida-se de ponto importante para a instituição do *Parquet*. Meus sinceros e profundos agradecimentos ao Ministério Público.

Agradeço ainda minha diletta orientadora, professora doutora Lídia Maria Ribas. Logo nos contatos iniciais, a professora Lídia depositou plena confiança em mim e apostou que eu teria condições de pesquisar e desenvolver sobre o tema que escolhi para esta dissertação, o que só aumentou minha responsabilidade. No decorrer do mestrado, sempre que a procurei fui prontamente atendido, com atenção e generosidade. Serviu-me de verdadeira guia e de crítica indispensável para minhas produções. Obrigado pelos ajustes em meus trabalhos, em especial nesta dissertação, e pela presteza com que sempre me atendeu, professora Lídia.

Pela participação na minha banca de qualificação e pelas observações, críticas e sugestões formuladas, sempre pertinentes e por mim acatadas a fim de que esta dissertação se tornasse melhor, quero agradecer aos professores Luís Fernando Sgarbossa e Vladimir Oliveira da Silveira. As considerações que fizeram, oralmente e também por escrito, foram de grande valia. Meus agradecimentos aos professores Sgarbossa e Vladimir.

Não posso deixar de agradecer, também, à coordenação do curso por ter organizado e realizado o primeiro mestrado em Direito da UFMS já com qualidade e nível de excelência. O curso me permitiu desfrutar dos profundos conhecimentos de todos os professores, que transmitiram suas mensagens com clareza e sempre instigaram a discussão e a crítica. Pude realmente aprimorar meus conhecimentos, jurídicos e gerais, com grande satisfação, tornando-me mais humano em todos os sentidos. De alguma forma, espero converter em retorno à sociedade essa dádiva que tive.

Por fim, quero agradecer aos meus colegas de mestrado, sem exceção alguma, que tive o privilégio de conviver ao longo desses dois anos. Nesse período, compartilhamos as mais variadas angústias, é bem verdade, mas nos ajudamos, nos unimos, nos conhecemos mais a cada dia e nos demos, tenho certeza, o prazer de uma fecunda amizade que irá perdurar ao longo de nossas vidas. Sou grato a vocês todos.

## RESUMO

ALMEIDA, Luiz E. L. de. **Direito fundamental à defesa do consumidor e democracia no processo de outorga de concessão de serviço público**. 2017. 146 f. Dissertação para obtenção do título de mestre – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

A defesa do consumidor, para a preservação da sua dignidade e da sua liberdade, encontra-se prevista nos âmbitos internacional, por meio da Resolução n. 39/248 da Organização das Nações Unidas, e nacional, por meio da Constituição de 1988 (artigo 5º, XXXII, e artigo 170, V) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), relacionando-se com serviços públicos concedidos. Já no processo de outorga de concessão, que requer atuação eficiente por parte do Estado com vistas aos fins e objetivos constitucionais, a defesa do consumidor parece necessária para a garantia desse direito fundamental e para a adequada prestação de serviço público. Frente à racionalidade de que administração pública parece ter se tornado gerencial e orientada para o cidadão, guiada pelo interesse público que tem seu conteúdo formado pelos fundamentos e objetivos da República, pelos direitos fundamentais e pelos regramentos constitucionais que dirigem o Estado e a sociedade, mostra-se possível que o direito fundamental à defesa do consumidor incida e tenha de ser observado no processo de outorga de concessão de serviço público, com harmonização e coordenação das lógicas publicista e consumerista. O objetivo do trabalho é verificar como a tutela do consumidor, enquanto direito fundamental, deve se dar no processo de outorga de concessão de serviço público, enfrentando-se o problema de haver assimetria de poder e informação – em favor de administradores públicos e empresas que concorrem à concessão, e em prejuízo de cidadãos e consumidores – que afeta negativamente a democracia que se afigura necessária nesse processo. Com pesquisa bibliográfica e documental e com fins descritivos e exploratórios, o trabalho utiliza-se do método dedutivo, partindo-se da imbricação entre direito fundamental à defesa do consumidor e serviços públicos para a verificação da incidência e aplicação das normas jurídicas consumeristas especificamente no processo de outorga de concessão de serviço público, bem assim da análise da democracia em larga escala, em sentido amplo, para democracia em pequena escala, em sentido estrito, ou seja, democracia no processo de outorga de concessão de serviço público. Como resultado deste trabalho, espera-se evidenciar que maior abertura democrática no processo de outorga de concessão de serviço público pode

contribuir para se aquilatar de modo mais seguro o interesse público e quais as normas de direito fundamental a serem aplicadas.

**Palavras-chave:** Defesa do consumidor. Direitos fundamentais. Outorga de concessão de serviço público. Democracia. Eficiência estatal.

## **ABSTRACT**

ALMEIDA, Luiz E. L. de. **Fundamental right to consumer protection and democracy in the process of granting public service concession.** 2017. 146 f. Dissertação para obtenção do título de mestre – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

The protection of the consumer, for the preservation of his dignity and his freedom, is foreseen at the international level, through Resolution n. 39/248 of the United Nations, and at the national one, through the Constitution of 1988 (article 5, XXXII, and article 170, V) and the Code of Consumer Protection (Law n. 8.078/90), relating to public services granted. Already in the process of concession granting, which requires efficient action by the State with a view to the purposes and constitutional objectives, consumer protection seems necessary for the guarantee of this fundamental right and for the adequate provision of public service. In the face of the rationality of which public administration seems to have become managerial and oriented to the citizen, guided by the public interest that has its content formed by the foundations and objectives of the Republic, by the fundamental rights and by the constitutional rules that govern the State and the society, it is shown that it is possible that the fundamental right to consumer protection must be observed and must be observed in the process of granting public service concession, with harmonization and coordination of publicist and consumerist logic. The objective of this work is to verify how the protection of the consumer, as a fundamental right, must take place in the concession process of public service, by facing the problem of having asymmetry of power and information – in favor of public administrators and companies that compete for concession, and to the detriment of citizens and consumers – which negatively affects democracy which appears necessary in this process. With bibliographical and documentary research and for descriptive and exploratory purposes, the work uses the deductive method, starting from the imbrication between



fundamental right to the consumer defense and public services to the verification of the incidence and application of the juridical norms consumerist specifically in the granting process of public service concessions, as well as the analysis of large-scale democracy, in a broad sense, for small-scale democracy, in the strict sense, that is, democracy in the process of granting public service concession. As a result of this work, it is hoped to show that greater democratic openness in the process of granting public service concession can contribute to a more secure assessment of the public interest and which rules of fundamental right to apply.

**Keywords:** Consumer defense. Fundamental rights. Grant of public service concession. Democracy. State efficiency.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	14
-------------------	----

### CAPÍTULO 1

<b>1 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO HUMANO E DIREITO FUNDAMENTAL</b>	19
1.1 DIREITOS HUMANOS: AFIRMAÇÃO, ESPECIFICAÇÃO E MULTIPLICAÇÃO	19
1.2 DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO HUMANO EM ESPÉCIE	22
<b>1.2.1 Direito do consumidor na pré-modernidade: realidades desfavoráveis à sua caracterização como direito humano em espécie</b>	23
<b>1.2.2 Direito do consumidor na modernidade: realidades sociais e ações favoráveis à sua valoração como direito humano em espécie</b>	24
<b>1.2.3 Direito do consumidor na modernidade: realidades internacionais favoráveis à sua valoração e ao seu reconhecimento como direito humano em espécie</b>	28
<b>1.2.4 Direito do consumidor na modernidade: realidades estatais, políticas e jurídicas favoráveis ao seu reconhecimento como direito humano em espécie</b>	30
<b>1.2.5 A mudança de paradigma: bem-estar e interesse social no direito</b>	33
<b>1.2.6 O propósito do direito do consumidor e sua imbricação com direitos humanos</b>	34
1.3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	36
<b>1.3.1 Função promocional-transformadora da Constituição de 1988 e defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica</b>	38
<b>1.3.2 Direito fundamental à defesa do consumidor como norma programática e como norma-objetivo</b>	40

1.3.3 Direito fundamental à defesa do consumidor como princípio regulativo	46
1.3.4 Direito fundamental à defesa do consumidor: regulamentação por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)	49
1.3.5 Código de Defesa do Consumidor: normas de ordem pública e interesse social	50
1.3.6 Código de Defesa do Consumidor: lei principiológica (com norma-objetivo)	51
1.3.7 Código de Defesa do Consumidor: abertura legal para dialogar com outros diplomas legislativos	53

## **CAPÍTULO 2**

<b>2 SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO E DEFESA DO CONSUMIDOR</b>	<b>57</b>
2.1 A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	57
2.1.1 O desenvolvimento do direito administrativo	61
2.1.2 A noção de interesse público e sua relação com o direito fundamental à defesa do consumidor	64
2.1.3 Serviço público concedido e direito do consumidor	67
2.1.4 Outorga de concessão de serviço público: eficiência administrativa, direito fundamental à defesa do consumidor e prevenção de danos	72
2.1.5 Outorga de concessão de serviço público: justificativa estatal fundamentada (art. 93, inc. IX e X, CF/88)	76
2.1.6 Outorga de concessão de serviço público: consulta pública, audiência pública e participação social	79
2.2 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: INEFICIÊNCIA ESTATAL	82
2.2.1 Assimetria de poder, interesses particulares e ineficiência administrativa contra o direito fundamental à defesa do consumidor e o interesse público	82
2.2.2 Interesses econômicos e políticos em desfavor da regulação de serviços públicos concedidos, do direito fundamental à defesa do consumidor e do interesse público	88

<b>2.2.3 Responsabilidade estatal pela ineficiência</b>	90
---	----

## **CAPÍTULO 3**

<b>3 DEMOCRACIA NO PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO</b>	96
3.1 O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA	96
3.1.1 A democracia em perspectiva ampla	97
3.1.2 Princípios da democracia: constitucionalidade, cidadania e legalidade	102
3.1.3 Democracia constitucional e direito fundamental à defesa do consumidor	103
3.1.4 O agir comunicativo habermasiano e a democracia no processo de outorga de concessão de serviço público	107
3.2 DEMOCRACIA COMO MEIO DE EXECUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR	112
3.2.1 Democracia participativa no processo de outorga de concessão de serviço público	112
3.2.2 Democracia e fundamentação (jurídica) nas decisões administrativas sobre outorga de concessão de serviço público	116
3.2.3 Democracia como meio de execução do direito fundamental à defesa do consumidor: casos fictícios à guisa de exemplos	122
3.2.3.1 Caso fictício n. 1 de maior oferta de pagamento pela outorga de concessão como critério de julgamento da licitação: direito fundamental à defesa do consumidor e direito social à saúde	123
3.2.3.2 Caso fictício n. 2 de maior oferta de pagamento pela outorga de concessão como critério de julgamento da licitação: direito fundamental à defesa do consumidor e direito social à saúde	126
3.2.4 Controle judicial: legitimidade para sindicar as decisões da administração nos processos de outorga de concessão de serviço público	128
<b>CONCLUSÃO</b>	131



## INTRODUÇÃO

A tutela do consumidor tem sido reivindicada por diversas frentes e diferentes organismos desde a segunda Revolução Industrial, que em razão das práticas empresariais e comerciais ocasionadas, como produção em massa, distribuição em massa e contratos em massa (de adesão), fez despertar a necessidade de preservação da dignidade e da liberdade do consumidor, de modo a desencadear ações, no âmbito internacional e também no interior de diversos países, em prol de normas do direito do consumidor.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo, realizou consultas que culminaram, no ano de 1985, com a Resolução n. 39/248, documento, contemplador de princípios gerais das relações de consumo e de disposições das Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção dos Consumidores, que estimulou os países-membros a editar normas destinadas ao consumidor.

O Brasil em particular, como outros Estados nacionais também fizeram, incluiu a defesa do consumidor no texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88) como norma de direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII), tendo regulamentado esse direito com a edição e promulgação, no ano de 1990, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

A proteção do consumidor, prevista internacional e nacionalmente, encontra certa dificuldade, no entanto, quando relacionada a serviços públicos concedidos, uma vez que tais serviços são guiados pelo interesse público, constantemente não apurado de modo concreto e real por administradores públicos, que tendem, por isso, a tomar decisões *pro forma* e meramente declaratórias do atendimento do interesse público, mas que, em verdade e injustificadamente, afastam o direito fundamental de o consumidor ser tutelado e efetivamente defendido.

Se o direito do consumidor pode ser considerado direito humano em espécie e se integra o catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988, como realmente integra, afigura-se que esse direito compõe e faz parte do próprio interesse público, exatamente por dizer com o catálogo de direitos fundamentais, de modo a inadmitir seu afastamento puro e simples, de imediato, quando em pauta questões relacionadas a serviços públicos concedidos.

A imbricação entre direito do consumidor e serviços públicos parece reclamar que as lógicas consumerista e publicista sejam aplicadas com harmonização e coordenação, de modo a se complementarem e sem que uma derogue a outra, o que aparenta se mostrar necessário já no processo de outorga de concessão de serviço público, quando a administração pública resolve, em razão de ser melhor e mais adequado à sociedade e aos usuários-

consumidores, que certas comodidades e utilidades essenciais sejam prestadas pela iniciativa privada, e não diretamente pelo Estado.

O objetivo da presente dissertação é verificar como a tutela do consumidor, enquanto direito fundamental, deve se dar no processo de outorga de concessão de serviço público diante de reformas administrativas que parecem requerer que a administração pública seja gerencial, com foco em objetivos, fins e resultados; diante de direito administrativo constitucionalizado, no qual a supremacia do interesse público sobre o privado e a legalidade, por exemplo, sofreram reinterpretações; diante de entendimento de interesse público significar a realização e concreção dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, dos fins e objetivos constitucionalmente estabelecidos, dentre os quais se insere a defesa do consumidor.

O problema que a presente dissertação busca enfrentar é o de que no processo de outorga de concessão de serviço público há assimetria de poder e informação, em favor de administradores públicos e empresas que concorrem à concessão e em prejuízo de cidadãos e consumidores, de modo a conspurcar a democracia que se afigura necessária nesse processo e de modo a propiciar que interesses políticos e particularistas acabem por se sobrepor ao interesse público, do qual os interesses dos consumidores parecem fazer parte.

Como reduzir as desigualdades de poder e de informação entre as partes interessadas nos processos de outorga de concessão de serviços públicos? Como fazer com que a democracia se realize nesses processos, com participação efetiva, oportunidades iguais e entendimento esclarecido por parte de consumidores e cidadãos?

O problema de haver *deficit* democrático no processo de outorga de concessão de serviço público, na maior parte das vezes decorrente da assimetria de poder e de informação entre os interessados, pode fazer com que administração pública gerencial – com foco em objetivos, fins e resultados – e que direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana cedam passo a questões políticas e econômicas, em desconformidade com a ordem jurídica.

A relevância do estudo se apresenta em razão de concessão de serviço público, prevista no art. 175 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 8.987/95, tratar-se de tema voltado para o interesse público, por versar sobre necessidades coletivas essenciais; para os direitos fundamentais (incluído o direito fundamental à defesa do consumidor); para dignidade da pessoa humana e os objetivos constitucionais; e não de tema destinado ao atendimento de interesses políticos e particularistas, como acaba por se dar em muitas concessões.

O trabalho se justifica em razão de em toda concessão de serviço público – que reúne interesses estatais, da sociedade, dos usuários-consumidores e de empresas que visam à

outorga, cabendo ao Estado o papel de arbitrar tais interesses, heterogêneos em diversos pontos – sempre se invocar o atendimento do interesse público, sendo de relevância a averiguação do que juridicamente deve ser entendido por interesse público.

O estudo relacionado à imbricação e conformação de variados interesses existentes na outorga de concessão de serviço público, com foco no direito fundamental à defesa do consumidor, no atendimento do interesse público e na democracia, é dividido em três capítulos nesta dissertação.

No primeiro capítulo, inicialmente será tratado sobre afirmação, especificação e multiplicação dos direitos humanos, buscando-se verificar se a proteção do consumidor pode ser entendida como direito humano em espécie, para o que se examinará a gênese e o modo de formação do direito do consumidor.

Ainda no primeiro capítulo, apontar-se-á que no Brasil a defesa do consumidor foi guindada a direito fundamental e a princípio da ordem econômica (art. 5º, inc. XXXII, e art. 170, inc. V, da CF/88), tencionando-se examinar como essas normas que tutelam constitucionalmente o consumidor parecem receber explicação jurídica por parte da doutrina, qual a posição que pode ser considerada mais adequada à Constituição de 1988 e, ainda, como se deu a regulamentação no plano infraconstitucional.

Para tanto, serão enfrentadas as distintas possibilidades de a norma de direito fundamental que ordena a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF/88) classificar-se (i) como norma programática, de eficácia limitada e por isso incapaz de produzir ou ter possibilidade de produzir todos os seus efeitos de imediato, e (ii) como norma-objetivo, com tarefas, resultados, fins e objetivos a serem perseguidos e cumpridos.

No enfrentamento dessa questão, serão apresentados elementos de ordem jurídica em busca de se viabilizar uma terceira via. Trata-se da possibilidade de se classificar a norma de direito fundamental que ordena a defesa do consumidor, contida no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, como princípio regulativo, que na teoria ferrajoliana significa norma constitucional com expectativas de edição de lei regulamentadora e de execução de políticas públicas, com capacidade de configuração de direitos aos seus titulares quando caracterizada a inobservância da norma.

Na parte final do primeiro capítulo abordar-se-á que no Brasil o direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF/88) teve sua expectativa de regulamentação cumprida com a promulgação e vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), microssistema legislativo que possui abertura legal para



dialogar com outros diplomas normativos, como expressamente prevê seu art. 7º, o que a princípio parece não excluir a incidência da legislação consumerista sobre serviços públicos.

No segundo capítulo serão examinadas as características de reformas que o Brasil, a exemplo de outros países, buscou levar a efeito nas estruturas da administração pública com a pretensão de tornar a atuação estatal flexível, gerencial e com foco em objetivos. Será abordado, ainda, como a constitucionalização do direito, fenômeno impositivo de limitações ao governo e ao poder devido ao regime democrático, aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, alterou o direito administrativo que está a guiar o Estado e seus agentes.

Será verificado, também no segundo capítulo, se as alterações pretendidas na estrutura da máquina pública e no direito administrativo acabaram por refletir sobre o interesse público, verificando-se se a determinação desse conceito permanece ao sabor do entendimento de administradores públicos ou se seu conteúdo e significado passaram a ser preenchidos pelos fundamentos e objetivos da República, pelos direitos fundamentais e pelos regramentos constitucionais que guiam e dirigem o Estado e a sociedade.

A abordagem da imbricação entre direito do consumidor e serviços públicos, com análise da possibilidade de aplicação simultânea e coordenada de normas de ambas as áreas, será tratada ainda no segundo capítulo, que para tanto dispensará análises acerca da eficiência administrativa, do direito fundamental à boa administração pública e da necessidade de a atuação estatal prevenir danos aos administrados, o que não impedirá que sejam apontados problemas de ineficiência administrativa em processos de outorga de concessão de serviço público, caso em que se buscará demonstrar a necessidade de responsabilização do Estado.

No terceiro capítulo, a democracia será tratada com a pretensão de se demonstrar sua importância para a execução e aplicação do direito do consumidor no processo de outorga de concessão de serviço público, buscando-se expor que decisões políticas parecem encontrar fundamento nos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e no produto do debate democrático que deve haver.

Com efeito, o isomorfismo que a princípio existe entre direito e democracia parece não significar, como se abordará no terceiro e último capítulo, que democracia participativa e cidadania ativa não devam se dar por ocasião da consulta pública (art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04) e da audiência pública (art. 39 da Lei n. 8.666/93), buscando-se evidenciar que em tais oportunidades os usuários-consumidores, o terceiro setor e demais segmentos da sociedade podem produzir reivindicações que passam a exigir deliberação fundamentada por parte da administração pública.

Para a elaboração da presente dissertação realizou-se pesquisa bibliográfica e documental com fins descritivos e exploratórios dos fenômenos (i) da ausência de democracia nos processos de outorga de concessão de serviço público, que pode levar à falta de proteção estatal do consumidor; e, ao mesmo tempo, (ii) da importância da democracia nos processos de outorga de concessão de serviço público.

O método utilizado foi o dedutivo, partindo-se da imbricação entre direito fundamental à defesa do consumidor e serviços públicos para a verificação da incidência e aplicação das normas jurídicas consumeristas especificamente no processo de outorga de concessão de serviço público, bem assim da análise da democracia em larga escala, em sentido amplo, para democracia em pequena escala, em sentido estrito, ou seja, democracia particularmente no processo de outorga de concessão de serviço público.

O trabalho tem delimitação certa no processo de outorga de concessão de serviço público, versando particularmente sobre as fases posteriores ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e anteriores ao ato convocatório e desenvolvimento do certame licitatório. A presente dissertação, portanto, cinge-se à etapa interna do processo de outorga de concessão de serviço público, com foco a partir do ato de justificação da outorga de concessão de serviço público até o ato convocatório da licitação, por ser essa etapa interna a que conta com espaços públicos para o exercício da cidadania ativa e da democracia participativa.

Espera-se, como resultado final, que o presente trabalho seja capaz de evidenciar que maior abertura democrática no processo de outorga de concessão de serviço público, que requer maior participação de cidadãos e de usuários-consumidores, com simetria de poder e de informações, com igualdade real de condições, possa contribuir para se aquilatar de modo mais seguro o real interesse público nos casos concretos e quais as normas de direito fundamental a serem aplicadas, fazendo da democracia constitucional meio de execução do direito fundamental à defesa do consumidor.

## CAPÍTULO 1

### 1 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO HUMANO E DIREITO FUNDAMENTAL

#### 1.1 DIREITOS HUMANOS: AFIRMAÇÃO, ESPECIFICAÇÃO E MULTIPLICAÇÃO<sup>1</sup>

Conceitualmente, direitos humanos significam normas mínimas historicamente discutidas, definidas e reunidas em prol da convivência social e que se apresentam diretamente relacionadas à noção de *pessoa* e sua *dignidade* (URQUIZA, 2014, p. 7). Nessa definição, a origem dos direitos humanos é histórica e o fundamento das conquistas da civilização é sociológico.

No plano teórico-formal, direitos humanos têm a dignidade humana por linguagem (SANTOS, 2014, p. 15), que serve de referência às convenções e regramentos acerca de temas caros à humanidade, tratados tanto na esfera internacional quanto na esfera interna das mais variadas sociedades. Há um liame entre direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

No mundo ocidental contemporâneo e secularizado, o pensamento de Kant acerca da dignidade da pessoa humana é amplamente aceito. Para o referido filósofo, dignidade da pessoa humana significa autonomia da vontade ou autodeterminação do homem, possíveis em razão da natureza racional do ser humano, que não pode ser instrumentalizado ou servir de meio para qualquer vontade, haja vista sua existência como um fim em si mesmo (SARLET, 2010, p. 37-38).

O fundamento dos direitos humanos reside na realidade social. Esta é que lhes proporciona consistência para que sejam reconhecidos, promovidos e garantidos em seu

---

<sup>1</sup> A presente seção e também a seção 1.2 têm por base, com algumas alterações e acréscimos, apontamentos contidos no seguinte trabalho: ALMEIDA, Luiz Eduardo Lemos de. *Direito humano ao consumo como fator de interação entre o direito internacional e o direito interno brasileiro*. Comunicação oral feita ao Grupo de Trabalho n. 7 (Direitos Humanos, Estado e Fronteiras) do XIII Congresso Internacional de Direitos Humanos, organizado pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS e Universidade Católica Dom Bosco – UCDB e realizado, de 7 a 9 de novembro de 2016, na UFMS e na UCDB. O trabalho, em forma de artigo completo, foi publicado nos Anais do XIII Congresso Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://cidhsite.files.wordpress.com/2017/05/ar\\_gt7\\_17.pdf](https://cidhsite.files.wordpress.com/2017/05/ar_gt7_17.pdf)>. Acesso em: 1º de setembro de 2017.

conjunto, com a característica básica, dentre outras, de serem históricos, tomando significado e conteúdo com as distintas épocas e culturas que o materializam (TORRADO, 2012, p. 225).

De modo geral, em seu conjunto, o desenvolvimento dos direitos humanos se deu, e ainda se dá, de forma gradual. No curso da história, se afirmaram na modernidade, ainda que anteriormente, na Idade Antiga, o homem tenha sido identificado como ser essencialmente igual e dotado de liberdade e de razão (COMPARATO, 2010, p. 23-24), lançando-se, já naquele período, “[...] os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.” (COMPARATO, 2010, p. 24).

Nada obstante a possibilidade de regressão a pensamentos da Antiguidade para se tratar acerca de direitos humanos, é realmente na modernidade, a partir do século XVIII, que tais direitos se afirmaram. Primeiramente foram estudados e tratados por filósofos modernos – especialmente por John Locke – para, em seguida, serem acolhidos e positivados por órgãos legiferantes, culminando com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (BOBBIO, 2004, p. 28-29).

As declarações decorrentes das Revoluções Liberais do século XVIII, marcadas por direitos civis e políticos (primeira geração ou dimensão dos direitos humanos) constitutivos de liberdades públicas oponíveis ao Estado como limitação do poder e da atuação estatal, tiveram reconhecimento no âmbito dos Estados Unidos e da França, ganhando em concreticidade, mas não atingindo a universalidade. Para Bobbio (2004, p. 29), os direitos esculpidos naquelas declarações não são direitos do homem, mas dos cidadãos integrantes daqueles Estados para os quais tais declarações foram confeccionadas e estabelecidas.

A par dos direitos civis e políticos, surgiram os direitos econômicos, sociais e culturais (segunda geração ou dimensão dos direitos humanos) com as revoluções socialistas e nacionalistas dos séculos XIX e XX (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 143). Com o término da Primeira Guerra Mundial, tais direitos receberam tratamento na Constituição de Weimar de 1919, que estabeleceu um novo modelo adotado por outras constituições mundo afora (FERREIRA FILHO, 1998, p. 49).

No entanto, devido ao que foi denominado de “Era de Catástrofe”, período entre o início da Primeira Guerra Mundial e o fim da Segunda Guerra Mundial (HOBSBAWN, 1995, p. 15), mas principalmente devido às atrocidades comandadas por Hitler, que fez dos seres humanos supérfluos e descartáveis, surgiu a necessidade de reconstrução dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, p. 190). Disso adveio a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e em seguida, em 1948, a aprovação e adoção, pela Assembleia Geral

da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo que nesse documento as duas primeiras gerações dos direitos humanos encontraram afirmação (FERREIRA FILHO, 1998, p. 53).

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) começaram a surgir os direitos de solidariedade (terceira geração ou dimensão dos direitos humanos), chamados direitos dos povos e vistos sob perspectiva difusa (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 143), porque de titularidade coletiva em razão de tratarem principalmente do direito à paz, do direito ao desenvolvimento, do direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum à humanidade (FERREIRA FILHO, 1998, p. 58).

É com a Carta de 1948, no entanto, que ocorre o fenômeno da universalização dos direitos dos humanos (BOBBIO, 2004, p. 29-30). Só a partir desse documento oriundo da ONU é que teoricamente todos os seres humanos passaram a contar com uma pauta de princípios e direitos. Mas a universalização dos direitos humanos não completou nem completará a sua potencialidade no tocante a novos horizontes, a novas pautas e a novos objetos de proteção jurídica. Bobbio (2004, p. 30) assevera que “[...] a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver.”

Um dos fenômenos decorrentes desse processo foi justamente a preocupação e os esforços em fazer com que os direitos humanos deixassem de ter destinatários genéricos e passassem a tratar as especificidades das pessoas, voltando-se para “[...] o ser em situação – o idoso, a mulher, a criança, o deficiente.” (LAFER. In: BOBBIO, 2004, XI). Surge, então, a especificação dos direitos humanos, que “[...] ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana” (BOBBIO, 2004, p. 59).

A par da especificação, veio também a multiplicação dos direitos humanos, ocasionada devido (i) ao incremento de bens a serem tutelados, (ii) à titularidade de certos direitos para sujeitos que não propriamente o homem, e, por fim, (iii) à própria perspectiva de o homem ser tomado e tratado em suas particularidades e realidades, causa igualmente da especificação dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 63).

Tem-se que a especificação e a multiplicação dos direitos humanos não encontram limites certos e definidos. Por possuírem natureza valorativa, versando sobre um conjunto de valores fundamentais (TORRADO, 2012, p. 226), o que os direitos humanos exigem para o reconhecimento de novos direitos, no processo de especificação e multiplicação, é o que na doutrina se denomina de *dinamogenesis*, que significa, partindo da teoria tridimensional de Recasens e de Reale (fato, valor e norma), processo que se inicia com a valoração de certos

fatos sociais por parte da comunidade e se finda com sua proteção e garantia por meio da positivação e da inscrição desses valores – sentidos e reconhecidos comunitariamente – na ordem jurídica (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 184-202).

Nas seções seguintes, até a 1.2.4, o que se pretende verificar é como direito do consumidor diz com a realidade social, se é dotado de normas mínimas (internacionais e nacionais) definidas em prol da convivência social, se tem relação com a noção de *pessoa* e sua *dignidade* e, ainda, se seu desenvolvimento se deu pelo processo da *dinamogenesis* até o ponto de poder ser reconhecido, ou não, como mais um dos específicos direitos integrantes do rol dos direitos humanos.

## 1.2 DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO HUMANO EM ESPÉCIE

Os direitos humanos em espécie devem preservar o conteúdo conceitual dos direitos humanos em geral para serem reconhecidos como tais, conteúdo que, como visto anteriormente, diz com: (i) um patamar mínimo de normas destinadas à convivência social (nos planos internacional e nacional); (ii) a dignidade humana. Com a identificação desse conteúdo conceitual, possível se torna reivindicar o reconhecimento do direito do consumidor como direito humano em espécie; do contrário, não. A verificação a esse respeito, bem assim a realidade social da gênese e formação do direito do consumidor, é a que se destinam esta e as demais seções, até a 1.2.4.

Devido às exigências biológicas por parte do corpo humano, o consumo se trata de uma necessidade imprescindível de todo e qualquer homem. O ser humano tem de consumir e absorver alimentos para sua sobrevivência, exatamente como tem também de respirar ar puro e ingerir água potável, sendo que sem o consumo desses bens básicos simplesmente ocorre o perecimento do homem. “Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos [...]” (BAUMAN, 2008, p. 37).

Essa trivialidade, no entanto, *per se* não autoriza considerar o consumo como direito no sentido jurídico, formado por normas jurídicas, e menos ainda como direito humano. Isso só é possível se for valorado como fundamental e se houver normas jurídicas e/ou princípios básicos (internacionais e nacionais) voltados para o consumidor numa sociedade classificada como de consumo, formada a partir da segunda Revolução Industrial. Normas jurídicas e/ou princípios básicos (internacionais e nacionais) como condição de

existência digna do homem consumidor no interior dessa sociedade (MIRAGEM, 2008, p. 30).

O consumo enquanto direito, enquanto direito do consumidor, necessita ser valorado como fundamental e também assim considerado em documento(s) internacional(ais) que vise(m) garantir o exercício dos direitos da pessoa humana, com ressonância em variados países. Somente com a identificação dessas condições é que possível se torna reivindicar e tratar o direito do consumidor como direito humano em espécie.

Nas seções que seguem adiante serão analisadas a gênese do direito do consumidor, a realidade social e as ações que serviram de fundamento para sua formação e afirmação, e a possibilidade, ou não, de considerá-lo como direito humano em espécie, ainda que para o cumprimento dessa tarefa prevaleça, até a seção 1.2.4, o círculo antecedente e externo ao direito posto, com foco, em realidade, nos estímulos, nas ocasiões e nos resultados de ações humanas, de verdadeiras ações sociais, como devem ser referidas em seu sentido técnico (WEBER, 2014, p. 3 e ss.).

### **1.2.1 Direito do consumidor na pré-modernidade: realidades desfavoráveis à sua caracterização como direito humano em espécie**

Na Antiguidade, o Código de Hamurabi trazia norma no sentido de que o construtor que concluísse obra com vícios teria de ser responsabilizado, incidindo-lhe o dever de reparar integralmente os danos materiais em caso de desabamento do imóvel, com previsão inclusive de pena de morte no caso de vítima fatal, na mais fiel observância da lei de talião. A Constituição de Atenas, de outro lado, previa a fiscalização e coibição de mistura e adulteração de alimentos, bem assim de fiscalização e coibição de fraudes em pesos e medidas (FILOMENO, 2007a, p. 2-3).

No período medieval, França e Espanha estabeleceram “[...] penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, sobretudo a manteiga e o vinho.” (FILOMENO, 2007a, p. 3). O édito de Luís XI, baixado em 1481, por exemplo, tinha por fim específico a punição de fraudadores (DE LUCCA, 2008, p. 48, nota de rodapé).

No entanto, preceitos legais de períodos anteriores à modernidade só podem ser relacionados à proteção do consumidor de forma indireta. Na Antiguidade e na Idade Média a preocupação do legislador era muito mais com a “justiça” e o mercado, almejando que este se mostrasse saneado, sem atos de concorrência desleal e infenso a medidas que causassem enriquecimento ilícito. Não havia propriamente preocupação com a defesa do consumidor

nem se dispensava proteção à autonomia da vontade e à dignidade do indivíduo participante de relação de consumo.

Em verdade, o que as ordens jurídicas da Antiguidade e da Idade Média reuniam eram leis com implicações no consumo, leis de relação jurídica comercial ou civil, e não leis de proteção do consumidor, que agem sobre a própria relação de consumo, como distingue Benjamin (2011, p. 110) ao analisar os precedentes históricos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei n. 8.078/90), distinção que serve também para as normas jurídicas da pré-modernidade.

É somente na modernidade, em verdade, que emerge a preocupação direta e específica com a proteção do consumidor. Isso se dá em decorrência da denominada sociedade de consumo dos séculos XVIII e XIX, sociedade que advém como um dos lados da segunda Revolução Industrial, isto é, o lado da demanda (SODRÉ, 2009, p. 9-10), como em mais detalhes se buscará abordar na seção seguinte.

Escusava dizer que sempre houve, ao longo dos tempos, numerosas manifestações voltadas à proteção dos consumidores, desde o direito romano. Mas tratava-se de algo isolado, fragmentado e anódino, sem nenhuma relação com a realidade do poder econômico dos agentes produtores, como efetivamente ocorreu a partir da década de 60.

Tais manifestações são corriqueiramente lembradas, sim, mas meramente movidas por curiosidade histórica, e não porque possam servir de base à interpretação do fenômeno atual do *consumerismo*. (DE LUCCA, 2008, p. 48, grifo do autor).

Nesse sentido, reputa-se que a tutela do consumidor não foi valorada como fundamental na pré-modernidade e a própria existência do direito do consumidor, como um conjunto de normas básicas a tutelar direta e especificamente o consumidor, dificilmente pode ser defendida naquele período. Dificilmente pode ser esposada, em consequência, a sua caracterização como direito humano em espécie, até porque também não se identifica, na pré-modernidade, a proteção do consumidor e da sua dignidade por normas internacionais.

Para os propósitos deste trabalho, tem-se que na pré-modernidade o direito do consumidor, que se eventualmente existente estaria reduzido a leis de relação jurídica comercial ou civil com implicações no consumo, não é possível de se caracterizar como direito humano em espécie.

### **1.2.2 Direito do consumidor na modernidade: realidades e ações sociais favoráveis à sua valoração como direito humano em espécie**



Na modernidade, a segunda Revolução Industrial – para alguns ocorrida a partir de 1850 e marcada pela difusão do aço, pela descoberta de novas fontes de energia (petróleo e eletricidade) e pela modernização das comunicações<sup>2</sup>, enquanto que para outros ocorrida a partir de 1903 com a Era Ford, criadora da produção em série que alterou o mercado com o consumo em massa (MAIA, 2002, p. 10) – que engendrou a sociedade de consumo, serve de referencial para a real necessidade de se proteger o consumidor. Serve de referencial para os movimentos e ações sociais que se realizaram em prol de uma igualdade material entre produtores/fornecedores e um tipo de consumidor cuja vulnerabilidade se evidenciou como nunca.

A produção decorrente do processo fabril estabelecido com o desenvolvimento técnico-científico proporcionado já pela primeira Revolução Industrial – que se estende aproximadamente a partir do último quartel do século XVIII até a década de 40 do século XIX (HOBSBAWM, 2012, p. 58-60) – aumentou a colocação de bens no mercado.

Para que o processo industrial persistisse, a comercialização e o consumo dos bens produzidos se mostraram de fundamental importância. A continuidade da produção passou a depender da demanda. Passou a depender de o consumidor adquirir os produtos lançados no mercado. Essa relação necessária entre produção e consumo encontrou no pensamento de Adam Smith o seguinte axioma: “O consumo é o único fim e propósito de toda a produção.” (apud FILOMENO, 2007a, p. 2).

Essa lógica se acentuou com a segunda Revolução Industrial e principalmente no século XX se tornou perceptível, quando a produção em série, homogênea, em larga escala e com custos reduzidos, se consolidou (MAIA, 2002, p. 10 e ss.), fazendo aumentar ainda mais a oferta, que passou a ser feita de modo associado a estímulos consumistas, contínuos e graduais, isso de modo a garantir e aumentar a produção, sem considerações para valores sociais e em prejuízo da dignidade da pessoa humana.

As duas primeiras Revoluções Industriais, mas acima de tudo a segunda, trouxeram consigo consideráveis consequências. Produção em massa ocasionou distribuição também em massa, boa parte dela feita por grandes atacadistas que passaram a destinar produtos lacrados e embalados aos comerciantes, que, nessas mesmas condições, os vendiam aos consumidores, sem que a ponta final dessa cadeia conhecesse, em muitos dos casos, o real conteúdo do bem adquirido (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 2-3). Somente nisso já se identifica um desequilíbrio e uma desigualdade entre fornecedor e consumidor, com o poderio

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[https://www.portalbrasil.net/historiageral\\_revolucaoindustrial.htm](https://www.portalbrasil.net/historiageral_revolucaoindustrial.htm)>. Acesso em: 5 de setembro de 2017.

do primeiro sendo capaz de subjugar o segundo de modo a eliminar sua autonomia da vontade.

Com a produção e a distribuição em massa, na sequência vieram os contratos de massa ou por adesão. O produtor em escala de um determinado bem de consumo passou a se valer de um mesmo instrumento, com as mesmas cláusulas e condições, para contratar com todos aqueles consumidores que se interessassem pelo seu produto. Contratos padronizados, com estipulações unilaterais pelo fornecedor, passaram a ser apresentados aos consumidores sem qualquer possibilidade de alteração de seus termos (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 3). O acordo de vontades não era real, mas aparente. Nisso se fez sentir outra modalidade de desigualdade entre fornecedor e consumidor capaz de desconsiderar a liberdade deste último, capaz de desconsiderar sua dignidade.

Isso tudo, ocorrido sob a concepção do mais puro liberalismo estatal – marcado pela não intervenção na economia e por uma ordem jurídica fundada na autonomia da vontade e na igualdade formal –, encontrou ressonância, no final do século XIX e início do XX, em organismos pró-consumidor, que então iniciaram os primeiros movimentos em busca da equalização nas relações de consumo e da preservação da dignidade do consumidor. A tutela do consumidor começou a ser valorada como fundamental.

Antes mesmo da criação de um direito especificamente do consumidor, em 1899, nos Estados Unidos, surgiu *National Consumer League* (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 4). Depois disso, em decorrência do romance *The Jungle* (A Selva) em que Upton Sinclair denuncia as condições de higiene extremamente precárias de matadouros e açougues de Chicago, em 1906 foram aprovados o *Meat Inspection Act* e o *Pure Food and Drug Act*, regramentos estadunidenses com vistas a fiscalizar e melhorar as condições da carne destinada ao consumo (DE LUCCA, 2008, p. 50).

Como a *National Consumer League*, de 1899, voltou-se inicialmente à proteção de mulheres e crianças no ambiente laboral, listando quais os fabricantes e as empresas que respeitavam os direitos trabalhistas e sugerindo que seus produtos tivessem preferência no momento da aquisição, usando, assim, a força dos consumidores para uma causa social (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 4-5), considera-se então a *Consumers Union* (criada em 1936) a primeira organização estadunidense, de âmbito nacional, típica e verdadeiramente voltada para a proteção específica dos consumidores (SODRÉ, 2009, p. 24).

No entanto, foi somente na década de 60 do século passado que entidades de luta em favor do consumidor se voltaram para a organização de um movimento internacional, culminando com a criação da *International Organization of Consumers Union* (IOCU), atual

*Consumers International* (CI), até porque foi exatamente no século XX que a sociedade de consumo surgida com a segunda Revolução Industrial cresceu de forma exponencial.

Com efeito, o Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano do ano de 1998, denominado Consumo para o Desenvolvimento Humano, demonstrou que o século XX foi o século do consumo. Naquele documento consta o consumo mundial aumentou ao longo do século XX, “[...] com despesas de consumo privado e público atingindo US \$ 24 trilhões em 1998, o dobro do nível de 1975 e seis vezes o de 1950.”<sup>3</sup>. De outro lado, houve crescimento populacional no mundo inteiro, sendo que a população mundial era em torno de 2,5 bilhões de pessoas em 1950 e de 6.615,9 bilhões em 2007<sup>4</sup>. Neste século, a população mundial atingiu o número de 7.349 bilhões de pessoas em 2015<sup>5</sup>.

Por isso até que a internacionalização do movimento pró-consumidor se deu no século XX, e assim se deu para tentar acompanhar e enfrentar as mudanças ocorridas, capazes de associar tal período ao fenômeno do consumismo, impulsionado por agressivas ações e estratégias de produtores e fornecedores. Acerca do fenômeno do consumismo e de medidas pró-vendas, as observações de Lucca (2008, p. 53, grifo do autor) são no sentido de que:

A utilização de produtos ou serviços passou a decorrer muito mais da influência sedutora dos comerciais de televisão, do *status* conferido pelas *grifes*, da publicidade envolvente e irresistível que transporta as pessoas a uma espécie de “reino da fantasia”, do que as necessidades fundamentais do indivíduo e de sua família, como deveria ser.

Nesse contexto de dominação do poder empresarial, o consumidor passou a experimentar cada vez mais a perda da autonomia da vontade, possibilitando que sua dignidade fosse tisonada, colocando à mostra, cada vez mais também, sua vulnerabilidade. Além disso, a “necessidade” (criada) de consumir produtos e serviços da modernidade veio para ficar, sendo ponto de relevo nas relações de consumo.

Esses fenômenos todos acabaram, de certo modo, forjando o já referido consumismo, que na atual quadra histórica pode ser considerado como atributo de uma sociedade na qual a capacidade individual de querer e de desejar é despreendida e retirada das pessoas, dos consumidores em si, para ser “[...] reciclada/reificada numa força externa que coloca a ‘sociedade de consumidores’ em movimento e a mantém em curso como forma específica de convívio humano [...]” (BAUMAN, 2008, p. 41). Boa parte disso em prol do

<sup>3</sup> Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/259/hdr\\_1998\\_en\\_complete\\_nostats.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/259/hdr_1998_en_complete_nostats.pdf)>. Acesso em: 5 de setembro de 2017. Tradução livre.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://unfpa.org.br/Arquivos/swop2007.pdf>>. Acesso em: 5 de setembro de 2017.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2015.pdf>>. Acesso em: 5 de setembro de 2017.

curso da economia, da movimentação de valores, da sustentabilidade do mercado, de ganhos e lucratividade.

Todos esses acontecimentos, todos esses fatos, todos esses fenômenos fizeram com que a perda da liberdade individual e da dignidade humana fosse tamanha que as pessoas, alienadas e em busca de uma felicidade prometida com o acesso imediato a bens e produtos disponíveis no mercado de consumo (BAUMAN, 2008, p. 63-65), passaram a praticar *nonsense*. Um desses disparates, aliás, foi digno de divulgação pela mídia por revelar a que ponto pode chegar o ser humano na busca de obtenção de bens de consumo, na busca da “felicidade” prometida pela indústria, informando o seguinte a notícia jornalística que aqui se reproduz:

Chinês vendeu rim para comprar iPad 2 – Um estudante de 17 anos contou que decidiu vender um rim para poder comprar o novo *tablet*. Embora a operação tenha sido bem-sucedida, agora sua saúde está em perigo, informou ontem o site NetEase. Ele diz ter tomado a decisão depois de ler um anúncio que oferecia US\$ 3.000 pelo órgão. (Folha de S. Paulo, São Paulo, 4 jun. 2011. Folha Mercado, Caderno B, p. B-18).

Isso tudo, no entanto, não passou incólume, não passou sem reações e sem ações humanas com o propósito de modificar esse estado de coisas e de preservar ou resgatar a dignidade do indivíduo consumidor por meio da equalização da relação entre produtores/fornecedores e consumidores. A pauta da necessária proteção do consumidor, valorada como fundamental e já presente nas ações sociais, invadiu discursos políticos e tornou-se, também, objeto de interesse próximo da ONU, como adiante se verá.

### **1.2.3 Direito do consumidor na modernidade: realidades internacionais favoráveis à sua valoração e ao seu reconhecimento como direito humano em espécie**

Ações humanas com o propósito de modificar a realidade estabelecida, iniciadas via organismos sociais e estatais de proteção do consumidor, atingiram também a pauta política em busca justamente de uma pauta jurídica voltada especificamente para a tutela do consumidor, para a proteção da dignidade do homem consumidor na sociedade de consumo.

A principal referência política está no fato de o presidente dos Estados Unidos John Kennedy, em 15 de março de 1962, ter se dirigido ao Congresso Nacional de seu país reivindicando a criação de direitos básicos dos consumidores, listando-os como sendo o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido

(SODRÉ, 2009, p. 22-23). “Surge na história, assim, a primeira enunciação politicamente significativa da ideia de direitos básicos dos consumidores.” (SODRÉ, 2009, p. 23).

A Organização das Nações Unidas, de seu turno, tomada pela consciência da importância da pauta protecionista voltada ao consumidor, voltada à sua liberdade e à sua dignidade, adotou medidas de sua competência e passou a trabalhar no sentido de que seus países-membros editassem normas destinadas ao consumidor.

Com efeito, na ONU houve uma série de consultas, a partir da década de 70 do século passado, com vistas a estabelecer princípios gerais das relações de consumo, culminando, no ano de 1985, com a Resolução n. 39/248, que trouxe a indicação expressa de tais princípios e tracejou as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção dos Consumidores.

Esse documento, o mais importante da proteção internacional do consumidor, repercutiu em vários países na formulação de suas leis consumeristas (SODRÉ, 2009, p. 36-37), sobretudo naqueles em desenvolvimento, porque muitos dos países desenvolvidos já contavam com diplomas normativos dessa natureza e a defesa do consumidor já era uma realidade (SODRÉ, 2009, p. 94).

A propósito, tanto países da Europa quanto da América Latina formularam previsões constitucionais com o desiderato de proteger o consumidor e criaram também leis infraconstitucionais com esse mesmo fim. Portugal e Espanha, para que se fique apenas nesses dois exemplos acerca do ocorrido na Europa, trataram da proteção dos consumidores em suas Constituições, respectivamente de 1976 e de 1978 (SODRÉ, 2009, p. 162 e ss.).

Esses dois países, depois, aprovaram Leis de Defesa do Consumidor, sendo em Portugal a Lei n. 29/81 (revogada pela Lei n. 24, de 31.07.96, legislação de defesa dos consumidores contendo novidades e internalizando diretrizes da Comunidade Europeia) e na Espanha a Lei n. 26/84 (revogada pelo Real Decreto Legislativo n. 1/2007, que introduziu modificações e assimilou diretrizes da Comunidade Europeia). Outros países Europeus seguiram pela mesma senda (SODRÉ, 2009, p. 162 e ss.).

Na América Latina, por sua vez, também ocorreu algo similar. O México, por exemplo, foi o primeiro país a dispor de lei de defesa do consumidor, isso em 1976. À exceção do ocorrido naquele país, na América Latina “[...] todas as leis principiologicamente de defesa do consumidor surgem nos anos próximos a 1990 para frente.” (SODRÉ, 2009, p. 191), sendo o caso do Brasil, onde em 1990 passou a vigorar a Lei n. 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

A proteção do consumidor, então, invadiu a seara política e jurídica no âmbito internacional, tendo se concretizado em termos normativos – de modo perceptível e

significativo – no último quartel do século passado em diante, a partir de quando se passou a experimentar tutela específica para a parte mais fraca da relação de consumo, o consumidor, com vistas a preservar sua liberdade e sua dignidade.

Com o consumo ocorrendo no interior do que é considerado como sociedade de consumo; com princípios básicos de proteção do consumidor contemplados em documento da ONU; com o direito do consumidor edificado em normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais de países da Europa e da América Latina; com todos esses acontecimentos tendo em comum o propósito de equiparar as partes na relação de consumo e garantir a existência digna do homem consumidor no interior da sociedade, tem-se como possível o reconhecimento do direito do consumidor como direito humano em espécie.

#### **1.2.4 Direito do consumidor na modernidade: realidades estatais, políticas e jurídicas favoráveis ao seu reconhecimento como direito humano em espécie**

Na modernidade, a mudança de paradigma ocorrida com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi fundamental para o início da proteção do consumidor. Com o Estado Social, voltado para a justiça, para a redução das desigualdades e para a paz social, o sistema jurídico foi atingido com a criação de novos textos normativos, dentre eles os referentes ao direito do consumidor.

Primeiramente o Estado se apresentou como absolutista, com a imposição da sua força política contra qualquer forma particularista de poder. O Estado Absolutista monopolizou o poder político e a força militar a ponto de transformar-se no único ente capaz de regular o comportamento das pessoas e das forças sociais (LIMA, 2015, p. 29 e 33).

Com as ideias iluministas e as Revoluções Liberais, o Estado Absolutista cedeu lugar ao Estado Liberal. A ótica que era voltada exclusivamente para o príncipe migra, nesse novo modelo, para os cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 58). Houve limitação do poder estatal (Estado de Direito) e das suas funções (Estado mínimo).

No liberalismo, a limitação do poder estatal deu-se por meio do direito. O Estado passou a caracterizar-se como aquele submetido ao direito, controlado pela lei como expressão da vontade geral, com a pretensão de que o âmbito estatal seja presidido por normas jurídicas (COELHO, 2009, p. 64; VERDÚ, 2007, p. 1). Cuida-se do Estado que se submete às leis criadas pelo próprio Estado. Nisso, o meio ideal para a contenção de abusos do poder e, ao mesmo tempo, para o exercício das garantias legais dos indivíduos.

A limitação das funções estatais, por sua vez, deu-se sob o entendimento de que intervenção governamental em busca do bem-estar geral dos indivíduos acabaria por criar uma sociedade de comportamentos uniformes que, em contradição com a inteligência do liberalismo, conteria a atividade das pessoas, a liberdade dos indivíduos, tornando-os autômatos. Nesse sentido, a teoria liberal clássica é considerada uma teoria antiestado (STRECK; MORAIS, 2014, p. 62).

O liberalismo clássico, no entanto, deu sinais de esgarçamento. Com isso, na segunda metade do século XIX, o Estado passou a assumir tarefas positivas e a imiscuir-se em questões sociais, aumentando sua interferência na esfera do indivíduo e da sociedade. A escravidão se findou, a liberdade de imprensa foi inaugurada, a educação ampliada e o sufrágio universalizado, dentre outras medidas que impactaram a vida dos cidadãos por força justamente de uma maior intervenção estatal (STRECK; MORAIS, 2014, p. 64-66).

No entanto, preocupações com justiça social surgem somente no final do século XIX, transformando o entendimento acerca das liberdades devido às exigências de redução das desigualdades, “[...] dando início à construção do que irá se tornar o Estado Social e suas diversas expressões ao longo do século XX e a consolidação das chamadas *liberdades do ou da* – as liberdades positivas.” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 66, grifo dos autores).

De indiferença a temas e questões que permeiam a sociedade, como ocorria no Estado Liberal clássico, ou de intervenção muito mais assistencial do que social, como se dava no liberalismo da segunda metade do século XIX, o Estado Social passou, em ótica diversa, a adotar ações e medidas sociais para a redução das desigualdades, em postura muito mais interventiva.

Essa nova postura foi trabalhada no plano supraestatal e internacional dos direitos humanos. Nestes, o homem foi tomado realisticamente, concretamente, como ser humano dotado das mais variadas fraquezas e de vicissitudes, isso para a especificação e a multiplicação de seus direitos, em busca também de igualdade material ou de redução das desigualdades. Sobre isso, Bobbio (2004, p. 64) faz o seguinte registro:

[...] a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc.

Esse novo posicionamento acabou por encontrar espaço também na ordem constitucional do século passado, que além das liberdades negativas passou a contemplar também as positivas, constituídas pela redução das desigualdades e promoção dos direitos sociais e econômicos. As Constituições mexicana (1917) e alemã (1919) foram as primeiras a positivar essa nova ordem de valores, preocupada com o homem concreto e com a igualdade material (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 32-33).

No tocante às Constituições brasileiras, a de 1934 incorporou alguns direitos sociais (direito à subsistência e direito à assistência aos indigentes), mas foi principalmente com a de 1988 que tais direitos foram contemplados e dispostos (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 36-37).

Vivemos um tempo de Estados que pretendem se afastar cada vez mais de um modelo liberal clássico, assumindo ares mais voltados para o enfrentamento de questões sociais, o que se convencionou chamar de Estado de Direito Material. Este Estado Moderno, na tarefa de assegurar a liberdade dos indivíduos, consubstanciada na possibilidade do real desenvolvimento de sua personalidade, viu crescer seu campo de atuação passando da passividade contida de um mero fiador de direitos clássicos, para a altivez heróica daquele que se propõe a garantir uma miríade de direitos sociais aos seus cidadãos. (RIBAS; SILVA, 2013, p. 388).

Esse cenário de nova concepção sobre as funções estatais e políticas, de despertar para as diferenças reais entre indivíduos, aliado às questões e problemas decorrentes da segunda Revolução Industrial no que diz com a relação de consumo – produção em massa; distribuição em massa; contratos de massa ou por adesão; agressivas ações e estratégias de produtores e fornecedores; concentração de poder no setor empresarial; perda da autonomia da vontade do consumidor; desigualdade material entre produtores/fornecedores e consumidores (Cf. seção 1.2.2 supra) –, rendeu ensejo para se pensar e se forjar uma pauta jurídica voltada para a proteção do consumidor.

O Estado Social e o desenvolvimento dos direitos humanos se mostraram, nesse sentido, favoráveis à proteção do consumidor. Embora no Brasil e na América Latina as promessas do Estado Social não tenham sido cumpridas, promovendo-se verdadeiro salto do Estado Liberal diretamente para o Estado Democrático de Direito (STRECK; MORAIS, 2014, p. 81-90), ainda assim sua proposta repercutiu favoravelmente à causa do direito do consumidor, dando condições para ações políticas e criação de normas com o desiderato de reduzir a desigualdade entre produtores/fornecedores e consumidores, em prol, assim, da autonomia e da dignidade do indivíduo nas relações de consumo.



### 1.2.5 A mudança de paradigma: bem-estar e interesse social no direito

A proposta do Estado Social e o sentimento supraestatal e internacional acerca da necessidade de se tomar o ser humano realisticamente, concretamente, relacionaram-se com o sistema jurídico e com a criação de textos normativos. O direito enquanto fato social não é recluso em si mesmo nem se constitui em uma ilha. Há uma interface entre transformações estatais, políticas, econômicas e sociais, de um lado, e o direito positivo, de outro.

Nesse sentido, o direito interagiu e sofreu transformações com o *welfare state* e com a preocupação dos direitos humanos de considerar o homem concretamente, isso a ponto de impulsionar o debate sobre o direito do consumidor, como ocorrido em outras subáreas do direito.

Sob o liberalismo, os grandes códigos oitocentistas e o direito civil, especialmente no tocante ao direito das obrigações e ao direito dos contratos, voltaram-se basicamente para a autonomia da vontade. “Os séculos XVIII e XIX foram marcados pela hegemonia do pensamento liberal de tipo *laissez-faire* e pelas teorias do direito natural moderno.” (MACEDO JR., 2007, p. 43).

Para as relações contratuais, nestas incluídas as relações contratuais de consumo, o que importava era a soberania da vontade individual, da liberdade contratual, cabendo ao direito reconhecer a força criadora e assegurar o cumprimento das promessas feitas, limitando-se a uma posição meramente supletiva (MARQUES, 2005, p. 60).

A ideia de que justiça contratual residia apenas e exclusivamente no consenso obtido livremente entre as partes contratantes, em nada se importando com a situação econômica e social dos contratantes nem com o resultado final da relação contratual, começou a perder força e a crise da dogmática jurídica tradicional, ou então a crise do paradigma contratual clássico, se apresentou.

A vontade das partes, a liberdade contratual e a obrigatoriedade do acordo firmado, isto é, o *pacta sunt servanda*, receberam novas luzes e sofreram reinterpretações conceituais com a incorporação de valores da chamada justiça social. Não que tenham saído do sistema jurídico, mas sim que sua compreensão passou a ser diversa daquela da concepção liberal do tipo *laissez-faire* em razão de normas imperativas que passaram a intervir na regulação interprivada feita por meio de contratos e negócios jurídicos.

A lei passa a proteger determinados interesses sociais e estes vão para o direito dos contratos sem que possam ceder passo ao pactuado pelos contratantes. Tais interesses sociais se sobrepõem ao ajuste entre as partes porque encerrados em disposições jurídicas

coagentes. “É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o *interesse social*.” (MARQUES, 2005, p. 211, grifo da autora).

O sinalagma contratual passou a ser visto com exigência de um mínimo de nexo das prestações e de seu equilíbrio em concreto, perdendo importância a mera prestação em si e a obrigatoriedade do acordado (MARQUES, 2005, p. 181). A autonomia da vontade, por sua vez, ganhou intervenção estatal no tocante ao conteúdo do ajuste, intervenção com o fim de se alcançar “[...] uma *autonomia real da vontade* do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito [...]” (MARQUES, 2005, p. 182, grifo da autora).

Pode-se dizer, com apoio no pensamento de Macedo Jr. (2007, p. 51-53), que o Estado Social foi capaz de acarretar para o sistema jurídico três transformações principais: (i) alteração do entendimento acerca do princípio da igualdade, que de meramente formal migrou para uma concepção material; (ii) alteração do entendimento acerca da ideia de reciprocidade, que de contraprestação formal passa para substancial, com equivalência entre os valores dos termos intercambiados; (iii) alteração do entendimento acerca da concepção de liberdade contratual, que de plena e irrestrita passa a ser vista como limitada ou mitigada.

A ideia-guia das transformações ocorridas é a de equilíbrio. Nesta se funda a nova racionalidade jurídica que traz para o interior do direito o bem-estar e a justiça distributiva, esta entendida e tomada como distribuição de riquezas e oportunidades, como equitativa distribuição de deveres e direitos, como equivalência das prestações ou sacrifícios (MACEDO JR., 2007, p. 231; MARQUES, 2005, p. 2013).

Um novo direito se apresenta com atenção voltada às questões de poder, de justiça contratual, de solidariedade, de cooperação e também ao que diz com o resultado final da relação contratual. A importância que passa a ser dada à justiça social, ao direito social forjado sob as ideias de um Estado Social, dá-se em razão de a pessoa humana e sua dignidade terem assumido relevância sobre formas e simples situações jurídicas patrimoniais.

Nesse sentido, a posição e as condições econômicas e sociais das pessoas passaram a ser relevantes para o direito e para as relações contratuais de uma forma geral, bem assim para o direito do consumidor em específico. Aliás, este ramo do direito surgiu exatamente para se voltar para a proteção do mais fraco, que é o consumidor, e com vistas a gerar o equilíbrio que deve haver nas suas relações com produtores e fornecedores.

### **1.2.6 O propósito do direito do consumidor e sua imbricação com direitos humanos**

Nas seções anteriores apontou-se a característica da desigualdade que existe entre produtores e fornecedores, de um lado, e consumidores, de outro, podendo-se notar que o conjunto produtivo que promove a oferta de bens e produtos de consumo incrementou sua força com a segunda Revolução Industrial e com as técnicas de publicidade e *marketing*.

Também se apresenta possível a percepção, em razão do que foi tratado anteriormente, de que o consumidor, em boa medida subjugado ao poderio concentrado em fabricantes, distribuidores e fornecedores, teve sua fragilidade exposta e evidenciada como nunca, com perda da sua liberdade e autonomia, motivando ações sociais em seu favor e reclamando textos normativos com vistas a juridicamente equalizar a relação de consumo.

O real propósito do direito do consumidor, tendo em conta essa assimetria de poderes entre as partes, não é o de fomentar disputas entre lados diferentes de uma relação de consumo sempre necessária para a economia e para a vida interprivada de trocas de bens, de comércio de produtos e de prestação de serviços. Não é o de polarizar fornecedores e consumidores, como se os primeiros fossem responsáveis pelos males que existem no mercado e na sociedade, e os segundos suas vítimas.

O real propósito do direito do consumidor, afastado o maniqueísmo acima, é reagir ao desequilíbrio e à desigualdade material entre as partes para equilibrar e harmonizar as relações de consumo, como preconiza, por exemplo, o *caput* do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei n. 8.078/90). Esse é o desiderato do direito do consumidor, voltado à preservação ou ao resgate da liberdade e da dignidade do consumidor.

Como resposta aos problemas emergidos com a sociedade de consumo dos séculos XVIII e XIX, o direito do consumidor veio com o fim de preservar ou recuperar a liberdade do consumidor, debilitada, senão perdida, desde a industrialização do mundo. Não veio com a intenção de conceder favores e direitos indiscriminados aos consumidores, de conceder-lhes superpoderes, o que seria pernicioso a qualquer modelo de organização econômica por promover desequilíbrio em sentido inverso e em prejuízo de fornecedores.

Esse resgate da liberdade do consumidor, com vistas ao equilíbrio das relações de consumo, a propósito, não interessa apenas à ciência do direito e aos consumidores assim conceituados legalmente, como pode parecer à primeira vista. Em verdade, o equilíbrio nas relações de consumo interessa a todos, à economia de uma forma geral e ao próprio sistema produtivo, que se move em razão do consumo e depende do consumo para se sustentar. Havendo relações de consumo equilibradas e com harmonização de interesses, há mercado mais saneado e mais justo, com ganhos mútuos entre as partes das relações de consumo.

A concepção egoísta teoricamente não encontra espaço mesmo num mercado livre e aberto. A economia só avança e se sustenta com ganhos mútuos de fornecedores e consumidores; com vantagens de parte a parte; com satisfação de interesses de ambos os lados. Para isso, o equilíbrio entre as partes se faz necessário. A equalização se apresenta como chave para minimizar ganho único e potencializar ganhos mútuos. Sem igualdade material entre as partes, relação de consumo perniciosa para todos se apresenta.

Atribui-se a Henry Ford esta frase: “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco.” Na realidade, sem o necessário equilíbrio nas relações de consumo, todo o sistema produtivo acabaria comprometido. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 8).

Na perspectiva jurídica, no entanto, a vulnerabilidade do consumidor se constitui o fundamento do direito do consumidor. A menor força do consumidor reclamou intervenção estatal com vistas à sua proteção, de modo que o lado forte, que é o lado da cadeia produtiva e do fornecimento, não prevaleça sobre sua fragilidade e viole sua dignidade. Esse é o mote de toda legislação que realmente se propõe a apresentar-se como direito do consumidor.

Nessa direção e também ante o ponderado nas seções anteriores, tem-se que há imbricação entre direito do consumidor e direitos humanos e o primeiro pode inserir-se no conceito destes últimos, conceito já indicado nesta dissertação e que reclama um conjunto de normas mínimas, definidas em prol da convivência social, relacionadas com a noção de *pessoa* e sua *dignidade* (URQUIZA, 2014, p. 7), mostrando-se possível, portanto, considerar o direito do consumidor como direito humano em espécie.

### 1.3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Direitos fundamentais podem ser entendidos como a incorporação de direitos humanos à determinada ordem jurídica por meio de sua positivação constitucional, sem que deixe de existir, com isso, a base dos próprios direitos humanos, formada pela dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e fraternidade (CANOTILHO, 1998, p. 353-354). Em razão até mesmo da preservação dessa base, os direitos fundamentais, como os direitos humanos, possuem gerações ou dimensões.

Nas liberdades individuais constituídas pelos direitos civis e políticos, que reclamam prestação negativa ou abstenção por parte do Estado, estão os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão; nos direitos econômicos, sociais e culturais, que reclamam igualdade e justiça social e que exigem prestação positiva ou ação por parte do Estado, estão

os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão; e nos direitos de solidariedade ou de fraternidade, que envolvem o direito ao progresso, à paz, ao meio ambiente equilibrado e outros direitos difusos e coletivos, estão os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão (BRANCO, 2009, p. 267-268).

Nada obstante haver diversidade terminológica e diversidade de suporte normativo entre direitos humanos e direitos fundamentais, há comunicabilidade e identidade material entre ambos (SGARBOSSA, 2008, p. 22-23).

Tanto direitos, liberdades e garantias – terminologia preferida pela *dogmática constitucionalista* – quanto direitos humanos – terminologia de preferência da *dogmática internacionalista* – visam impor limites ao Poder Estatal e outros poderes extra ou paraestatais, ou ainda privados, protegendo a pessoa, o ser humano. Assim, do ponto de vista *material*, são conceitos perfeitamente correlatos, visto o *telos* comum no sentido da limitação do poder e da proteção do ser humano. (SGARBOSSA, 2009, p. 23, grifo do autor).

Também é possível uma definição puramente teórica, formal ou estrutural para direitos fundamentais, válida para qualquer ordenamento jurídico, formulada com o seguinte teor: “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir.” (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Diante de ordenamentos dotados de constituições rígidas – e por rigidez constitucional se entende a supremacia da Constituição como garantia (i) da eficácia das disposições constitucionais e (ii) da não modificação da ordem constitucional por maiorias ocasionais em desfavor de minorias, especialmente no que diz com direitos fundamentais (SGARBOSSA, 2008, p. 20) –, há um *dever ser* jurídico, do próprio direito e interno ao direito, a exigir convergência entre ordem jurídica constitucional – onde se situam os direitos fundamentais – e sistema jurídico ao nível legislativo, de modo a somente assim se assegurar a validade deste último (FERRAJOLI, 2011, p. 95).

Nessa senda, há o *dever ser* consistente em se introduzir e cumprir as expectativas negativas ou positivas dos direitos fundamentais, de realizá-los. Em caso de divergência entre as ordens jurídicas (constitucional e infraconstitucional) ou de descumprimento das expectativas dos direitos fundamentais, há antinomia ou lacuna indevidas, caracterizadoras de disfunção interna do próprio direito (FERRAJOLI, 2011, p. 40).

Na ordem jurídica brasileira, a defesa do consumidor, por parte do Estado, foi consagrada no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 como direito fundamental, com expectativas positivas às quais correspondem deveres (de prestação) estatais de elaborar e

promulgar lei regulamentadora e de promover políticas públicas em prol do consumidor, como mais adiante se verá.

### **1.3.1 Função promocional-transformadora da Constituição de 1988 e defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica**

O direito é condicionado por realidades e pressões sociais, destas resultando normas jurídicas. Nada obstante, o direito posto cuida-se também de condicionante à medida que se destina à mudança das mesmas realidades que o condicionam. Perlingieri (1999 apud NEGREIROS, 2006, p. 81) explica essa função promocional do direito da seguinte forma:

O direito promove a mudança da realidade, e para tal não pode sucumbir aos fatos. A primazia do Direito é a primazia da decisão política face à natureza das coisas. Nem sempre o direito fotografa a realidade, porque pretende mudá-la. O direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. O pragmatismo é o contrário disto, é a negação da força de transformação do Direito.

A Constituição Federal do Brasil possui essa função promocional-transformadora do direito. A função dupla e simultânea de *promoção* e de *transformação* significa que ao direito e ao Estado cabem, a um só tempo, organizar e dirigir certas tarefas, de modo a garantir *meios* (lado promocional da função), e, também, cumprir e fazer cumprir *fins* e *objetivos* da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), interferindo na realidade social de modo a melhorá-la com a realização de justiça ou a remoção de injustiças (lado transformador da função).

Nas constituições liberais, a função do direito e do Estado era basicamente a de tutela, a de garantia, com a proteção de certas condutas e, como é curial, com a repressão de condutas contrárias às protegidas. Já nas constituições pós-liberais, a par da função de tutela e de garantia, que permanece íntegra, evidencia-se a função promocional (BOBBIO, 2007, p. 13), com esta unindo-se àquela.

Especificamente nas constituições pós-liberais em que o Estado é erigido a Estado Democrático de Direito, tem-se a função promocional-transformadora do direito e do Estado, que não só tem o papel (i) de garantir/tutelar condutas e (ii) de promover atuações estatais, mas, também e sobretudo, (iii) de perseguir e estimular a alteração para melhor da realidade social (STRECK; MORAIS, 2014, p. 100).

Logo no seu art. 1º, *caput*, a ordem constitucional pátria aponta que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Isso significa que seu

objetivo é, sobretudo, a igualdade transformadora com fundamento na lei; é a realização e concretização da igualdade, ou redução das desigualdades, com vistas a uma sociedade mais justa e equânime, de modo que a legislação não se presta mais somente para restringir ou promover a atuação estatal, como, respectivamente, no Estado Liberal de Direito e no Estado Social de Direito.

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 101).

Desse cenário não desborda a defesa do consumidor como direito fundamental e também como princípio da ordem econômica. Com efeito, referida defesa está inserida na função promocional-transformadora do direito e do Estado. O art. 5º, inc. XXXII, e o art. 170, inc. V, ambos da Constituição de 1988, devem ser compreendidos dentro da função do direito e do Estado de organizar e dirigir certas tarefas, garantindo *meios* (lado promocional da função), e, também, cumprindo e fazendo cumprir *fins* e *objetivos*, interferindo para melhor na realidade social com realização de justiça ou remoção de injustiças (lado transformador da função).

Nesse sentido, tem-se que a função organizacional do art. 5º, inc. XXXII, e do art. 170, inc. V, da CF/88 significa que ao Estado cabe proporcionar e gerir os *meios* para que a proteção ao consumidor se consume e se efetive na prática, como a promulgação de leis e a criação, aparelhamento e funcionamento de órgãos administrativos e institucionais (Procons, Delegacias, Defensorias e Promotorias de Defesa do Consumidor, por exemplo). Essa seria a porção promocional da função do direito e do Estado, que, no entanto, não é única.

A porção transformadora dessa função, a outra vertente do art. 5º, inc. XXXII, e do art. 170, inc. V, da CF/88 seria o promover, o estimular e o garantir, por parte do Estado, os *fins* da proteção do consumidor, os *objetivos* da proteção do consumidor, contemplados em interesses sociais traduzidos em normas jurídicas. *Fins* e *objetivos* específicos da proteção do consumidor que se reputa como parcela dos *fins* e *objetivos* gerais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88). Nesse sentido, além de encorajar e buscar que outros respeitem e velem pelo consumidor, ele mesmo, o próprio Estado, tem de executar essa tarefa que também é sua.

Desde já, nota-se que a defesa do consumidor incumbe o Estado de executar uma dupla tarefa: a) a de organizar e proporcionar os meios para a efetiva defesa do consumidor;

b) a de promover, estimular e garantir os fins e os objetivos da proteção do consumidor. A esse ponto se voltará logo mais na seção seguinte.

### **1.3.2 Direito fundamental à defesa do consumidor como norma programática e como norma-objetivo**

A Constituição de 1988 estabeleceu formalmente a defesa do consumidor, por parte do Estado, como direito fundamental. Situada no título dos direitos e garantias fundamentais (Título II da Lei Maior), a disposição do art. 5º, inc. XXXII, da CF/88 trata-se de norma definidora de direito. No entanto, o preceito “[...] cuida-se, mais propriamente, de norma definidora de uma finalidade a ser implementada pelo Estado (a proteção do consumidor), podendo, neste sentido, falar-se também de uma norma-objetivo [...]” (SARLET, 2009, p. 258).

O art. 5º, inc. XXXII da Constituição de 1988, na perspectiva de se tratar de finalidade a ser alcançada, não é, portanto, um daqueles direitos fundamentais clássicos ou uma daquelas liberdades a exigir abstenção por parte do Estado. Não se amolda exatamente à primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, mas sim, de forma mais adequada, à segunda. Ao impor aos órgãos estatais um agir, um proceder, a defesa do consumidor se identifica com a função promocional-transformadora do direito e do Estado, acima tratada (seção 1.3.1).

Além da sua previsão como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII), a defesa do consumidor foi erigida pela Lei Maior brasileira também como princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V), ambas as disposições constitucionais entendidas por certo segmento da doutrina nacional como programas a serem cumpridos por órgãos estatais. Sobre a defesa do consumidor como norma de direito fundamental, há a seguinte posição:

A defesa do consumidor, constante no inciso XXXII, do artigo 5º, é norma que necessita de leis integradoras. [...] Enquanto não houver lei que defenda o consumidor, não haverá plena exequibilidade da norma constitucional. Podemos concluir que o comando constitucional que versa sobre a proteção do consumidor é uma norma de integração de espécie completáveis, necessitando da lei infraconstitucional para ter plena eficácia. (NISHIYAMA, 2002, p. 108).

Em relação ao princípio da ordem econômica que estabelece a defesa do consumidor, espousa-se que se trata de programa de execução a cargo do Estado, *verbis*:



O artigo 170, inciso V, contempla uma norma do gênero de integração, da espécie completável. O legislador ordinário deve cumprir as tarefas determinadas pelo objetivo fixado no comando constitucional, não podendo a legislação integradora ser contrária ao princípio da proteção do consumidor. Cabe ao legislador comum a maximização ou plenitude daquela forma, uma vez que a constituição já traçou a regra mínima a ser seguida. (NISHIYAMA, 2002, p. 145).

No que se refere ao art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, que realmente é o que interessa nesta seção enquanto direito fundamental, Bastos (2011, p. 810) sustenta, por seu turno, que o direito de todo e qualquer consumidor de ser defendido pelo Estado se torna possível somente a partir do momento em que a lei reclamada pela disposição constitucional é editada e ganha concreção. Antes, é irrealizável, diz o autor referido.

As posições acima parecem anuir à teoria que divide as normas constitucionais em três espécies principais *quanto à sua eficácia*, classificando-as como: (i) normas constitucionais de eficácia plena, que produzem ou têm possibilidade de produzir todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição; (ii) normas constitucionais de eficácia contida, que igualmente produzem ou têm possibilidade de produzir todos os seus efeitos de imediato, mas que podem ter sua eficácia contida em certos limites; e, ainda, (iii) normas constitucionais de eficácia limitada, que não produzem nem têm possibilidade de produzir todos os seus efeitos de imediato porque, assim tendo previsto o constituinte, dependem de normatividade e regulamentação deixadas para o legislador ordinário (SILVA, 2003, p. 82-83).

Dentre as últimas referidas no parágrafo anterior, isto é, as de eficácia limitada, há dois tipos de normas, segundo a teoria em questão: (i) normas constitucionais de princípio institutivo, que veiculam lineamentos e esquemas iniciais de órgãos ou instituições; e (ii) normas constitucionais de princípio programático, que disciplinam interesses econômico-sociais (justiça social; existência digna; desenvolvimento econômico e outros) como programa a ser realizado pelo Estado, apontando a direção para onde se vai e também como se vai, buscando atribuir fins ao Estado (SILVA, 2003, p. 118 e ss.).

As normas programáticas, que estão dentre aquelas classificadas como normas constitucionais de eficácia limitada, não produzem nem têm possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais de imediato. O legislador constituinte confere lineamentos de programas de Estado e encarrega os órgãos públicos constituídos de desenvolvê-los e cumpri-los (SILVA, 2003, p. 138). Sua realização situa-se prioritariamente no plano político.

Nessa categoria de normas programáticas – de eficácia limitada por não produzirem nem terem a possibilidade de produzir todos os seus efeitos de imediato – é que

parte da doutrina brasileira parece inserir o art. 5º, inc. XXXII, e também o art. 170, inc. V, ambos da Constituição de 1988.

Nenhum questionamento parece possível quanto à inteligência de que o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 necessita de lei integradora. O dispositivo constitucional se mostra claro ao consignar que é “na forma da lei” que a defesa do consumidor tem de se dar por parte do Estado. Isso não impõe, no entanto, que referido direito fundamental seja compreendido e aplicado apenas como norma constitucional programática, classificação que na Itália surgiu com vistas a neutralizar a primeira parte da Constituição daquele país, mas que a própria Corte Constitucional italiana, no entanto, tratou de eliminar em prol da ordem constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 53).

Sem lei integradora, aliás, o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 remanesce como regra a ser cumprida e observada, de modo que caso não tivesse sido promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) haveria uma indevida lacuna a ser suprida. Nos casos em que a legislação infraconstitucional é omissa, aliás, tem-se que, com suporte diretamente no direito fundamental à defesa do consumidor, ao Estado cabe defender o consumidor e à jurisdição, por sua vez, incumbe promover as reparações necessárias.

Não é toda a doutrina, a propósito, que parece sustentar que o mandamento constitucional de se promover a defesa do consumidor se amolda à categoria de norma programática. Grau (2008, p. 248-249), ao dispensar atenção ao art. 170, inc. V, da Carta Constitucional, preconiza o seguinte: “Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado.”

A utilização do termo “princípio constitucional impositivo”, com referência à doutrina de Canotilho, não é sem razão por parte do autor acima referido. É que princípios constitucionais impositivos, como a própria designação está a dizer, “[...] *impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.*” (CANOTILHO, 1998, p. 1092, grifo do autor).

Com suporte no significado de princípio impositivo, Grau sustenta haver no sistema jurídico, dentre outras, as chamadas normas-objetivo, com tarefas a serem cumpridas e executadas. Compreender estas ajuda a compreender, assim se reputa, suas diferentes características daquelas encontradas na classe das normas programáticas, o que se afigura relevante ante o entendimento, que parece existir, no sentido de que, na atual quadra da história e do desenvolvimento jurídico, as normas-objetivo gozam de preferência e

preponderam, pois as programáticas, como já dito, foram classificadas com vistas a neutralizar a primeira parte da Constituição da Itália, mas acabaram rejeitadas pela própria Corte Constitucional daquele país (FERRAJOLI, 2012, p. 53).

As chamadas normas-objetivo fogem do ordinário e do que sempre se divisou acerca do conteúdo das normas jurídicas. Não são normas de conduta, entendidas como disciplinadoras de comportamentos e atividades (REALE, 1998, p. 96), nem normas de organização, entendidas como estruturadoras de órgãos estatais ou propiciadoras do funcionamento desses mesmos órgãos, ou então disciplinadoras de processos de identificação e aplicação de normas (REALE, 1998, p. 97). Antes, normas-objetivo são normas que fixam e definem certos resultados, certos fins, certos objetivos, a serem perseguidos e atingidos (GRAU, 2011a, p. 838). Identificam-se com a função promocional-transformadora do direito.

O surgimento das normas-objetivo se deve à chegada e estabelecimento do Estado Social em busca da igualdade material e à sua posterior transposição para o Estado Democrático (e Social) de Direito com seu propósito transformador. Esses fins perseguidos por tais modelos estatais propiciaram um tipo diverso de norma jurídica que não se amolda mais à concepção de norma de conduta nem à de norma de organização. Propiciaram um tipo de norma consentâneo com seus fins, que são justamente as normas-objetivo.

Tal ocorre desde o instante em que o Direito passa a ser dinamizado como um instrumento de governo e deixa de ser sua finalidade, única e exclusivamente, a de *ordenação*. Enquanto instrumento de governo, agora, o Direito passa a ser atuado tendo em vista a *implementação de políticas*, políticas estas referidas a fins múltiplos e específicos. As normas jurídicas do novo tipo, que surgem, estão voltadas, então, para a definição jurídica desses múltiplos e específicos fins. (GRAU, 2011a, p. 843, grifo do autor).

As normas-objetivo admitem esclarecimento e explicação por meio da metáfora do jogo, afirma Grau. E assim o autor em comentário faz didaticamente o seguinte exercício de correlação:

Visualizado, *v.g.*, o jogo de xadrez, verificamos que três tipos de regras o regulam: as *regras sobre o jogo* – que definem as especificações do tabuleiro, seu número de casas, posição no início da partida – as *regras do jogo* – que estabelecem os movimentos das várias peças – e a *regra sobre o fim do jogo* – que é a de colocar o adversário em xeque-mate.

Há paralelismo perfeito entre as regras do jogo e as normas jurídicas. No Direito, as regras sobre o jogo correspondem as *normas de organização*; às regras do jogo, as *normas de conduta*; à regra sobre o fim do jogo, as *normas-objetivo*. (GRAU, 2011a, p. 846, grifo do autor).

Normas-objetivo, em suma, são normas que fixam e definem certos resultados, certos fins, certos objetivos a serem perseguidos e atingidos pelo Estado (GRAU, 2011a, p. 838). São normas teleológicas, finalísticas. Identificam-se com a função promocional-transformadora do direito.

Um dos primeiros a dedicar-se ao direito consumerista na ordem constitucional, Comparato (2011, p. 180) diz, ao tratar do art. 170, inc. V da Constituição de 1988, que a defesa do consumidor cuida-se de “[...] um tipo de princípio programa, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*).” Logo mais adiante de seu célebre artigo, o autor anota que políticas públicas decorrem de normas-objetivo, a saber:

Como todo programa de ação, a política pública desenvolve uma atividade, i.é, uma série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade, imposta na lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas *normas-objetivo* [...]. Quer isto dizer que os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para montar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório. (COMPARATO, 2011, p. 180-181, grifo do autor).

Nesse sentido, a defesa do consumidor trata-se de um fim, de um objetivo fixado e definido normativamente, a reclamar que seja perseguido e alcançado pelos organismos estatais. A defesa do consumidor, então, trata-se de norma-objetivo. Ao mesmo tempo, a edição de lei para se determinar a forma que essa defesa se dará – como prevê o art. 5º, inc. XXXII, da CF/88 – e, ainda, a definição e a execução de políticas públicas, voltadas para a defesa do consumidor, são tarefas impostas aos poderes públicos constituídos; tarefas impostas pela norma-objetivo de se promover a defesa do consumidor.

Normas programáticas, no entanto, também encerram políticas públicas e impõem o desenvolvimento de atividades e ações para o cumprimento de fins. Nesse ponto, se identificam com as normas-objetivo. A diferença entre as duas reside, em verdade, no fato de que normas-objetivo são classificadas de acordo com seu *conteúdo*, sempre teleológico, finalístico. E as normas programáticas, por sua vez, são classificadas de acordo com sua *eficácia*, sempre limitada por não produzir nem ter possibilidade de produzir todos os seus efeitos de imediato.

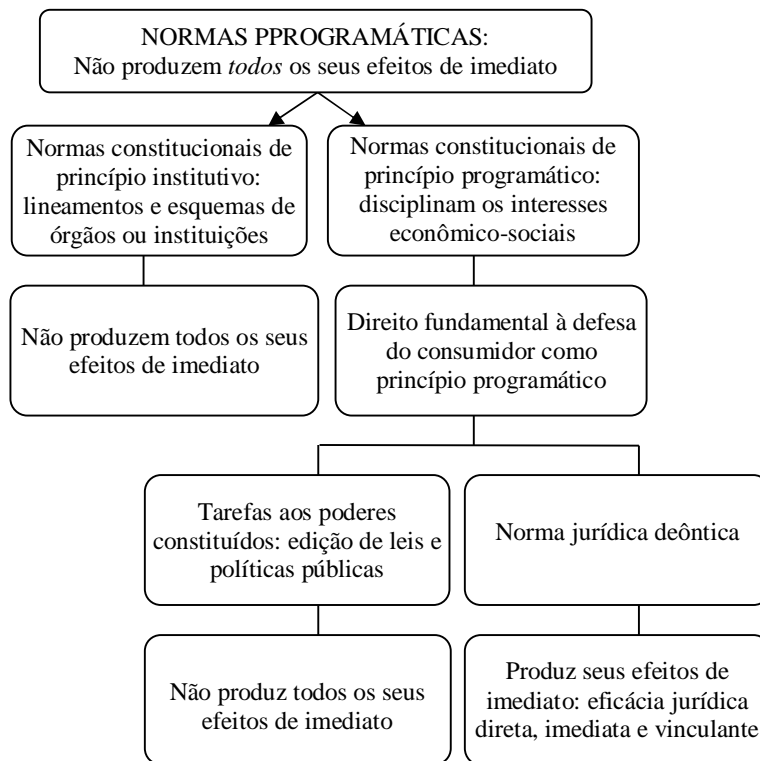
Tem-se que a diferenciação entre essas normas auxilia a compreensão de que normas-objetivo possuem eficácia *jurídica* imediata, direta e vinculante, enquanto que normas programáticas a possuem em alguns casos. Essa questão da eficácia jurídica imediata, direta e vinculante para as normas programáticas, em alguns casos (SILVA, 2003, p. 164), é que parece obscurecida, e muitas vezes ignorada ou confundida, pelo fato de as normas

programáticas estarem inseridas na categoria maior daquelas normas classificadas como normas constitucionais de eficácia limitada, por não produzirem nem terem possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais de imediato.

Ademais, afigura-se mais direto e iluminado o caminho das normas-objetivo para se sustentar a imposição obrigatória do cumprimento de certas funções, do desenvolvimento de certas atividades e da realização de certas ações para a concretização de certos fins e objetivos logo que entra em vigor a Constituição. Evita-se, assim, o obscurecimento da eficácia jurídica imediata, direta e vinculante que as normas programáticas possuem. A eficácia limitada das normas programáticas parece conferir opacidade à sua eficácia jurídica, que existe, mas pode ser confundida, quando não ignorada. Isso tudo é evitado na classificação, por seu *conteúdo* e não por sua *eficácia*, das normas-objetivo.

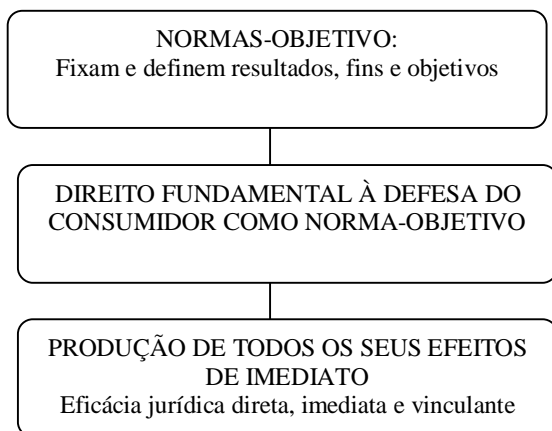
Do anotado nesta seção, o organograma das normas programáticas (classificação quanto à eficácia), no qual a defesa do consumidor se apresenta, ao lado da imposição de tarefas aos poderes constituídos, como norma jurídica vinculante, com a produção de todos os seus efeitos de imediato e diretamente, pode ser assim elaborado:

Organograma 1 – Normas programáticas



Já o organograma das normas-objetivo (classificação quanto ao conteúdo), no qual a defesa do consumidor aparece exclusivamente como norma jurídica vinculante e bem por isso com a produção de todos os seus efeitos de imediato e diretamente, pode ser elaborado da seguinte forma, muito mais simples:

Organograma 2 – Normas-objetivo



Fonte: GRAU, 2011a, p. 838 e ss. Organograma elaborado pelo autor desta dissertação.

É possível afirmar que a defesa do consumidor estabelecida na Constituição de 1988 se classifica de modo preferencial, no que toca às funções e instituições de política e de governo, como norma-objetivo, categoria construída com base no conteúdo das normas e que apresenta sintonia com a função promocional-transformadora.

Isso não quer significar que inexistam outras possibilidades classificatórias que seja capaz de versar sobre fins e programas de governo – em destaque nas normas programáticas e nas normas-objetivo, como visto nesta seção – mas também, ao mesmo tempo e com a mesma relevância, sobre os próprios consumidores enquanto titulares de direito fundamental. Essa possibilidade será verificada na seção seguinte.

### **1.3.3 Direito fundamental à defesa do consumidor como princípio regulativo**

A norma constitucional que ordena a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), situada no título dos direitos e garantias fundamentais (Título II da Lei Maior), não se trata de direito fundamental clássico, como já referido acima. Não é, repita-se, uma daquelas normas

que versam sobre direitos civis individuais, como as liberdades clássicas a exigirem abstenção por parte do Estado. Trata-se, em verdade, de direito fundamental que impõe aos órgãos estatais um agir, um proceder.

A edição de lei para se determinar a forma como o direito fundamental à defesa do consumidor se dará – como prevê o art. 5º, inc. XXXII, da CF/88 – e a definição e a execução de políticas públicas, voltadas para a defesa do consumidor, são tarefas impostas aos poderes públicos constituídos. A realização dessas tarefas situa-se prioritariamente no plano político.

Como imposição de edição de lei e de realização de políticas públicas, a norma constitucional que ordena a defesa do consumidor não se traduz em direito subjetivo se entendido este como mero reflexo de um dever estabelecido legislativamente e com aptidão de ser exigido prontamente por seu titular. Nessa acepção o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 não representa direito fundamental (COMPARATO, 2011, p. 179) com possibilidade de imediata exigência por seu titular.

Nessa ordem de ideias, não há direito por parte do indivíduo de exigir que o Estado, por exemplo, legisle de certa maneira ou que crie Procons, Delegacias de Defesa do Consumidor e demais órgãos de proteção e defesa do consumidor com determinada estrutura. O que há é expectativa positiva de prestação, expectativa de cumprimento de obrigações constitucionalmente impostas.

De outro lado, há referência doutrinária à defesa do consumidor como direito fundamental, que se impõe sobre todas as ações legislativas, administrativas e judiciárias, a conferir direito subjetivo a todos os indivíduos sob a égide da ordem jurídica brasileira de serem, enquanto consumidores, protegidos e defendidos pelo Estado, na forma da lei.

Promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado. Mais do que uma obrigação, é um imperativo constitucional. E se é um dever do Estado, por outro lado é uma garantia fundamental do consumidor. Foi o constituinte originário, portanto, que instituiu um direito subjetivo público geral a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, para que o Estado-Legislator, o Estado-Juiz e o Estado-Executivo, na forma da lei, realizassem a defesa do consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 11).

Nesse sentido, ao indivíduo confere-se o direito, em face do Estado, de o Estado promover-lhe proteção e defesa, na forma da lei, nas questões que versem sobre relação de consumo, justamente por tal proteção ser um dever estatal. Por conseguinte, o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 seria norma fundamental com direito subjetivo à defesa do consumidor (RODRIGUES, 2011, p. 201-202).

Tem-se que a questão de a defesa do consumidor na ordem constitucional brasileira tratar-se, ou não, de norma fundamental com direito subjetivo pode ser aclarada com recurso aos chamados princípios regulativos, que nada mais são do que normas jurídicas compostas pela combinação entre regras e princípios (FERRAJOLI, 2015, p. 119), “[...] formuladas de maneira diversa das regras: com base no seu respeito, e não [com base] na sua violação e, conseqüente, aplicação, como ocorre nas regras.” (FERRAJOLI, 2012, p. 39).

Para Ferrajoli, regras são entendidas como normas capazes de configurar atos que traduzam sua observância ou inobservância. De outro lado, princípios são entendidos como normas que veiculam valores ou objetivos políticos, sem capacidade de configurar atos que traduzam sua observância ou inobservância (FERRAJOLI, 2015, p. 118). Tais princípios – veiculadores de valores ou objetivos políticos – são designados pelo autor peninsular como princípios diretivos ou simplesmente como diretivas.

Com certeza, existem normas que enunciam valores ou diretivas de caráter político, das quais não é exatamente identificável a observância ou inobservância. Trata-se, porém, de normas relativamente marginais. Podemos chama-las *princípios diretivos* ou *diretivas*, em oposição a todos os outros princípios que denominarei *princípios reguladores* ou *imperativos*, porque inderrogáveis. E podemos caracterizá-las como expectativas genéricas e indeterminadas, não de atos, mas de resultados, diversamente dos princípios reguladores que, ao contrário, exprimem expectativas específicas e determinadas, às quais correspondem limites ou vínculos, isto é, garantias consistentes nas relativas proibições de lesão e obrigações de prestações. (FERRAJOLI, 2012, p. 38, grifo do autor).

A maior parte dos direitos fundamentais, no entanto, não é formada por princípios diretivos, formuladores de valores ou objetivos políticos, mas sim por princípios regulativos, estes entendidos como “[...] normas, formuladas em termos de expectativas, ao invés de obrigações ou proibições, que são, ao mesmo tempo, princípios e regras [...]” (FERRAJOLI, 2015, p. 119). A seguinte passagem doutrinária explica a ambivalência das normas de direitos fundamentais enquanto princípios regulativos (princípios e regras):

Observadas de baixo, *ex parte populi*, elas são direitos, de que todos são *titulares* enquanto pessoas ou cidadãos. Observadas do alto, *ex parte principis*, elas são regras, isto é, proibições ou obrigações dos quais são *destinatários* os poderes públicos. Por isso as chamei “princípios regulativos”. Nas Constituições elas são expressas normalmente não em termos de proibições ou de obrigações, mas, sim, de direitos e, portanto, de expectativas: de expectativas negativas de não lesão ou restrições, como são o princípio da igualdade e os direitos de liberdade e de autonomia; ou de expectativas positivas de prestações, como são os direitos sociais. Têm, portanto, a forma de *princípios*, exatamente por que de tal forma as constituições proclamam explicitamente as expectativas [...]. Mas é claro que com relação às violações das proibições ou às inobservâncias dos deveres a eles correspondentes, estes princípios são colocados em relevo como *regras*, [...]



aplicáveis judicialmente às primeiras e atuados legislativamente pelas segundas. (FERRAJOLI, 2015, p. 123, grifo do autor).

Ante os referidos princípios regulativos, teoricamente inexistente qualquer distinção ou contraposição entre regras e princípios. O que existe, em verdade, é conformidade e harmonia entre regras e princípios, com estes se apresentando como a face oposta daquelas (FERRAJOLI, 2015, p. 125).

Por conseguinte, o direito fundamental à defesa do consumidor consagrado no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, se entendido como princípio regulativo, possui papel binário: (i) cumprimento e atendimento das expectativas positivas de prestações por parte do Estado, atuando como princípio jurídico voltado para motivações de interpretação judiciária ou de política legislativa, com função “normogenética” por justificar outras normas; (ii) cumprimento e atendimento do seu papel garantista, atuando como regra vinculante e com normatividade forte em relação à jurisdição e à legislação, regra esta subsumível diante da sua inobservância ou violação (FERRAJOLI, 2015, p. 124-125).

Nesse sentido, se o Estado, independentemente do seu dever de conferir cumprimento às expectativas positivas de editar lei e de executar políticas públicas conforme previsto constitucionalmente, proceder, em caso específico e concreto, de modo a não proteger nem defender o consumidor, o direito fundamental disposto no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 se aplica por subsunção, como regra vinculante e com normatividade forte, para evitar ou reparar sua inobservância ou violação.

A concepção do direito fundamental à defesa do consumidor, consagrado no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, como princípio regulativo, conforme visto acima e de acordo com a teoria ferrajoliana, apresenta-se como alternativa às concepções desse direito como norma programática ou norma-objetivo, tratadas na seção anterior, afigurando-se até preferível àquelas, haja vista evidenciar os papéis estatais e, de modo mais nítido, os direitos *ex parte populi*, estes parece que um pouco negligenciados quando em pauta normas programáticas e também normas-objetivo.

#### **1.3.4 Direito fundamental à defesa do consumidor: regulamentação por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)**

O legislador brasileiro, ainda que além do prazo de 120 dias que lhe fora assinalado, atendeu ao comando dado pelo constituinte (art. 5º, inc. XXXII, da CF/88 e art. 48 da ADCT) e elaborou o Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado na Lei n. 8.078,

de 11 de setembro de 1990. A regulamentação do direito fundamental à defesa do consumidor se deu por meio da referida ordem jurídica infraconstitucional (Lei n. 8.078/90).

O diploma legal que rege as relações de consumo no Brasil, regulamentador do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, cuida-se de codificação especial. Não, como já anotado na seção 1.2.5, de codificação nos moldes dos grandes códigos do século XIX, que se pretendiam totais, completos e universais. Mas sim de microsistema especial e autônomo; de ordem normativa sistemática voltada para a proteção do consumidor. Sua estrutura possui característica de codificação por dar tratamento abrangente e unitário, de regras e princípios, à relação de consumo (MIRAGEM, 2012, p. 31 e 43).

Cuida-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) de microcodificação que ordena normas acerca de tema especial sob racionalidade sistêmica, com as características: (i) de se tratar de legislação protetiva de um interesse social em específico; (ii) de ser lei principiológica, dotada de norma-objetivo; (iii) de possuir abertura legal para dialogar com outros diplomas legislativos.

As seções seguintes deste capítulo buscam explorar as características do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no intento de verificar sua sintonia, ou não, com o direito fundamental à defesa do consumidor e com a Constituição de 1988; de verificar se a regulamentação do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 se apresenta, ou não, satisfatória.

### **1.3.5 Código de Defesa do Consumidor: normas de ordem pública e interesse social**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), logo no seu art. 1º, preceitua que suas disposições são de “ordem pública e interesse social”. Quanto a essa característica em particular do CDC, afigura-se que o legislador ordinário atuou de forma adequada com a Constituição de 1988, de considerável conteúdo econômico e social, cumprindo o papel concretizador do direito fundamental estampado no art. 5º, inc. XXXII, da Lei Maior brasileira.

De efeito, ao preceituar que suas normas são de ordem pública, o Código de Defesa do Consumidor se mostra inderrogável pela vontade das partes integrantes de qualquer relação de consumo. Há intervenção estatal, mesmo sem provocação ou pedido nesse sentido, justamente para proteger o consumidor vulnerável. Exemplo disso é o dirigismo estatal existente na declaração de nulidade das cláusulas abusivas de contratos de consumo referidas

no art. 51 do CDC (FILOMENO, 2007b, p. 24). As normas da legislação consumerista são, portanto, de caráter cogente, exatamente para proteger o consumidor.

De outro vértice, quando o Código de Defesa do Consumidor estatui que suas previsões normativas são de interesse social, quer isso significar que se trata de legislação especificamente protetiva do interesse social de o consumidor ser tutelado e ter seus direitos guardados nas relações de consumo, isso com vistas à obtenção de equilíbrio e igualdade material nessas mesmas relações.

O Código de Defesa do Consumidor se trata de expressão e prova viva de uma parcela do novo direito (social) que se apresentou com o Estado Social, de um direito realmente preocupado com as questões de poder, de justiça contratual, de solidariedade e de cooperação, como referido na seção 1.2.4 acima.

Quanto ao interesse social, explica Filomeno (2007b, p. 27) que se deve ter claro “[...] que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça [...]”. O empoderamento dos consumidores para a harmonização das relações de consumo se trata de interesse social.

### **1.3.6 Código de Defesa do Consumidor: lei principiológica (com norma-objetivo)**

O Código de Defesa do Consumidor reúne em seu texto normativo, de forma explícita, princípios jurídicos (da vulnerabilidade do consumidor, da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, da boa-fé, da coibição e repressão de todos os abusos e outros mais) que lhe dão unidade, harmonia e estabilidade, condicionando a atividade do intérprete (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 26-27).

A função estruturante dos princípios jurídicos, de sistematizar a ordem legal conferindo-lhe integridade e coerência, e a sua outra função de condicionar a atividade do intérprete, ditando-lhe o percurso do sistema jurídico a ser seguido, no caso do Código de Defesa do Consumidor se dão com vistas ao que preceitua o art. 4º da nossa legislação consumerista. A integração das diferentes disposições do Código de Defesa do Consumidor e sua exegese devem ser realizadas e direcionadas para o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

O objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, consoante o art. 4º supracitado, volta-se para “[...] o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito

à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]”.

Na doutrina de Grau (2011b, p. 164), o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo para o qual se direcionam os princípios jurídicos consumeristas, cuida-se de norma-objetivo, consignando o seguinte o autor em questão:

O Direito, na visão clássica, se prestava unicamente a instrumentar. A partir do momento, no entanto, em que ele amplia sua atuação e passa a desenvolver políticas, surgem no ordenamento jurídico normas sobre os “fins”. É isso que deflui a nosso ver, do art. 4º. É como se ele dissesse: “há uma política nacional das relações de consumo” e os fins dessa política são os aqueles enunciados no próprio art. 4º; ou seja, o art. 4º é uma norma-objetivo; nem norma de conduta, nem norma de organização.

Impedimento de ordem teórica não há para se classificar o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor como norma-objetivo, porque normas-objetivo, já tratadas na seção 1.3.2 acima, podem estar tanto na ordem constitucional quanto em leis infraconstitucionais. O mesmo não se pode dizer em relação às normas programáticas, que somente existem e são localizadas nas constituições (GRAU, 2011b, p. 165).

De qualquer sorte, o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor trata-se de norma-objetivo em razão de seu conteúdo teleológico, finalístico, voltado para: (i) atender às necessidades dos consumidores; (ii) respeitar a dignidade, a saúde e a segurança dos consumidores; (iii) proteger os interesses econômicos dos consumidores; (iv) melhorar a qualidade de vida dos consumidores. E esse conteúdo se afina com o da defesa do consumidor prevista constitucionalmente. Há harmonia, portanto, entre a ordem constitucional e a infraconstitucional, entre norma-objetivo da Lei Maior e norma-objetivo do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta seção já foi apontado que a integração das diferentes disposições do Código de Defesa do Consumidor e sua exegese devem ser realizadas e direcionadas para o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo. De se acrescentar a nota de que sejam essas disposições normas de conduta ou de organização, não importa sua natureza, têm elas de se voltar para os objetivos da legislação consumerista.

O acréscimo e o registro acima se dão com apoio, uma vez mais, na inteligência de Grau (2011b, p. 165): “Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º.”

O Código de Defesa do Consumidor, nesse sentido, não se trata de diploma legal que seja marcado por normas de conduta ou de organização. Sua característica, em verdade, é a de se tratar de verdadeira lei principiológica, com norma-objetivo.

### **1.3.7 Código de Defesa do Consumidor: abertura legal para dialogar com outros diplomas legislativos**

O Código de Defesa do Consumidor trata-se de ordenamento jurídico versátil por encerrar disposições normativas de variados matizes – civil, penal, administrativo e jurisdicional/processual (ALMEIDA, 2008, p. 76-77) –, todas elas, porém, voltadas para o cumprimento do objetivo contido na legislação consumerista, que é o de atender às necessidades do consumidor, respeitá-lo em sua dignidade, saúde e segurança, protegê-lo de interesses econômicos e, ainda, melhorar a sua qualidade de vida (Cf. seção 1.3.6).

Embora o Código de Defesa do Consumidor se aproprie de temas de outros ramos do direito para o cumprimento de seu fim, tal ordem legal não se pretende completa, total e universal, capaz de dar resposta a todas as questões que envolvam relação de consumo. Essa pretensão, como se sabe, foi (sem sucesso) a dos grandes códigos oitocentistas.

O Código de Defesa do Consumidor, como anotado na seção 1.3.4, trata-se de microsistema especial e autônomo, com ordem normativa sistematizada e estruturada para dar tratamento abrangente e unitário – e não completo e universal – às relações de consumo.

Como outro diploma legal qualquer, o Código de Defesa do Consumidor não é completo e total em razão da própria sociedade pós-moderna, avessa à imposição de estilos de vida porque não se trata de uma realidade objetiva ou de uma entidade fixa. Ao contrário, a sociedade pós-moderna é fragmentada, pluralista e fluída.

Isso reflete, de forma indubitável, no direito positivo como um todo, na ordem jurídica em geral, porque passa a existir nova “[...] metodologia para elaborar normas legais: não normas que regulamentam ou estabelecem condutas, mas normas que definem seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, as assim chamadas ‘normas narrativas’.” (MARIGHETO, 2012, p. 121).

Sabedor do modo de ser da sociedade pós-moderna e da incompletude do direito, o legislador estabeleceu o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor como norma-objetivo (Cf. seção 1.3.6) e se valeu expressamente da técnica da abertura legal (art. 7º do CDC) para que outras normas jurídicas, que não as dispostas no diploma consumerista, possam ser

aplicadas às relações de consumo, numa coordenação de disposições legais denominada de diálogo das fontes.

Com fundamento no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor é que se dá o diálogo das fontes nas questões referentes à relação de consumo, diálogo que significa, na doutrina de Marques (2008, p. 87), “[...] a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.” As fontes “falam” uma às outras e os intérpretes as coordenam ao “escutá-las” (JAYME, 1995, apud MARQUES, 2012, p. 19).

A autora aludida diz que ocorre *diálogo* entre diferentes diplomas legais porque: a) influências recíprocas existem; b) ocorre aplicação conjunta de duas normas, concomitantemente e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja ainda com opção pela fonte prevalente ou com opção por uma solução mais favorável à parte débil da relação jurídica; c) procura-se na atual quadra, de pluralismo jurídico, muito mais harmonizar e coordenar as normas de um sistema jurídico do que expurgá-las desse mesmo sistema quando houver “conflito” ou “colisão” (MARQUES, 2008, p. 87-88; 2012, p. 28).

A propósito, Marques (2012, p. 26) observa e exorta o seguinte em sua doutrina: “Aplicar a lei, com olhos de afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje, se conhecemos o método criado por Erik Jayme, um importante instrumento para a solução justa dos casos.”

Em verdade, a visão e aplicação sistemática do direito não é novidade. Há tempos que se sustenta que as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sim em seu conjunto, num ordenamento jurídico em que umas guardam relações particulares com outras (BOBBIO, 2011, p. 35). Se é assim, não pode haver interpretação e aplicação de normas jurídicas isoladamente, mas somente em seu conjunto. “Por isso mesmo a interpretação do direito é a interpretação *do direito* e não de textos isolados, desprendidos *do direito*.” (GRAU, 2013, p. 84, grifo do autor).

O *plus* existente na teoria do diálogo das fontes – que se encaixa na inteligência de a ordem jurídica fundar-se em diplomas legais variados que devem ser tratados de modo sistemático e coerente, sendo método de interpretação sistemática do direito (MIRAGEM, 2012, p. 80) – está no fato de que ela é informada por uma perspectiva mais humanista, mais valorativa dos direitos fundamentais, mais afinada com a persecução dos fins e objetivos impostos pela Constituição Federal.

Realmente, a teoria do diálogo das fontes não trata apenas e simplesmente de interpretação jurídica de normas, mas também, e muito em especial, do resultado dessa interpretação e de sua aplicação. Preconiza Miragem (2012, p. 91) a esse respeito, *verbis*:

O objetivo é que não apenas o resultado da interpretação, mas da aplicação concreta do direito no caso respeite o sistema jurídico, a partir de suas bases constitucionais. O método do diálogo das fontes parte dessa premissa de realização da Constituição e de seu sistema de direitos e garantias fundamentais, oferecendo critérios para a coordenação e a coerência da solução do caso.

Outro não é o pensamento de Marques (2012, p. 25), responsável por trazer para o direito interno, e a ele adaptar, a teoria do diálogo das fontes. Diz a autora em questão:

Ao valorar os princípios, normas e o sistema de valores imanescentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman, pois para este autor o direito tem uma “função social a realizar, e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que ele deve reger”.

Nessa senda, o diálogo das fontes, que para Marques se trata de um método, de um caminho a ser trilhado em busca de uma decisão justa, com o exegeta tendo de focar na teleologia do sistema normativo (MARQUES, 2012, p. 21 e 59), conecta-se e é plenamente adequado ao seguinte:

(i) à inclusão de bem-estar e de valores no direito, que passa a proteger determinados interesses sociais em busca de equilíbrio, justiça distributiva e de justiça social (Cf. seção 1.2.5);

(ii) ao propósito do direito do consumidor, que é a proteção da parte débil na relação de consumo com o fim justamente de as relações de consumo se apresentarem equilibradas e harmônicas (Cf. seção 1.2.6);

(iii) ao Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88) e sua função promocional-transformadora, que além de organizar e dirigir certas tarefas, tem de cumprir e fazer cumprir *fins* e *objetivos* da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), interferindo na realidade social de modo a melhorá-la com a realização de justiça ou a remoção de injustiças (Cf. seção 1.3.1);

(iv) à classificação das disposições constitucionais que ordenam a defesa do consumidor como normas-objetivo, que impõem um fim, um objetivo fixado e definido, tendo de ser perseguido e alcançado pelos organismos estatais (Cf. seção 1.3.2);

(v) ao estatuído no CDC de que suas previsões normativas são de interesse social, significando isso que o diploma consumerista se trata de legislação especificamente protetiva do interesse (social) de o consumidor ser tutelado e ter seus direitos reguardados nas relações de consumo, isso com vistas à obtenção de equilíbrio e igualdade material nessas mesmas relações (Cf. seção 1.3.5);

(vi) ao fato de o CDC ser lei principiológica com norma-objetivo (art. 4º), à qual todas as demais daquele diploma consumerista devem se conformar (Cf. seção 1.3.6).

A característica do Código de Defesa do Consumidor possuir abertura legal para dialogar com outros diplomas legislativos, informada por uma perspectiva mais humanista, mais valorativa dos direitos fundamentais, mais afinada com a persecução dos fins e objetivos impostos pela Constituição Federal, parece evidenciar, também por isso, que a regulamentação do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 se deu adequadamente.

O tratado tanto nesta seção quanto nas demais do presente capítulo parece se constituir em subsídios para que a tutela do consumidor – enquanto passível do entendimento de se caracterizar como direito humano em espécie, enquanto direito fundamental com regulamentação infraconstitucional adequada – possa se relacionar com a administração pública, o regime de direito público e os serviços públicos concedidos de modo harmonioso.

Essa possibilidade de relacionamento harmonioso, no entanto, não dispensa o exame de características próprias do regime público e dos serviços públicos concedidos, nem de problemas que existem e de ineficiências de ordem administrativa que muitas vezes ocorrem e terminam por violar o direito fundamental à defesa do consumidor, sendo a verificação disso tudo o propósito do capítulo seguinte.



## CAPÍTULO 2

### 2 SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO E DEFESA DO CONSUMIDOR

#### 2.1 A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nas sociedades pré-modernas, pré-capitalistas e pré-democráticas, o Estado era considerado descendente direto da família patriarcal e, sobretudo, patrimonialista (HOLANDA, 1995, p. 141 e 146). O governante atuava como patriarca, guiava-se pela personalidade e confundia o patrimônio público com seus próprios bens particulares (PEREIRA, 2006a, p. 26). Imperava a ideia de que os administradores não tinham finalidades objetivas e impessoais, fundadas em normas abstratas, a observar e perseguir. Procediam com base em relações pessoais (WEBER, 2012, p. 234 e 240).

Com vistas a fazer cessar a personalidade e a confusão indevida do patrimônio público com o privado, adveio a administração pública burocrática. Nesta, a norma jurídica abstrata é que confere legitimidade às ordens concretas do governante. Funções oficiais são exercidas por funcionários com conhecimento profissional, desempenhadas dentro de certas competências fixas, em virtude de interesses de natureza objetiva e de acordo com a hierarquia organizada em graus, de modo a permitir o controle e a vigilância dos atos praticados (WEBER, 2014, p. 142-147).

O modelo burocrático de administração pública, um modelo normativo, hierárquico e formalista, fundado em documentos e na distinção entre escritório e residência privada (WEBER, 2012, p. 199), prestou-se a evitar problemas decorrentes do poder patrimonialista, dentre eles a corrupção, a patronagem e o nepotismo. Mostrou-se superior ao patrimonialismo e em certa medida adequado ao Estado Liberal (PEREIRA, 2006a, p. 26), que tinha funções limitadas, voltadas para o exercício das garantias legais dos indivíduos, para a manutenção da ordem e da segurança, sem que houvesse ações e medidas para a busca do bem-estar geral (Cf. seção 1.2.4).

Com a chegada do Estado Social no século XX e depois com o Estado Democrático (e Social) de Direito, este último predominando na segunda metade do mesmo século XX em boa parte do mundo ocidental, o Estado e a administração passaram por transformações em suas estruturas que fizeram com que o serviço estatal prestador ou de execução cedesse passo ao regulador ou de garantia, com a administração pública, no século

XXI, possuindo as características de ser: a) infraestrutural (função de planejamento e de coordenação); b) procedimentalizada (procedimento como instrumento de direção da atuação estatal); c) multipolar (intervenções com efeitos irradiantes sobre múltiplos interesses); d) em rede (colaboração e pactuação em lugar da imposição); e) concertada (administração por acordos e contratos); e f) eficiente (adequação das escolhas e eficiência dos métodos de gestão aplicados) (BITENCOURT NETO, 2017, p. 208 e ss.).

Com efeito, a partir da década de 80 do século passado, o setor público e o aparelho estatal passaram a experimentar, em todo o mundo, reformas com o fim modernizar, agilizar, baratear e tornar mais eficiente a administração pública. O fenômeno reformador da máquina pública tornou-se universal, atingindo os mais variados países do mundo (KETTL, 2006, p. 75 e 79).

A pedra angular da reforma foi a ideia de um Estado flexível, gerencial, com foco em objetivos, fins e resultados (KETTL, 2006, p. 79 e 80). A administração pública experimentou, numa aproximação com a área jurídica, o que o direito viveu e vive com a percepção de que além da sua estrutura há, principalmente, sua função de promover o bem-estar geral e a transformação, para melhor, da realidade social (Cf. seção 1.3.1).

Uma nova administração pública, capaz de proporcionar a releitura da burocracia estatal weberiana, começou a ser erigida, apresentando-se como gestão gerencial orientada, sobretudo, para o cidadão e para a consecução de resultados. Nesse modelo não há foco prioritário em processos, procedimentos e controles administrativos (meios), mas em desempenho e em eficiência estatal (fins), próprios da administração pública gerencial (PEREIRA, 2006a, p. 28-29). Nem por isso há, em tal modelo, distanciamento ou incompatibilidade com uma administração imparcial, transparente e eticamente orientada (BITENCOURT NETO, 2017, p. 220).

Na nova administração pública, idealizada para reformas do setor público e do aparelho estatal, tem-se que não há imposição de supressão plena da burocracia preconizada por Weber, que sempre foi, e na atualidade com alguma parcela continua a ser, necessária e própria à esfera estatal. O que a nova administração pública parece conferir é uma visão diferenciada à burocracia clássica, reconstruindo-a para que deixe de ser fundada apenas na hierarquia, na autoridade, no poder e na rigidez, incorporando-lhe objetivos, fins e resultados.

Com efeito, afigura-se não haver oposição entre administração burocrática e novas formas de gestão, nem estas parecerem substituir aquela. O que parece existir, por assim dizer, é complementariedade decorrente de um movimento dialético, havendo, “[...]”

simultaneamente, incorporações de aspectos do modelo weberiano e criação de novos instrumentos de gestão.” (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 64).

A administração pública gerencial, à qual remanesce uma porção burocrática que tem de ser adequada e não exagerada nem ensimesmada, pode ser conceituada como a que pratica atos, celebra contratos, aplica o dinheiro público e encaminha todo o aparato estatal, de forma eficiente e ágil, para o atendimento efetivo e competente das necessidades, dos anseios, dos interesses e dos direitos que os administrados e os cidadãos possuem.

Na reflexão doutrinária encontra-se posição que assim traduz a máquina pública da atualidade, ao menos quanto ao seu dever ser, porque pode ocorrer de que desse modo ela, efetivamente, não se apresente na prática:

Administração pública com foco nos resultados é orientada pela gestão com efetividade para o cidadão e tem como ênfase o profissionalismo, investimentos prudentes e capacitação contínua das equipes técnicas para melhor atendimento às demandas sociais. Para tanto, são necessários mecanismos que proporcionem e facilitem o desenvolvimento de mudanças, quebrando paradigmas e simplificando os processos de trabalho, com orientação, monitoramento, avaliação e incentivos à gestão eficiente e eficaz com visão de futuro e efetividade em suas ações. (RIBAS; SILVA, 2013, p. 398-399).

No Brasil em particular, o caminhar da administração pública buscou deixar no passado – não que tenha efetivamente conseguido – o mundo da patronagem (distribuição de emprego público em troca de apoio político e social) e os traços patrimonialistas (pessoalidade e confusão do patrimônio público com os bens particulares do administrador), primeiramente com Getúlio Vargas, governante, embora autoritário e centralizador, que criou o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) em 1938 e tentou, por meio deste, uma administração pública competente, com o aparelho estatal, ao menos em parte, dotado de estrutura institucional, profissional e meritocrática (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 36).

Depois, no regime militar, com a promulgação do Decreto-Lei 200/67, um novo modelo administrativo adveio com a desconcentração administrativa a conferir maior poder decisório e flexibilidade gerencial à administração indireta, porém com coordenação e controle das unidades descentralizadas pelos órgãos de planejamento e organização, embora esse modelo reformista mantivesse, como um de seus problemas, o caráter autoritário e tecnocrático, este último consistente na ideia da superioridade da técnica sobre a política (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 50).

Sob a égide democrática da Constituição de 1988, a administração pública brasileira foi objeto de mudanças a partir, sobretudo, de 1995, no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (PEREIRA, 2006b, p. 237 e 257). Como a Constituição de 1988 previa uma administração pública ainda não totalmente adequada à administração gerencial e prospectiva, isso em razão do clientelismo instalado no país (PEREIRA, 2006b, p. 246 e 248), foi necessário modificá-la. Editou-se então a Emenda Constitucional n. 19, que promulgada e em vigor estabeleceu a eficiência como um dos princípios da administração pública, possibilitando o gerencialismo, além de maior abertura de controle do Estado pela sociedade (ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010, p. 60).

O conteúdo do princípio da eficiência introduzido na Carta Constitucional não é o da concepção exclusivamente economicista em razão de haver distintos fins perseguidos pela administração pública, e não apenas a racionalidade econômica. Referido conteúdo da eficiência administrativa é assim explicado:

A eficiência administrativa não se esgota em noção exclusiva de racionalidade econômica, mas, partindo de uma concepção geral de rejeição de formalismo e vinculação aos fins, postula, acima de tudo, eficácia e efetividade da ação administrativa. Em outras palavras, a eficiência como princípio da Administração Pública é conceito pluridimensional, englobando, para além da economicidade (relação custo-benefício, otimização de meios), a eficácia (realização adequada de fins prefixados) e a celeridade. (BITENCOURT NETO, 2017, p. 221).

No entanto, a mudança no plano legal foi um dos lados da reforma administrativa brasileira. Era necessário, além de se emendar a Carta Política e de se criar ou modificar instituições e estruturas administrativas, a modificação de toda uma cultura instalada, fazendo-a migrar de práticas ineficientes para os ideais gerenciais, com a substituição, dessa forma, da desconfiança generalizada nos administradores públicos por alguma confiança, ainda que parcial e limitada (PACHECO, 2010, p. 193).

Muitos confundem a reforma do aparelho estatal com um mero exercício de aprovação pelo Congresso Nacional de diplomas legislativos que desenhem o Estado com uma face mais competente e mais atuante. É claro que a participação do Congresso na definição do papel do Estado é essencial, até porque muitas dessas mudanças exigem emendas constitucionais. Mas o verdadeiro processo de redefinição do Estado para que ele possa realmente atender os seus objetivos contemporâneos é um processo, não um ato. Envolve toda uma mudança de mentalidade; algo que é muito mais profundo do que se imagina, porque implica efetivamente a alteração de práticas que estão enraizadas nas nossas sociedades. E o que é ainda mais difícil de mudar: práticas enraizadas que cristalizaram interesses concretos. (CARDOSO, 2006, p. 16).

O direito como um todo, numa perspectiva ampla, já havia experimentado a inclusão de bem-estar em suas pautas, como visto na seção 1.2.5 acima, de modo a modificar a cultura dos juristas em geral. Essa mesma cultura também sofreu alteração, de outro lado, com a função promocional-transformadora do direito e do Estado brasileiros (Cf. seção 1.3.1), cabendo a estes, a um só tempo, organizar e dirigir certas tarefas, de modo a garantir *meios*, e, também, cumprir e fazer cumprir *fins* e *objetivos* da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), interferindo na realidade social de modo a melhorá-la com a realização de justiça ou a remoção de injustiças.

Mas além desses influxos, a cultura dos juristas que lidam com o direito administrativo também se viu premiada a mudar em razão da reforma do Estado. O direito administrativo consubstanciado no poder hierárquico pleno, no poder de polícia não dialógico com os direitos fundamentais, na supremacia ilimitada e absoluta do interesse público sobre o interesse privado, enfim, o direito administrativo que o Estado podia tudo, na atualidade deve servir apenas de referência histórica para a demonstração do seu desenvolvimento.

### **2.1.1 O desenvolvimento do direito administrativo**

Na abordagem acima, com referências à passagem do Estado patrimonial para o burocrático, e deste para o gerencial (Cf. seção 2.1), buscou-se trazer à tona aspectos administrativos, governamentais e políticos de mudanças relacionadas à atuação estatal. Seu escopo foi o de apresentar noções de como o aparelho estatal atuava e de como governantes usavam o poder no Estado patrimonialista e no burocrático clássico, bem assim de como agora, no Estado gerencial, se espera ser a atuação estatal e o exercício do poder. Isso de alguma maneira deve ter impactado o direito administrativo.

A gênese do direito administrativo pode ser vista como autoritária, situando-se não na sequência da Revolução Francesa (1789) nem na submissão do Estado à vontade do legislador, como se pode pensar, mas sim no Antigo Regime, exatamente para que conferisse meios de reprodução às práticas e ações absolutistas, de privilégios à administração e aos administradores, com um direito especial criado não pelo Legislativo, mas pelo próprio Executivo, que também o aplicava, através da jurisdição administrativa (BINENBOJM, 2014, p. 9-17).

Em verdade, no Estado Absolutista do medievo havia sujeição dos indivíduos comuns ao exercício da *autoridade pública*. O poder concentrava-se nas mãos de monarcas, que governavam muito mais com a força e a espada do que com a lei, valendo-se de atos

discrecionários, imunes a controles e prestação de contas, para atendimento de conveniências e oportunidades dos próprios monarcas e de quem mais estes desejassem. Havia lei, mas a “[...] ação do governo era distinta do direito, portanto, ela não se submetia a controles normativos nem se vinculava à legalidade [...]” (ABBOUD, 2014, p. 102).

Esse direito administrativo originário (autoritário e de privilégios) servia à administração pública patrimonialista, aos interesses dos administradores. Mas com a constitucionalização do direito, fenômeno jurídico que pode ser caracterizado principalmente pela “[...] constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação [...]” (FAVOREU, 1996, apud SILVA, 2005, p. 48), tal direito administrativo servil, voltado para a máquina pública e para os governantes, flexível a interesses estatais e também particularistas, tornou-se meramente um dado histórico.

Com efeito, a partir do momento que as constituições albergaram os direitos fundamentais e os colocaram em sua centralidade, estes passaram a compor a essência do Estado Constitucional (SARLET, 2009, p. 46), limitando e dirigindo fortemente a atuação do poder público. É no constitucionalismo que está a limitação do governo e do poder com fins garantísticos (CANOTILHO, 1998, p. 47). E direitos fundamentais, Estado Constitucional e constitucionalismo irradiaram efeitos sobre diversos ramos do direito, dentre eles o do direito administrativo, transformando-os.

Não foram apenas os direitos fundamentais que se viram guindados à ordem constitucional e depois se irradiaram por todo o ordenamento jurídico, desfazendo-se a ideia de Constituição tão somente como diploma de orientação política. Questões afetas à função administrativa também foram alçadas à Lei Maior, com esta passando a penetrar e influenciar o direito administrativo.

[...] nos países que editaram Constituições novas mais recentemente (é o caso do Brasil), estas passaram a conter normas detalhadas sobre uma série de assuntos ligados à atuação administrativa (direitos e deveres de servidores públicos, regras sobre gestão dos entes estatais, diretrizes para organização de serviços públicos etc.). Assim, cada vez faz mais sentido dizer que a ação do administrador público é determinada *pela Constituição e pelas leis*. (SUNDFELD, 2014, p. 37, grifo do autor).

Nesse sentido, supremacia do interesse público sobre o privado e legalidade, por exemplo, sofreram reinterpretações em razão de um direito administrativo constitucionalizado que, por ser tributário à Lei Maior, condiciona a administração pública a se pautar por um interesse público conformado pelos direitos fundamentais e por uma atuação vinculada à

juridicidade e à Constituição (BINENBOJM, 2014, p. 23-25). “A Constituição de 1988 estabeleceu princípios e metas que, é verdade, vêm obrigando a Administração Pública e o Direito Administrativo a buscarem novo ponto de equilíbrio entre liberdade e autoridade.” (FALDINI, 2010, p. 267).

Sob o direito administrativo constitucionalizado, a administração pública teve de deixar a relação de poder – hierárquica, vertical e soberana – que mantinha com os administrados, para em seu lugar adotar uma administração pública paritária, par a par com o cidadão (ABBOUD, 2014, p. 158), informada e conformada pelo Estado Constitucional e pelos direitos fundamentais.

De outro lado, a afirmação da força e do poder por parte do Estado que caracterizava a administração burocrática clássica deixou de fazer parte da burocracia dos novos tempos que, com a reforma do Estado, se viu acrescida da necessidade de uma atuação gerencial, voltada para o cidadão e para a consecução de resultados. Naquela, a administração pública burocrática clássica, o uso do poder foi necessário em contraste e oposição ao patrimonialismo. Depois, acabou por se manter para a afirmação estatal sobre os cidadãos (PEREIRA, 2006a, p. 29).

A partir da construção de um regime democrático, pautado por um catálogo de direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana, e a partir do momento que uma administração pública gerencial, com um serviço público destinado ao cidadão e à consecução de resultados, se apresenta no lugar de uma administração pública burocrática clássica fundada na força e no poder, não pode o direito, em particular o direito administrativo, ficar alheio a esses fenômenos e atuar com fundamento em velhos paradigmas.

No caso brasileiro em particular, diante de uma Lei Maior que consagra a democracia e que é permeada pela dignidade da pessoa humana, por princípios e regras voltados para a transformação da realidade social e para a realização dos direitos fundamentais, o direito administrativo e o Estado perderam qualquer viés monarca e absolutista e deles se espera que se pautem pela governança, pela tomada de decisões ótimas, pela busca incessante dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88) e pela afirmação dos direitos fundamentais.

Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a

liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça. (DI PIETRO, 2001, p. 46).

O direito administrativo da atualidade, capaz de impregnar a atuação estatal com o jurídico, com o direito, é plural e pode ser assim entendido:

O direito contemporâneo aplicável à Administração caracteriza-se pela grande variedade de conteúdo e objetivos. Ele procura organizar a gestão pública de modo racional, democrático e eficiente; viabilizar a realização das políticas públicas mais diversas; evitar e corrigir erros e excessos dos agentes administrativos; proteger os direitos das pessoas; e coordenar a ação da Administração e dos particulares na economia. É uma incrível diversificação. (SUNDFELD, 2014, p. 154).

Nessa perspectiva, o Estado não se trata mais de poder absolutista, de ente habituado a desmandos praticados sob o escudo de um direito administrativo servil. A juridicidade constitucional, os direitos fundamentais e os fins sociais imperam. O direito administrativo se desenvolveu e se transformou.

### **2.1.2 A noção de interesse público e sua relação com o direito fundamental à defesa do consumidor**

A noção de interesse público, que com o Estado de Direito liga-se à função estatal de administrar interesses da coletividade em busca do bem-estar geral e da satisfação dos indivíduos (CARVALHO FILHO, 2010, p. 69), possui determinadas nuances se tratada sob a concepção do Estado Liberal de Direito, outras se sob a ótica do Estado Social de Direito e, ainda, outras se sob a referência do Estado Democrático (e Social) de Direito.

Em linhas gerais, o interesse público no Estado Liberal compunha-se basicamente da defesa das liberdades individuais e da proteção dos particulares contra o Estado, tendo sido “[...] inspirado nas doutrinas contratualistas liberais do século XVIII [...]. O direito administrativo tinha que servir à finalidade de proteger as liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral.” (DI PIETRO, 2010, p. 93).

O interesse público entendido sob o Estado Social, por sua vez, tinha nas prestações e nas intervenções estatais em prol dos direitos sociais e da igualdade o seu conteúdo. Novamente é Di Pietro (2010, p. 93-94, grifo da autora) quem empresta seus esclarecimentos ao apontar o seguinte:

Com o Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo direito administrativo humaniza-se na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais



que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social. O *interesse público*, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se com um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de *bem comum*.

O interesse público no Estado Democrático (e Social) de Direito, por derradeiro, constitui-se dos fins e objetivos constitucionais, da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, da democracia e do que legal e constitucionalmente atende ao cidadão (CRISTÓVAM, 2015, p. 78-82).

No Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º CF/88), que além de garantir *meios* tem de cumprir *fins* e *objetivos* constitucionais (Cf. seção 1.3.1), a defesa do consumidor foi instituída como um desses fins/objetivos, conforme art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988; art. 170, inc. V, também da Carta Constitucional brasileira; e, ainda, consoante art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, a defesa do consumidor como fim constitucional e estatal se relaciona e integra o interesse público sempre que em questão matéria afeta ao direito do consumidor.

No entanto, precisar o interesse público não se trata de tarefa fácil, haja vista que ele pode ser entendido e tratado como conceito jurídico indeterminado, isto é, conceito que traz expressões fluídas, vagas e abertas, com sua aplicação a seu objeto movendo-se entre o limite da certeza positiva (situações que se amoldam claramente à ideia contida na expressão) e o limite da certeza negativa (situações que definitivamente não se amoldam à ideia contida na expressão). “Entre estes dois pontos de certeza encontra-se a zona cinzenta, a zona de dúvida, em que alguns dirão que o conceito está materializado e outros dirão o contrário.” (RIBEIRO, 2010, p. 106-107).

Interesse público pode ser entendido e tratado, ainda, como enunciado performático, não possuidor de limite de certeza positiva nem de limite de certeza negativa em razão de nada dizer, de nada significar, sendo seu conceito impregnado de vagueza semântica que é capaz de tudo abrigar (ABBOUD, 2014, p. 138-139), possibilitando as mais variadas conclusões a seu respeito.

A dificuldade existente para a definição do que vem a ser interesse público não pode significar, de qualquer forma, impossibilidade dessa definição. Com efeito, pode-se dizer, em linhas gerais, que interesse público se identifica com a ideia de bem comum e se constitui o fim maior do Estado, seu objetivo supremo a ser alcançado e concretizado (CARVALHO FILHO, 2010, p. 72).

Nesse sentido de identificar-se com o bem comum e de se tratar de fim estatal maior, o interesse público, que normativamente decorre do sistema jurídico e “[...] está na base de todas as funções do Estado e não só da função administrativa.” (DI PIETRO, 2010, p. 95), parece aceitar a classificação de cuidar-se de princípio diretivo, como Ferrajoli (2015, p. 118) designa as normas que veiculam valores ou objetivos políticos, com expectativas genéricas e indeterminadas de resultados. Nessa perspectiva parece situar-se o grau mais elevado de indeterminação da noção de interesse público.

Tem-se, no entanto, que a redução da indeterminação acima referida se torna possível, no direito constitucionalizado e com função promocional-transformadora, no Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º CF/88), quando o interesse público, adquirindo significado e conteúdo, se apresenta em conjunção com fundamentos e objetivos da República, com direitos fundamentais, com regramentos constitucionais que guiam e dirigem o Estado e a sociedade. É nessa perspectiva administrativo-jurídica que se pode identificar o significado de interesse público.

A densificação administrativista do conteúdo do interesse público somente será legítima se passível de uma recondução racional ao sistema de regras e princípios eleitos pelo legislador constituinte e pela ordem normativa infraconstitucional, se parametrizada com a Constituição. (CRISTÓVAM, 2015, p. 95).

Redução maior ainda da indeterminação que recai sobre a noção de interesse público afigura-se presente quando em questão certos e específicos direitos fundamentais, como, exemplificativamente, o direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988), que se relaciona e integra o interesse público sempre que se apresentar matéria afeta ao direito do consumidor.

Nessa senda, interesse público significa a realização e concreção dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, dos fins e objetivos constitucionalmente estabelecidos, e exatamente a mesma realização de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e dos fins e objetivos constitucionalmente estabelecidos representa interesse público. Há simbiose entre a ordem constitucional e interesse público. Há circularidade e interação entre interesse público e ordem constitucional.

*O interesse público só é aquele positivado no ordenamento jurídico, seja ele por regras ou por princípios.[...] Com isso já se fixam as balizas de onde estaria o interesse público. Exatamente no ordenamento jurídico, que pelo princípio democrático entroniza no sistema as aspirações e reclames coletivos. Sendo direto: o “interesse” é público quando é “direito”. (RIBEIRO, 2010, p. 117, grifo do autor).*

Inadequado parece se apresentar, por isso, o fato, constatado pela doutrina, de que “[...] nossa tradição doutrinário-jurisprudencial consolidou entendimento em que *interesse público é aquilo que a administração diz que é*. Daí a metáfora de o Estado agir como Midas, transformando em interesse público tudo o que ele toca.” (ABBOUD, 2014, p. 204, grifo do autor). A eventual cristalização desse entendimento representaria, no entanto, a patologia do instituto, o pleno desvirtuamento do princípio diretivo que abriga normativamente o interesse público como bem comum, e não o seu verdadeiro sentido jurídico-constitucional.

Assim, a dificuldade existente para a definição e determinação do conteúdo jurídico de interesse público não significa sua impossibilidade. O que parece não ser possível é que a definição do conceito fique a cargo de entendimentos pessoais de administradores públicos. O pensamento de ser interesse público o afirmado por governantes ou por autoridades constituídas da administração pública de acordo com seus desejos e pretensões de ordem pessoal afigura-se incompatível com o Estado Constitucional.

### **2.1.3 Serviço público concedido e direito do consumidor**

Pode-se entender serviço público como a prestação, por parte do Estado, de comodidades e utilidades essenciais aos cidadãos em prol do bem-estar coletivo. No entanto, satisfazer necessidades dos indivíduos e da coletividade com vistas ao bem de todos cuida-se de fundamento de qualquer atividade estatal. Cuida-se de fundamento axiológico ou teleológico comum aos serviços públicos com os mais diversos regimes jurídicos, como aqueles delegáveis ou indelegáveis à iniciativa privada, custeados por tributos ou por tarifas, de fruição obrigatória ou facultativa, dentre outros de regimes distintos (ARAGÃO, 2013, p. 124-125).

Em busca de uma definição para serviço público a partir da ordem constitucional brasileira, que não estabelece um conceito acerca do assunto, mas fornece parâmetros para tanto, de se observar inicialmente que na Constituição de 1988 há referências à prestação de serviços pelo Estado em vários de seus dispositivos (arts. 9º, § 1º; 21; 30 e outros). Alguns serviços estão previstos como “essenciais”, mas não como “públicos”, como no caso do art. 9º, § 1º ao tratar sobre o direito de greve; outros apenas como “serviços”, como no caso do art. 21, incisos X e XI (serviço postal e serviços de telecomunicações); e outros, ainda, como “serviços públicos”, como no caso do art. 30, inc. V (serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo).

Sem que a Constituição de 1988 tenha conceituado genericamente serviço público, é no art. 175 da Lei Maior brasileira, no entanto, que se pode encontrar uma disciplina genérica sobre serviço público, sendo possível extrair desse preceito constitucional não uma concepção ampla de tais serviços – todas as atividades exercidas pelo Estado (legislação, jurisdição e execução) ou as atividades prestacionais em geral –, mas sim uma concepção restrita, considerando-se como serviços públicos apenas os custeados por taxa ou tarifa, específicos e divisíveis, de titularidade exclusiva do Estado, mas passíveis de exploração pela iniciativa privada mediante concessão ou permissão (ARAGÃO, 2013, p. 143).

No entanto, o art. 175 da Constituição de 1988, que trata dos serviços públicos econômicos – serviços de titularidade do Estado que podem dar lucro –, cuida-se de preceito normativo de uma ordem constitucional que também designa como “serviços públicos” os serviços de saúde (art. 198 CF/88), prestados pelo Estado e sem o custeio direto pelo usuário, mas sim indiretamente mediante alocação de recursos advindos de tributos.

Nesse sentido e consoante a Constituição de 1988, serviços públicos podem ser entendidos e conceituados como sendo aqueles prestados *uti singuli* – nas chamadas prestações administrativas aos cidadãos ficariam os serviços *uti universi* (MELLO, 2009, p. 669) –, diretamente pelo Estado ou por delegação, custeados pelos usuários tanto diretamente (taxas ou tarifas) quanto indiretamente (tributos), com o fim único de proporcionar bem-estar aos indivíduos e à coletividade, sob regime de direito público.

À prestação de utilidades ou de comodidades fruíveis individualmente pelos usuários (aspecto material dos serviços públicos) associa-se a característica dos serviços públicos de se submeterem ao regime de direito público (aspecto formal dos serviços públicos), mesmo que sua realização esteja a cargo da iniciativa privada, porque “[...] não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado.” (MEDAUAR, 2010, p. 328). No entanto, isso “[...] não acarreta necessariamente a aplicação exclusiva do direito público [...]” (MEDAUAR, 2010, p. 328), observação importante para a averiguação da incidência e aplicação do direito do consumidor sobre serviços públicos.

Com o fim de se iniciar o tratamento dessa averiguação referida, de se registrar que o presente trabalho, nada obstante a definição conceitual acima, versa exclusivamente sobre serviços públicos disciplinados pelo art. 175 da Constituição de 1988, serviços esses remunerados por tarifa, específicos, divisíveis, de titularidade exclusiva do Estado, mas passíveis de outorga de concessão para exploração pela iniciativa privada. É sobre tais serviços públicos econômicos que recai o foco deste estudo, com exclusão de qualquer

abordagem sobre (i) serviços *uti universi*; (ii) serviços custeados indiretamente por meio de tributos, mesmo que *uti singuli*; e, ainda, (iii) sobre concessão de obra pública e concessão de uso de bem público.

Serviços públicos concedidos – isso deve estar sempre presente na sua análise – abrangem uma pluralidade de questões políticas fundamentais, com sujeitos em posições jurídicas variadas e com interesses heterogêneos. Em razão de qualquer concessão de serviço público estabelecer relação jurídica não somente entre Estado e empresa concessionária, mas entre estes dois sujeitos e também a sociedade, há formação de verdadeira relação jurídica trilateral, motivo natural da ausência de homogeneidade de interesses (JUSTEN FILHO, 2003, p. 12 e 15).

Na sociedade componente da relação jurídica trilateral formada com qualquer concessão de serviço público há, integrando-a de forma indissociável, mas nem sempre com interesses convergentes, a classe de consumidores, e em favor desta o Código de Defesa do Consumidor traz – além de preceituar que a pessoa jurídica, pública ou privada, que presta serviços no mercado de consumo mediante remuneração cuida-se de fornecedor (art. 3º, § 2º, CDC) – o seguinte em seu texto: (i) a racionalização e melhoria dos *serviços públicos* como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, inc. VII, CDC); (ii) a adequada e eficaz prestação de *serviços públicos* como direito básico do consumidor (art. 6º, inc. X, CDC); e (iii) o mandamento de que os órgãos públicos são obrigados, diretamente ou por suas concessionárias, a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (art. 22 CDC).

De outro lado, a própria Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), ao prever direitos e obrigações por parte dos usuários, preceitua de forma genérica em seu art. 7º que os primeiros, isto é, os direitos, são previstos e elencados textualmente sem prejuízo de outros direitos contemplados no Código de Defesa do Consumidor. E a Lei de Concessões (de 1995) é posterior ao Código de Defesa do Consumidor (de 1990), o que denota que o legislador não almejou afastar o diploma consumerista dos serviços públicos concedidos.

Em verdade, “[...] não se pode excluir da incidência das normas consumeristas as relações jurídicas que apresentem todos os traços de uma relação de consumo, ainda que, eventualmente, outras normas também possam qualificar esse vínculo jurídico.” (RODRIGUES, 2011, p. 206). Essa concepção, aliás, favorece o diálogo das fontes tratado na seção 1.3.7 deste trabalho, com coordenação e complementação entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) em busca dos fins constitucionais.

O método do diálogo das fontes – que não se dá apenas entre lei geral e lei especial, mas igualmente entre leis especiais (MARQUES, 2012, p. 35) – permite visualizar as imbricações existentes entre serviços públicos concedidos e direito do consumidor e possibilita ainda, o que é mais interessante, resolução para os problemas decorrentes dessas imbricações, isso de modo concertado com os objetivos constitucionais e os direitos fundamentais.

Ante as disposições normativas referidas e as considerações acima, parece não haver grandes questionamentos de o Código de Defesa do Consumidor incidir e se aplicar aos serviços públicos concedidos. A questão, no entanto, é saber com qual intensidade se dá essa incidência e aplicação para que não ocorra derrogação da lógica publicista, mas sim harmonização e coordenação, como requer o método do diálogo das fontes.

Apesar de as duas lógicas visarem à proteção dos cidadãos, o enfoque é bastante diverso. A visão consumerista visa à proteção do indivíduo *per se* como sujeito hipossuficiente diante do poder econômico das empresas, como foco eminentemente individualista, ainda que haja instrumentos processuais coletivos de proteção do indivíduo consumidor. Já a visão publicista se foca na proteção dos cidadãos coletivamente considerados, se preocupando com a viabilização de um sistema prestacional equânime, universal e contínuo de garantia da prestação de determinadas atividades. Nesse caso, o foco da preocupação não é apenas o indivíduo enquanto tal, mas, sobretudo, o indivíduo enquanto cidadão, ou seja, enquanto integrante de uma coletividade. (ARAGÃO, 2013, p. 476).

A adoção exclusiva e plena de uma das lógicas acabaria, conseqüentemente, por eliminar a outra. Elegendo-se a proteção do consumidor, com fundamento na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, como a única a ser feita nos serviços públicos concedidos, as comodidades e utilidades por estes proporcionadas à sociedade como um todo restariam comprometidas. De outro lado, elegendo-se a proteção dessas comodidades e utilidades destinadas à sociedade, com fundamento na Constituição Federal e na Lei de Concessões, como as únicas a serem feitas nos serviços públicos concedidos, a proteção e os direitos do consumidor é que restariam comprometidos.

Por isso, tem-se que referidas lógicas devem ser complementares, o que se entende possível com o intérprete considerando a função promocional-transformadora da Constituição de 1988 (Cf. seção 1.3.1), a defesa do consumidor como direito fundamental (Cf. seção 1.3.1), como norma-objetivo (Cf. seção 1.3.2) e como princípio regulativo (Cf. seção 1.3.3), considerando, ainda, o direito como ordenamento jurídico sistemático e o Código de Defesa do Consumidor como microssistema aberto ao diálogo com outros diplomas

legislativos (Cf. seção 1.3.7), abertura esta que encontra ressonância no art. 7º da própria Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95).

Em auxílio à posição de que as lógicas da proteção do consumidor e da proteção da sociedade são complementares e podem conviver harmoniosamente, traz-se à tona, por possuir a mesma racionalidade, a questão do universalismo e do individualismo, que Bobbio (2007, p. 105), ao tratar da função promocional do direito, enfrentou para apontar que a concepção universalista da sociedade e a individualista não são de todo inconciliáveis, *verbis*:

Entende-se que esses dois pontos de vista não sejam arbitrários: representam duas diferentes concepções globais da sociedade, a universalista, para qual o que conta é a floresta, e não as árvores, e a individualista, para a qual contam as árvores, e não a floresta. [...] Essas duas perspectivas não são inteiramente incompatíveis: antes, considero que uma análise funcional que pretenda ser completa deveria levar ambas em consideração.

Na verdade, nem a lógica consumerista pura, nem a lógica publicista pura, mas sim uma lógica mista capaz de conformar interesses heterogêneos. Nessa lógica mista há o reconhecimento de existir matéria jurídica de natureza pública e regulamentar nos serviços públicos concedidos, mas também o de existir matéria jurídica de natureza consumerista. Nesse sentido, a aplicação da legislação consumerista aos serviços públicos concedidos apresenta-se como limitada, e não de forma indiscriminada.

Sob a lógica consumerista pura, poder-se-ia considerar abusiva tarifa de serviço público contendo em sua composição subsídio cruzado, que é próprio das concessões e da lógica publicista, no qual uma parte de usuários ou consumidores, além de suportar os custos dos serviços que experimenta, contribui também para que sejam prestados serviços públicos a outros usuários ou consumidores, no mais das vezes aqueles de capacidade financeira inferior (JUSTEN FILHO, 2003, p. 376). Pela lógica consumerista pura, poder-se-ia reivindicar valor de tarifa que fosse exatamente correspondente ao real custo do serviço público.

De outro lado, problemas com a lógica publicista pura igualmente podem surgir. Como reverso da hipótese levantada acima, um deles seria a opção extrema, por parte do poder público, de distribuição do ônus social com a estipulação de tarifa de serviço público contendo em sua composição elevado subsídio cruzado, de modo a contemplar e beneficiar sobremaneira usuários ou consumidores com capacidade financeira inferior, mas a prejudicar, de outro lado, a classe dos usuários ou consumidores chamados a arcar com os custos financeiros dessa política. Nesse caso, a perspectiva política e social, da lógica publicista, em sua integralidade, com desconsideração da ótica da defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII,

CF/88), dos serviços adequados (art. 22 do CDC) e da modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95), com desconsideração plena da lógica consumerista.

Nesse sentido, o direito do consumidor deve ser aplicado aos serviços públicos concedidos de modo limitado e temperado, em harmonia com a racionalidade publicista. E esta, por sua vez, não pode malferir o direito consumerista, devendo também se harmonizar com interesses e direitos dos usuários ou consumidores. O que tem de haver é a necessária ponderação entre a lógica consumerista e a lógica publicista (ARAGÃO, 2013, p. 488).

Essa convivência entre os dois regimes afigura-se necessária já no momento que antecede a outorga de concessão de qualquer serviço público, com consideração por parte da administração pública, na produção de seus atos, do direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88) e bem assim das normas jurídicas que regulamentam esse direito fundamental.

Na fase de outorga de concessão, na qual ainda não há relação contratual entre empresa concessionária e tomadores dos serviços, o direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88) serve de guia para o poder público em prol dos interesses e direitos dos usuários ou consumidores. Não pode esse direito fundamental ser ignorado ou afastado em favor de uma lógica exclusivamente publicista.

Na hipótese de o poder público fazer tabula rasa do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 na fase de outorga de concessão de serviço público, as prestações decorrentes do princípio regulativo da defesa do consumidor (Cf. seção 1.3.3) restariam frustradas, de modo então a fazer com que a norma atuasse como regra, com normatividade forte, capaz de conferir direito subjetivo aos indivíduos (FERRAJOLI, 2015, p. 124).

#### **2.1.4 Outorga de concessão de serviço público: eficiência administrativa, direito fundamental à defesa do consumidor e prevenção de danos**

A administração pública moderna, de forma geral, exige que o administrador atue e escolha bem. A escorreita gestão de bens e interesses públicos cuida-se de dever imposto ao administrador em decorrência do princípio da eficiência (art. 37 da CF/88) e de os cidadãos disporem do direito fundamental à boa administração pública, “[...] norma implícita (feixe de princípios e regras) de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional [...]” (FREITAS, 2009, p. 9).

O dever de eficiência que recai sobre todo administrador público (art. 37 da CF/88) não é, como já mencionado na seção 2.1 deste trabalho, o da concepção



exclusivamente economicista, haja vista a existência de variados fins perseguidos pela administração pública, e não apenas a busca da racionalidade econômica. A eficiência administrativa abrange aspectos econômicos, por almejar a adequada relação entre custos e benefícios de toda medida estatal, mas também a perspectiva da eficácia enquanto concretização adequada e célere dos fins impostos legalmente (BITENCOURT NETO, 2017, p. 221).

A boa administração pública, com escolhas legítimas por parte de gestores governamentais, exige, necessariamente, observância e atendimento das disposições constitucionais que formam e estruturam a sociedade e o Estado. Não há como falar em direito fundamental à boa administração pública, no Estado Constitucional, sem a persecução da concretização dos fundamentos e objetivos da República, dos direitos fundamentais, e dos valores e princípios constitucionais.

Na realidade, o direito fundamental à boa administração pública “[...] trata-se de verdadeiro aspecto procedimental para a realização dos direitos fundamentais, sobretudo na implementação de políticas públicas [...]” (HUMENHUK, 2016, p. 92). A exemplo do que acontece na definição de interesse público, também no direito fundamental à boa administração pública são o atendimento e a concretização dos direitos fundamentais – além de outros fundamentos, objetivos e princípios constitucionais – que o caracterizam e o definem. Com a promoção e realização dos direitos fundamentais e demais direitos constitucionais, atendido estará o direito fundamental à boa administração pública; do contrário, não.

Novamente, os direitos fundamentais são colocados em posição de relevo. Tais direitos são vinculantes para toda a administração pública, que deles não pode dispor, em razão do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 estabelecer sua aplicação imediata. Em verdade, cuida-se de tarefa imposta aos órgãos estatais maximizar a eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 268).

Pode-se afirmar, na linha de raciocínio desenvolvida até este ponto, que ao se deparar com qualquer questão que demande a proteção do consumidor, o Estado somente dará conta de executar uma boa e eficiente administração pública, com escolhas legítimas, se observar o direito fundamental de defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88). Isso decorre, como se dá com outros direitos fundamentais, da sua dimensão objetiva.

A obrigatoriedade do Estado em executar uma boa e eficiente administração pública decorre, como visto acima nesta seção, das disposições constitucionais que formam e estruturam a sociedade e o Estado. Decorre do disposto no art. 5º, § 1º, e do preceituado no

art. 37, ambos da Constituição de 1988. Mas essa obrigatoriedade estatal decorre, igualmente, do que teórica e doutrinariamente se denomina de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que difere dos direitos subjetivos do indivíduo contra atos estatais, diz própria e especificamente com “[...] decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição [...]” (SARLET, 2009, p. 143), ou então com o “[...] conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos [...]” (SARLET, 2009, p. 143).

Esse conjunto de valores objetivos básicos que forma a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cuida-se, como anotado acima, de fins diretivos do agir estatal porque nele se reconhece efeitos jurídicos autônomos, destacados e além da perspectiva subjetiva (SARLET, 2009, p. 144-145).

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 146).

Tem-se que correspondentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais são os deveres referentes aos direitos fundamentais, consoante tratados na teoria ferrajolina. Com efeito, direitos fundamentais para Ferrajoli (2011, p. 100-102) trazem expectativas positivas de prestações ou expectativas negativas de não lesão, ambas referindo-se a seus titulares, mas exigem também, de outro lado, garantias consistentes em deveres ou vedações estatais, que não implicadas nos próprios direitos fundamentais, aparecem, no entanto, em normas ulteriores de atuação. “Os direitos fundamentais [...] são normas cuja existência não comporta sozinha a existência das suas garantias. Eles requerem, para serem garantidos, a produção de leis específicas de atuação [...]” (FERRAJOLI, 2011, p. 115).

A correspondência entre dimensão objetiva dos direitos fundamentais e garantias fundamentais parece residir no fato de a teoria ferrajolina apontar a existência de um *dever ser* jurídico que em caso inobservância e de não edição de normas ulteriores de atuação, normas estas capazes de efetivamente assegurar um direito fundamental, faz surgir indevida lacuna no sistema jurídico multinível, de obrigatória colmatação legislativa, que enquanto não promovida ocasiona inefetividade estrutural do direito fundamental (FERRAJOLI, 2011, p. 102-103; 115).

A correspondência entre dimensão objetiva dos direitos fundamentais e garantias fundamentais parece residir também no fato de existir um *dever ser* jurídico de não divergência entre as ordens jurídicas (constitucional e infraconstitucional), de modo que a indevida edição de normas de atuação, que ao invés de assegurar determinado direito fundamental acaba por contrariá-lo e violá-lo, causa antinomia e inefetividade contingente do direito fundamental (FERRAJOLI, 2011, p. 115).

No caso do direito fundamental de defesa do consumidor por parte do Estado (art. 5º, inc. XXXII, CF/88), tomado como norma-objetivo (Cf. seção 1.3.2) e também na sua dimensão objetiva aqui tratada, cumpre ao poder público atender seu dever geral de proteção e zelo por tal direito fundamental, conferindo-lhe a mais efetiva salvaguarda contra toda sorte de ataques, possíveis ou reais, de órgãos e poderes governamentais, bem assim de particulares e até de outros Estados (SARLET, 2009, p. 148-149). Esse dever geral de proteção e zelo, aliás, é em relação a todos os direitos fundamentais, e não somente ao direito fundamental à defesa do consumidor.

No caso do direito fundamental à defesa do consumidor por parte do Estado (art. 5º, inc. XXXII, CF/88), tomado como princípio regulativo (Cf. seção 1.3.3) e como garantia consistente em dever estatal, o *dever ser* jurídico reclamado na teoria ferrajoliana foi, no caso brasileiro, observado e cumprido pelo legislador ordinário com a edição e promulgação de normas ulteriores de atuação, sobretudo com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), sendo tais normas voltadas a assegurar, por meio do diálogo das fontes (Cf. seção 1.3.7), o direito fundamental à defesa do consumidor.

Não quer significar isso tudo, no entanto, que o Estado se apresente como um segurador universal dos direitos fundamentais, sempre infalível em suas ações e obrigações no que toca ao ordenamento constitucional. Em verdade, ao se falar em dever geral de proteção e zelo dos direitos fundamentais por parte do Estado, espousa-se a necessidade de que órgãos e agentes públicos laborem e atuem de modo proporcional, sem excessos e também sem insuficiências, bem assim que atuem com prevenção e precaução, evitando danos a direitos fundamentais (HUMENHUK, 2016, p. 107-121).

Com efeito, proporcionalidade, prevenção e precaução servem de guia para o administrador atuar e escolher bem, servindo também de diretriz para se alcançar uma boa administração pública protetora e promotora dos direitos fundamentais. Em termos administrativos, sob a inteligência do Estado gerencial, eis o que realmente tem de haver: “Uma Administração previdente que não se deixe surpreender pelos acontecimentos para

depois remediar melhor ou pior – mas que saiba prever a curto, a médio, a longo prazo, e traçar planos das suas atividades [...]” (CAETANO, 2012, p. 114).

O conhecido adágio de que “é melhor prevenir do que remediar” se aplica não só ao direito administrativo, em razão do princípio da eficiência e do direito fundamental à boa administração pública – decorrentes das disposições constitucionais que formam e estruturam a sociedade e o Estado, bem assim do preceituado no art. 37 da Constituição de 1988 –, mas também ao Código de Defesa do Consumidor (norma ulterior de atuação do direito fundamental à defesa do consumidor), que expressamente prevê, no seu art. 6º, inc. VI, ser um dos direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção de danos.

Em se tratando de outorga de concessão de serviço público, com contratos de longo prazo (de 10, 20 e até 35 anos) definindo políticas públicas, diferentemente não ocorre. Também nessa atuação estatal, de transferir à iniciativa privada a exploração de serviço público, tem de haver eficiência, tem de existir boa administração pública, com a prevenção de danos aos usuários-consumidores e efetiva proteção dos direitos fundamentais.

### **2.1.5 Outorga de concessão de serviço público: justificativa estatal fundamentada (art. 93, inc. IX e X, CF/88)**

O dever de previdência, de precaução e de cautela no desenho de qualquer concessão de serviço público, em busca do cumprimento dos princípios da eficiência e da boa administração pública, relaciona-se com o fato de na atualidade se reclamar do Estado uma efetiva administração e gestão de serviços, de modo a satisfazer as necessidades da coletividade, cuidando para que os serviços necessários cheguem a todos, no tempo certo e adequadamente (CAETANO, 2012, p. 114).

Esse dever se relaciona, ainda, com serviços públicos concedidos enquanto objeto de políticas públicas, estas entendidas como “[...] conjunto de ações destinadas a satisfazer necessidades sociais [...]” (RIBAS, 2015, p. 159); ou como programa de ação governamental resultante de um conjunto de processos com vistas à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2013, p. 38); ou, ainda, como “[...] como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.” (COMPARATO, 1998, p. 45, grifo do autor).

Toda outorga de concessão de serviço público, nesse sentido, deve dispor previamente de estudos e análises com vistas à sua melhor formatação. Antes de lançar edital de licitação e ainda na fase interna, a administração pública tem de atuar de modo eficiente

por meio de procedimento capaz de justificar a necessidade de outorga de concessão de serviço público e o seu melhor e mais adequado modelo, conforme exigência do art. 5º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95). “A concepção da outorga e a fixação das regras pertinentes ao certame dependerão do desenvolvimento satisfatório dessa fase interna.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 203).

A importância da etapa interna e preliminar à efetiva outorga de concessão é significativa porque há implicações políticas, econômicas e jurídicas decorrentes da decisão em transferir serviço público para exploração por empresa privada.

Do ponto de vista político, a delegação significa que o Estado reduzirá sua atuação direta, cedendo passo a particulares, o que representa redução do *poder* estatal. Por maiores que sejam os instrumentos de controle sobre o delegatário, o Estado diminuirá sua influência na comunidade. Em se tratando de concessões, essa decisão produzirá efeitos para o futuro, afetará os governos posteriores. Gerações terão de conviver com os efeitos da concessão outorgada em certo momento.

Sob o ângulo econômico, há alteração do desempenho da operação, com investimentos dos particulares para o fornecimento de utilidades que, até então, eram custeadas por recursos estatais. Isso significa alteração da alocação das riquezas privadas e modificação de características do sistema. O êxito da atuação do delegatário produzirá reflexos sobre a atividade econômica em seu todo.

Do ponto de vista jurídico, pactua-se contratação com prazos usualmente longos (especialmente quando se tratar de concessão). Isso importa necessidade de avaliação de todas as questões jurídicas. O contrato deve ser bem elaborado, albergando soluções para circunstâncias cuja ocorrência seja previsível. Nos casos de contrato de duração, tem de considerar-se a probabilidade de modificação das circunstâncias existentes à época de sua elaboração. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 201, grifo do autor).

Eventual dificuldade em se aferir a dimensão de cada uma dessas implicações (política, econômica e jurídica) da outorga de concessão de serviço público parece não servir de excusas para que o desenho e a formatação da concessão sejam ineficientes. A necessidade de se conferir adequação técnica, viabilidade política, estabilidade econômica e segurança jurídica durante todo o prazo de concessão é para o atendimento dos interesses maiores da sociedade e dos consumidores.

Com efeito, no processo de outorga de concessão de serviço público o Estado tem sua atenção voltada para o interesse público, interesse que tem os fins e objetivos constitucionais, os direitos fundamentais e a dignidade humana na composição de seu conteúdo (Cf. seção 2.1.2). Não é tarefa fácil, no entanto, identificar e atender com precisão tal interesse.

Nada obstante a dificuldade existente, a adequação no tratamento de todas as questões que venham a envolver qualquer outorga de concessão requer se apresente de modo claro no ato de justificação tratado no art. 5º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95). No

referido ato deve constar, necessariamente, as razões pelas quais a administração pública (i) transfere à iniciativa privada a prestação de determinado serviço público, não o prestando diretamente, e (ii) adota determinado modelo para a delegação (GUIMARÃES, 2014, p. 269).

Deve constar, de modo imprescindível, a escolha do critério de julgamento da licitação, se o da menor tarifa, o da maior oferta, o da maior oferta e melhor técnica ou outros previstos no art. 15 da Lei n. 8.987/95. A necessidade de o ato de justificação indicar expressamente também o critério de julgamento da licitação, com tratamento claro dessa questão e referência às variáveis possíveis, se dá em razão da elevada importância que o tema representa para a comunidade e para a classe dos usuários-consumidores e de todos os reflexos e consequências que causa ao longo de todo o período de concessão (JUSTEN FILHO, 2003, p. 210 e 261).

Com a necessidade de adequação no tratamento de todas as questões referentes à outorga de concessão, esta deixa de fundar-se em medidas discricionárias a cargo do administrador público. Antes de proceder à licitação, o ente estatal tem de dispor de documentos de ordem técnica e igualmente de estudos e investigações sobre todas as nuances da outorga de concessão de serviço público. Frente a tal conjunto de documentos e dados, a opção do administrador, se realmente existente, se mostra sobremaneira reduzida, de modo que se eventualmente existir juízos imperativos de conveniência e oportunidade o agente público se afastará dos fatos determinantes e incidirá em desvio de poder.

A motivação do ato de justificação, a demonstrar a adequação no tratamento de todas as questões que envolvam a outorga de concessão, com indicação de documentos e estudos que lhe dão fundamento, é por isso imprescindível. E essa motivação fica sempre sujeita a controle, dizendo Justen Filho (2003, p. 202):

A decisão de outorga poderá ser invalidada quando não se apresentar motivada – pois isso caracterizaria ato arbitrário, desvinculado da noção de função e cuja validade seria fundada exclusivamente na vontade do governante (o que é inviável em um Estado Democrático de Direito). Mas também será possível o controle sobre o conteúdo da motivação, para fiscalizar se todas as variáveis foram devidamente consideradas pelos governantes e se a decisão de delegar os serviços aos particulares retrata solução satisfatória para realização do interesse público.

Nessa senda, afigura-se incabível “ato de justificação” genérico e *pro forma*, como aqueles que registram a necessidade de outorga de concessão apenas, por exemplo, “para garantir e propiciar melhoria da qualidade do serviço público objeto da concessão, bem como para ampliação de atendimento aos usuários em razão da sua essencialidade”. Parece óbvio que serviço público somente pode ser concedido se importar em melhoria para os

usuários e em atendimento do maior número deles, quando não em sua universalização. Portanto, “ato de justificação” como o acima exemplificado não atende ao comando do art. 5º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) nem se apresenta motivado como constitucionalmente se impõe (art. 93, inc. IX e X, da CF/88).

No Estado Democrático (e Social) de Direito, sendo a administração pública voltada para o cidadão e para a consecução de resultados (Cf. seção 2.1), bem assim orientada por um direito administrativo constitucionalizado, tomado pelos direitos fundamentais e pelo Estado Constitucional (Cf. seção 2.1.1), a justificativa estatal para a outorga de concessão parece, a fim de que se cumpra o disposto no art. 93, inc. IX e X, da Constituição de 1988, que tem de ser fundada em documentos, em estudos e acima de tudo no direito, não havendo espaço para escolhas embasadas em juízos de conveniência e oportunidade.

### **2.1.6 Outorga de concessão de serviço público: consulta pública, audiência pública e participação social**

Na outorga de concessão de serviço público incidem o princípio da eficiência administrativa e o direito fundamental à boa administração pública, com seu respectivo dever. Ainda assim, a sociedade civil e os usuários-consumidores podem participar do processo de outorga de concessão com vistas a influenciar positivamente a atuação estatal, e ao poder concedente é recomendável, de outro lado, que se mostre aberto e receptivo à participação social para a escolha de medidas legítimas.

A legitimação das escolhas administrativas decorre de duas fontes que marcam o direito administrativo moderno: (i) a constitucionalização; e (ii) a democratização. Não radica, assim, apenas e exclusivamente no direito. A legitimação radica também na democracia, “[...] marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração [...]” (BINENBOJM, 2014, p. 77). A passagem doutrinária abaixo explica essa dupla fonte de legitimação e explica também que constitucionalização e democratização devem, na maior medida possível, ser equilibrados, apontando o seguinte:

A democracia afirma que as decisões devem ser tomadas pela vontade da maioria. O constitucionalismo afirma que existem princípios e valores tão importantes para a sociedade que devem ser afirmados inclusive contra a vontade das maiorias democráticas. Embora isso pareça uma contradição, nós podemos ver que não há democracia sem uma base constitucional sólida, como também não há constitucionalismo sem uma base democrática dinâmica. O constitucionalismo estrutura a democracia, ele constitui uma base sólida para que a democracia possa ser dinâmica. A democracia produz o valor do constitucionalismo, ela abre a política para a opinião pública, que passa a influenciar e exigir graus cada vez mais altos e

sofisticados de solidez constitucional. Então a questão não é qual desses dois valores deve prevalecer nos casos concretos, mas sim como promover um equilíbrio adequado entre eles em cada decisão jurídica. (SIMIONI, 2014, p. 192).

No ato de justificação exigido pelo art. 5º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) já deve estar demonstrada a adequação no trato de todas as questões que envolvem outorga de concessão, com indicação de documentos, de estudos e do direito aplicável, tudo como visto acima (seção 2.1.5). Deve constar, como dito na seção anterior, o critério de julgamento do certame (JUSTEN FILHO, 2003, p. 210 e 261). Isso não quer significar, no entanto, que as medidas e os critérios tidos pela administração pública como adequados para a concessão de serviço público sejam imunes à discussão pública no espaço democrático e, muito menos, que sejam insuscetíveis de modificação.

Com efeito, após o ato de justificação deve o poder público concedente, ainda na fase interna do procedimento e antes do ato convocatório da licitação, promover consulta pública (aplicação subsidiária do art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04) seguida de realização de audiência pública (art. 39 da Lei n. 8.666/93), atos que oportunizam a interferência da sociedade civil no desenho e formatação da outorga de concessão de serviço público.

É fundamental implantar uma concepção democrática a propósito da elaboração do ato convocatório. Isso significa que a outorga da concessão reflete uma decisão da comunidade, cujos efeitos são relevantes para todas as partes envolvidas. Não se trata de uma manifestação arbitrária de poder político. [...]

O Estado necessita da colaboração dos particulares – não apenas para prestação dos serviços públicos, mas também para definir as melhores condições para tal. Isso significa ser vedado excluir a participação de representantes da comunidade e da própria iniciativa privada na configuração da concessão e do certame licitatório que a antecederá. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 204).

Com minutas do edital de licitação e do contrato de concessão disponibilizadas ao público em geral e com prazo mínimo de 30 (trinta) dias para sugestões, conforme art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04 (Lei das PPPs), e com o ato de justificação exigido pelo art. 5º da Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões) já publicado, a sociedade civil pode perfeitamente proceder a análises e estudos a fim de, na sequência e se o caso, formular pleitos ao poder público concedente em busca de melhorar a formatação da concessão de serviço público.

Após a realização de consulta pública, outra oportunidade para a participação social e a interferência dos cidadãos em busca da melhor e mais eficaz outorga de concessão de serviço público se apresenta com a indispensável realização de audiência pública (art. 39 da Lei n. 8.666/93), ato com importância destacada na seguinte passagem doutrinária:



A audiência pública é o instrumento de participação direta do povo nos negócios do Estado. O objeto da audiência pública é expor o conteúdo de determinada política pública, ouvindo os interessados e com isto legitimar e influenciar a decisão administrativa. O sistema jurídico prevê este instrumento como forma de legitimar os atos administrativos. Dessa feita, se configura como um instrumento de apoio ao processo decisório governamental. (SIQUEIRA JR., 2012, p. 445-446).

Nesse sentido, afigura-se que a administração pública não pode impor sua análise, como sendo a melhor e adequada, exclusivamente com os elementos angariados até o ato de justificação. Tem-se que o Estado não pode ignorar dados e informações obtidos com a consulta pública e com a audiência pública. Isso redundaria em deliberação unilateral e não democrática, com relação de poder entre administração e cidadãos, afastada da nova administração pública e da eficiência administrativa.

Em verdade, a participação social efetiva, garantida pela democratização do exercício da atividade administrativa, deve ter por fim a busca da melhor formatação e fruição dos serviços públicos, com o abandono da exclusividade estatal de ditar o que é melhor e o que mais convém à coletividade e aos usuários-consumidores. Ela deve diminuir a distância entre o poder público e os cidadãos, reduzindo a possibilidade de tomada de decisões arbitrárias, mormente quando em pauta política pública.

As políticas públicas são implementadas para todos. Essas políticas devem surgir da união da sociedade civil organizada, partidos políticos e o governo, que traçam juntos os destinos da nação. A efetivação das políticas públicas é responsabilidade dos cidadãos e não apenas do governo. O processo de construção das políticas públicas, no Estado Democrático e Social de Direito, passa necessariamente pela participação dos cidadãos, no intuito de buscar sua efetivação. Não é apenas uma atribuição do governo. Esse processo é extremamente dinâmico e conta com a participação de vários segmentos da sociedade, que fiscaliza a sua realização. (SIQUEIRA JR., 2012, p. 431).

Mas de outro lado, a par da participação social, requer-se vontade política em busca do diálogo social, da interação e da interlocução com o terceiro setor, com vistas à plena compreensão das demandas sociais para que administradores públicos possam atendê-las via correspondente e adequada formulação de políticas públicas, para que promovam escolhas legítimas. Só assim, tem-se, é que a administração pública pode se pautar na relação de gestão com vistas aos fins sociais, e não sob relação de poder entre Estado e administrados (MIRAGEM, 2011, p. 29).

Este viés convergente da Administração indica-lhe um caráter não conflituoso, cuja finalidade (não vinculante e sempre obtida), é a busca do consenso ou de maiorias informadas, por intermédio de diversos instrumentos de participação dos administrados na formação da vontade estatal.

[...] *Estado em rede* implica na interação dos diversos entes integrantes da estrutura político-administrativa do Estado com outros entes, nacionais e internacionais, públicos ou privados, construindo os mecanismos de realização das tarefas públicas por intermédio de redes de cooperação entre os vários entes, cujo vínculo converge para a realização de interesses abrangidos pelo conceito amplo de interesse público. (MIRAGEM, 2011, p. 30 e 32, grifo do autor).

Nessa demanda por protagonismo social, aliás, importantes se afiguram os mecanismos jurídicos e administrativos de participação popular nos processos de outorga de concessão de serviço público no Brasil, os chamados dispositivos de institucionalização na teoria do discurso. Esses arranjos legais de apelo popular devem estar à disposição dos cidadãos, absolutamente desobstruídos, para que as necessidades e carências da comunidade cheguem às autoridades constituídas para formulação da adequada política pública que se constitui toda outorga de concessão de serviço público.

## 2.2 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: INEFICIÊNCIA ESTATAL

### 2.2.1 Assimetria de poder, interesses particulares e ineficiência administrativa contra o direito fundamental à defesa do consumidor e o interesse público

Outorga de concessão de serviço público, como a maioria das políticas públicas, cuida-se de matéria complexa, envolvendo superestrutura sob todos os ângulos, numerários elevados, contratos de difícil intelecção e alta tecnicidade no desempenho das atividades das empresas, o que faz com que cidadãos e usuários-consumidores naturalmente se vejam afastados das discussões e deliberações. Isso é uma característica natural da outorga de concessão de serviço público.

Numa comparação genérica, mas que aqui pode se mostrar aclaradora, o entendimento sobre o funcionamento de outorga de concessão de serviço público está para os cidadãos e os usuários-consumidores como o entendimento do funcionamento de uma cirurgia no cérebro humano está para aqueles não profissionais da área médica. Há uma noção por parte de pessoas leigas sobre o funcionamento tanto de uma outorga de concessão quanto de uma cirurgia médica que tenha de abrir a calota craniana de um paciente e operar seu cérebro. Por mais que o profissional explique em detalhes todo o procedimento, o leigo não consegue deixar o campo da noção para ingressar no do entendimento perfeito.

Nessa ilustração, o Estado e as empresas interessadas na outorga de concessão – com seus políticos, economistas, juristas, engenheiros e outros profissionais e técnicos – fariam parte da equipe médica, com conhecimento e domínio dos procedimentos para a cirurgia. Estariam dentre aqueles que têm *know-how*. Já os cidadãos ou os usuários-consumidores seriam o paciente ou os familiares deste, pouco sabendo exatamente acerca dos procedimentos, da atuação da equipe médica e de outras variantes para o sucesso da intervenção cirúrgica. Teriam não mais do que uma noção dos procedimentos e lhes restariam, em situação de vulnerabilidade, confiar na equipe médica.

Nessas condições, é evidente haver assimetria de poder e de informação entre Estado e empresas que disputam certame licitatório de outorga de concessão de serviço público, de um lado, e cidadãos e usuários-consumidores, de outro, com estes experimentando *deficit* democrático no processo de escolha de empresa privada para a prestação de serviços públicos e principalmente no estabelecimento de condições para que comodidades e utilidades cheguem às pessoas de uma localidade, de uma região ou mesmo de um país.

Há *deficit* democrático em razão de (i) a participação efetiva, com oportunidades iguais e reais para opiniões e defesa de posições, e (ii) o entendimento esclarecido, com oportunidades iguais e reais de aprender sobre políticas e suas consequências, tratem-se de critérios, dentre outros referidos na seção 3.1.1 deste trabalho, da democracia (DAHL, 2001, p. 49), ausentes que se fazem quando há assimetria de poder e de informação no processo de outorga de concessão de serviço público.

Com efeito, “[...] se alguns membros recebem maiores oportunidades do que outros para expressar seus pontos de vista, é provável que suas políticas prevaleçam.” (DAHL, 2001, p. 50). É possível ainda, em prol de certos interesses prevalecerem sobre o interesse público, que a democracia como governo do “poder visível” (BOBBIO, 1986, p. 83) ceda passo ao poder oculto, ao poder invisível, com certos assuntos e decisões confinados aos que possuem mais informações e conhecimentos.

Assimetria de poder e de informação é antidemocrático porque “[...] o princípio da igualdade política pressupõe que os membros estejam igualmente qualificados [...]” (DAHL, 2001, p. 51). Assim, como as informações e o poder de argumentação dos cidadãos e dos usuários-consumidores são, invariavelmente, muito inferiores aos reunidos pelas empresas que disputam o certame licitatório e aos que o poder concedente detém, há *deficit* democrático no processo de outorga de concessão de serviço público.

Notamos que a esfera da relação com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários. A participação destes, ressalte-se, é extremamente dificultosa, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. (MENDES, 2006, p. 132).

Nesse sentido, pode ser que em processos de outorga de concessão de serviço público atuações efetivas se restrinjam ao Estado e às empresas interessadas em participar do processo licitatório. Aos cidadãos e aos usuários-consumidores, em situação de vulnerabilidade, pode ser que reste reservado papel coadjuvante, ou então a passividade no aguardo de atuações eficientes de políticos, gestores e servidores públicos engajados no processo de outorga de concessão de serviço público.

Isso, no entanto, não contradiz nem invalida o pregado na seção anterior de que nas outorgas de concessão deve haver maior protagonismo dos cidadãos e dos usuários-consumidores, com maior parcela de participação social na consulta pública e depois na audiência pública. Antes, reforça aquela posição de ser necessária atuação efetiva de atores sociais e do terceiro setor com vistas a cada vez mais fazer com que todos os lados e partes da concessão de serviço público integrem a “equipe médica” e nenhum fique como “paciente” ou “familiar do paciente”.

De qualquer modo, assimetria de poder e de informação, com o afastamento natural de usuários-consumidores das discussões e deliberações, pode ocasionar sérios problemas, com falhas no processo de outorga e no contrato de concessão de serviço público, quase sempre em prejuízo daqueles com participação coadjuvante, meramente formal ou até inexistente, isto é, os cidadãos e os usuários-consumidores.

Duas questões existem nisso: (i) despertar cidadãos e usuários-consumidores para a necessidade de uma maior e mais efetiva participação social, dotando-os de meios e instrumentos com fim de se alcançar a simetria de posições de todos os envolvidos em outorgas de concessão de serviços públicos; (ii) fazer com que gestores públicos se deixem impregnar de vontade política em busca do diálogo social, da interação e da interlocução com a sociedade, com o terceiro setor e com os usuários-consumidores, com vistas à plena compreensão das demandas sociais e à melhor formatação da concessão.

Há outra questão, ainda, afeta a servidores públicos que recebem delegações. Servidores dirigentes de agências reguladoras, no caso de outorga de concessão de serviço público, podem ter objetivos nada republicanos, sendo que “[...] podem querer maximizar a autonomia que têm, ou a garantia de emprego de que gozam, ou prestar favores clientelistas a

amigos e aliados, [...] ou aumentar o orçamento de que podem dispor ou, simplesmente, enriquecer – à custa dos cidadãos.” (PRZEWORSKI, 2006, p. 53).

Nesse cenário de assimetria de poder e de informação, com *deficit* democrático e falhas no processo de outorga de concessão em razão de interesses pessoais por parte de políticos e/ou de servidores públicos, o que exsurge de forma evidente é a vulnerabilidade do consumidor, tratada na seção 1.2.6 deste trabalho. No caso, vulnerabilidade política (MORAES, 2009, p. 154 ss.), uma variação, em verdade, das quatro grandes espécies, que são: vulnerabilidade técnica; vulnerabilidade jurídica; vulnerabilidade fática; e vulnerabilidade informacional (MARQUES, 2005, p. 320).

Com efeito, o magistério de Moraes (2009, p. 155) acerca da vulnerabilidade política destaca que, em prejuízo do consumidor, muitas ações políticas e legislativas são adotadas em prol daqueles que formam “os fatores reais de poder”, na conhecida lição de Ferdinand Lassale. A vontade da maioria e o interesse público são deixados de lado para se atender interesses de grupos, de alguns, de um particular ou até mesmo de ente público com ótica apenas para a máquina estatal e não para os cidadãos. O autor em comentário explica a razão pela qual isso se dá:

[...] cada vez mais as discussões, principalmente jurídicas, pendem para a proteção dos valores econômicos ao invés dos valores sociais, estabelecendo hierarquia odiável e aumentando a vulnerabilidade política que macula os consumidores, quando, em realidade, deveriam estar os sistemas mesclados para o atendimento das necessidades de todos os homens, e não somente de alguns. (MORAES, 2009, p. 164).

A operação Lava Jato, “[...] maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.”<sup>6</sup>, dá a tônica da promiscuidade que há entre representantes governamentais e grandes empresários para o atendimento de seus próprios interesses e não do interesse público. Demonstra como a reforma administrativa, com a releitura da burocracia com vistas à administração gerencial, voltada para o cidadão, é um longo processo de transformações, principalmente de mentalidade e de cultura, que ainda se encontra em curso, se realmente iniciado na prática.

A outorga de concessão de estádios de futebol, com reformas e construções para o evento da Copa do Mundo de Futebol de 2014, realizada no Brasil pela Federação Internacional de Futebol, também é exemplo de assimetria de poder e de informação que há nesses processos e, sobretudo, de corrupção. Em reportagem de 14 de agosto de 2015, o jornal

---

<sup>6</sup> Disponível em: <lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Consulta em: 9 de outubro de 2017.

O Globo noticiou um caso, dentre tantos que existiram e vieram a público pela imprensa em geral, de poder assimétrico e de possível corrupção.

Referido periódico trouxe à tona, com efeito, ação policial desencadeada em razão de um possível superfaturamento para a construção da Arena Pernambuco. O superfaturamento teria se dado juntamente com o fato de que a licitação teria sido direcionada para uma determinada empresa, que antecipadamente (um ano antes) teria iniciado o projeto da arena esportiva devido à certeza de seu “sucesso” no certame, sendo que “[...] as concorrentes tiveram apenas 45 dias para elaborar uma proposta.”<sup>7</sup>

Além dessa questão da corrupção, marcante na realidade brasileira e bastante evidente na atualidade, de modo a parecer que de fato não se alterou muito o quadro em relação àquele que existia nas sociedades pré-modernas, pré-capitalistas e pré-democráticas do Estado patrimonialista (Cf. seção 2.1), há também, de outro lado, a ineficiência administrativa igualmente capaz de prostrar a defesa do consumidor e o interesse público.

Nem sempre a atuação estatal, mesmo livre de corrupção e de interesses particulares, se dá a contento, de forma eficiente, consoante o art. 37 da Constituição de 1988, como deve ser (Cf. seção 2.1.4). Nem sempre o Estado atua de modo previdente e cauteloso. Ao contrário, o poder público pode se apresentar indevidamente negligente e falho em suas decisões acerca de outorga de concessão de serviço público, com consequências para a sociedade e os usuários-consumidores.

Exemplo de atuação estatal ineficiente se deu com outorga de concessão de geração de energia elétrica das usinas de Santo Antonio e Jirau na qual o governo federal cometeu erro no edital de licitação ao não prever a necessidade do equipamento denominado GSC (*Generation Station Coordinator*) – necessário para a energia gerada ser escoada para as linhas de transmissão e depois chegar às distribuidoras – e ao não determinar que os custos de tal equipamento fossem arcados pelos consórcios concessionários<sup>8</sup>.

Em razão desse erro, as empresas consorciadas que exploram as usinas de Santo Antonio e Jirau acabaram reembolsadas integralmente quanto aos valores despendidos para aquisição do equipamento GSC (*Generation Station Coordinator*), tendo a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL determinado que “[...] os valores fossem repassados pela CCEE

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/licitacao-da-arena-pernambuco-foi-direcionada-para-que-odebrecht-saisses-vencedora-aponta-pf-17180676>>. Acesso em: 9 de outubro de 2017.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1606247-consumidor-de-luz-vai-arcar-com-custo-de-erro-em-edital.shtml>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

(Câmara de Comercialização de Energia Elétrica) às empresas em seis parcelas mensais a partir de janeiro e, depois, para a conta do consumidor na forma de ‘encargos do sistema’<sup>9</sup>.

Outro caso exemplar de ineficiência de atuação estatal na outorga de concessão de serviço público, desta vez no setor de distribuição de energia elétrica, atingindo prejudicialmente os usuários-consumidores, se deu com erro estatal levado a efeito acerca da metodologia para o reajuste da tarifa energia elétrica. Esse episódio foi detectado pelo Tribunal de Contas da União no voto do Min. Benjamin Zymler proferido no Acórdão n. 2210/2008 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2210/2008. Processo n. 021.975/2007-0. Relator Min. Benjamin Zymler. Plenário TCU. Data da sessão: 08.10.2008. Acórdão publicado no Diário Oficial da União em 10/10/2008).

De acordo com a referida Corte de Contas, a metodologia de reajuste tarifário utilizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica beneficiava as empresas concessionárias e prejudicava os usuários-consumidores porque “[...] os ganhos de escala, decorrentes do aumento de demanda, não são repassados ao consumidor, provocando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.” (Parte da ementa do Acórdão n. 2210/2008. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2210/2008. Processo n. 021.975/2007-0. Relator Min. Benjamin Zymler. Plenário TCU. Data da sessão: 08.10.2008. Acórdão publicado no Diário Oficial da União em 10/10/2008). Esses ganhos ficavam exclusivamente com as empresas que exploravam o serviço de distribuição de energia elétrica.

Com o fim de contornar problemas como os referidos acima, decorrentes em certa medida da assimetria de poder e de informação, caracterizadora de *deficit* democrático, que há nas outorgas de concessão de serviços públicos, e assim se buscar blindar, ou ao menos dificultar, que interesses particularistas imperem e que erros aconteçam, o próprio Estado pode (*rectius*: deve) fomentar a participação da sociedade civil e dos usuários-consumidores. Pode (*rectius*: deve) incentivar e promover a democracia participativa. Para além de discursos e de observância formal dos meios legais de participação, o próprio Estado tem de agir em prol da democracia efetiva nas outorgas de concessão, sendo uma das formas de ação é a que vai anotada na lição abaixo:

Uma iniciativa que objetiva melhorar o nível de participação dos usuários por intermédio dos canais atualmente existentes (audiências e consultas públicas) é a que assegura – por intermédio de auxílio estatal – certo grau de assessoramento

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1606247-consumidor-de-luz-vai-arcar-com-custo-de-erro-em-edital.shtml>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

técnico que permita aos usuários em geral, por suas organizações representativas, aprofundar o exame especializado dos temas objeto de debate público, diminuindo a assimetria informativa entre agentes econômicos e usuários quanto a aspectos técnicos relativos ao setor regulado. (MIRAGEM, 2011, p. 118).

Ao tratar sobre políticas públicas, a posição doutrinária não é outra, a saber: “Considerando que há uma assimetria de informação e de posição dos vários interesses envolvidos, muitas vezes o desafio institucional reside em definir procedimentos que tornem o processo de decisão permeável aos interesses sociais dispersos.” (BUCCI, 2013, p. 141).

Com postura estatal no sentido de proporcionar o empoderamento de cidadãos e usuários-consumidores, conferindo-lhes, por exemplo, assessoramento técnico e proporcionando-lhes, ainda, informações relevantes de todo o processo de uma determinada outorga de concessão de serviço público, tudo numa postura própria de uma administração gerencial voltada para o cidadão, a vulnerabilidade política acima referida ficaria contornada ou ao menos minimizada.

Realmente, o poder de argumentação e de participação dos cidadãos e dos usuários-consumidores seria incrementado e a consequência natural disso seria a eliminação do *deficit* democrático, com os cidadãos e usuários-consumidores migrando da condição de “paciente” ou de “familiares do paciente”, na metáfora antes utilizada, para a de “integrantes da equipe médica”.

### **2.2.2 Interesses econômicos e políticos em desfavor da regulação de serviços públicos concedidos, do direito fundamental à defesa do consumidor e do interesse público**

Interesses econômicos e políticos de ordem particularista podem contaminar e macular o processo de outorga de concessão e depois a regulação de serviços públicos, isso em prejuízo do direito fundamental à defesa do consumidor e do interesse público, ainda que em prol destes os objetivos e fins contidos na Constituição de 1988 ditem claramente a atuação estatal.

Agências reguladoras, que em tese formam o lado estatal com perfil técnico especializado, podem se apresentar sem autonomia e independência, embora o contrário seja a regra legal e o que deveria se dar em todos os casos. Às agências reguladoras pode ocorrer, em certas situações, de se depararem com ausência de recursos necessários para atuação eficiente. Pode ocorrer, ainda, de ficarem sujeitas aos poderes e interesses dos entes regulados ou sujeitas, até mesmo, aos poderes e interesses políticos.



Com efeito, sempre há o risco de captura do órgão regulador por parte dos entes regulados, de “[...] captura por contaminação de interesses. Esta se manifesta com a assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade” (MARQUES NETO, 2006, p. 89). Há também o risco permanente, de outro lado, de captura por parte do poder político, “[...] traduzida no atrelamento da atividade regulatória aos interesses conjunturais do bloco do poder, às vicissitudes eleitorais.” (MARQUES NETO, 2006, p. 90).

Interesses econômicos e políticos podem se apresentar já no processo de outorga de concessão, travestidos de interesse público. Isso é possível em razão da assimetria de poder e de informação que há nas outorgas de concessão de serviços públicos, com o alijamento da sociedade e dos usuários-consumidores do processo, tudo como tratado na seção 2.2.1 supra. No entanto, não é somente nessa fase de outorga que esses interesses podem se apresentar. Eles podem persistir ao longo da própria concessão.

Em processos eleitorais para cargos públicos, promessas políticas de candidatos costumam ser abundantes no sentido de manutenção (“congelamento”) do valor de tarifas de serviços públicos e até mesmo de sua redução, com forte apelo popular e como se não houvesse contrato de concessão de serviços públicos com cláusulas e condições a serem observadas e cumpridas.

Na capital do Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, diversos candidatos a prefeito, quando em curso processo eleitoral, comprometeram-se com o eleitorado no sentido não só de melhorar o serviço de transporte público, mas sobretudo no de reduzir o valor da tarifa. Em reportagem produzida por determinado jornal eletrônico, diversas promessas de candidatos foram compiladas, dentre elas algumas contendo as seguintes assertivas eleitoreiras: “[...] reduzir o custo final à população [...]”; “[...] rediscutir a tarifa [...]”; “[...] renegociar a tarifa [...]”; “[...] isenção de tarifas para desempregados, idosos e juventude, rumo à tarifa zero [...]”<sup>10</sup>.

A postura de tratar concessão de serviço público como plataforma eleitoral e não como instrumento para se atender necessidades e se proporcionar comodidades aos usuários-consumidores, isso de acordo com política pública definida e com contrato de concessão firmado entre poder concedente e empresa concessionária, pode atingir a atuação do político eleito que, no exercício de seu mandato, se vê compelido a cumprir o prometido à sua base eleitoral, ainda que para tanto tenha de se valer de recursos públicos.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/politica/para-salvar-transporte-publico-propostas-sao-de-reduzir-valor-da-tarifa>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

Na cidade de São Paulo, um exemplo real do que está anotado no parágrafo anterior, o prefeito João Doria, que durante campanha eleitoral prometeu não aumentar o valor da tarifa do serviço de transporte público municipal, teve que se valer do erário para subsidiar os custos do serviço público concedido. Notícia jornalística a esse respeito informa o seguinte:

A gestão de João Doria (PSDB) revela que deve gastar cerca de R\$ 400 milhões a mais com o subsídio de transporte público neste ano por causa do congelamento das tarifas.

Esse é o custo da promessa de campanha de Doria, de não aumentar a passagem dos ônibus, segundo estimativa feita pela SPTrans (empresa municipal que administra o transporte) já na gestão tucana.<sup>11</sup>

Pode-se vislumbrar que até mesmo a extinção de concessão em curso e novos processos de outorga possam ser realizados para se atender interesses políticos, quando o interesse público, dele fazendo parte o direito fundamental à defesa do consumidor, é que sempre tem de imperar.

Interesses econômicos e políticos podem contaminar e macular, desse modo, a regulação de serviços públicos concedidos, o direito fundamental à defesa do consumidor e o interesse público, tanto na fase de outorga de concessão quanto na de vigência de contrato de concessão, a ponto, até mesmo, de contratos serem rescindidos e novas outorgas ocorrerem.

### **2.2.3 Responsabilidade estatal pela ineficiência**

O estabelecimento de condições econômicas em contrato de concessão, conforme previsto em edital de licitação, vincula o poder concedente, que durante o período de exploração do serviço público concedido não pode, a princípio, alterar tais condições econômicas sem a devida compensação à empresa concessionária. A regra é a observância do ajustado e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro para a legítima remuneração do capital investido pela iniciativa privada. Isso decorre da Lei n. 8.987/95 (arts. 9º, 10, 18, inc. VIII, e 18-A, inc. IV).

A respeito do que está anotado no parágrafo anterior, Justen Filho (2003, p. 165) preconiza o seguinte:

Como uma espécie de contrapartida, existe um núcleo contratual imutável, relacionado com a disciplina das relações econômicas entre Administração e contratado. É inalterável a relação entre encargos e vantagens previsto na proposta

---

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1849573-promessa-de-doria-de-congelar-tarifa-custara-r-400-mi-diz-prefeitura.shtml>> Acesso em: 10 de outubro de 2017.

contrato e consagrados na contratação. Se houver elevação dos encargos impostos ao particular, deverá produzir-se correspondente elevação de sua remuneração. Denomina-se a isso de princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

No caso do erro estatal na outorga de concessão de geração de energia elétrica das usinas de Santo Antonio e Jirau, referido na seção 2.2.1, a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo pode ter sido o mote para que os custos de aquisição e instalação do equipamento denominado GSC (*Generation Station Coordinator*) – necessário para a energia gerada ser escoada para as linhas de transmissão e depois chegar às distribuidoras – não fossem arcados pelos consórcios concessionários. O montante despendido acabou suportado pelos usuários-consumidores.

No entanto, a regra da inflexibilidade quanto às questões econômicas não pode servir de fundamento para eximir a administração pública de sua própria responsabilidade, transferindo para a classe dos usuários-consumidores as consequências de um agir não providente e cauteloso de sua parte. Isso seria muito cômodo e confortável para o Estado, mas violador do direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88) e também da eficiência administrativa (art. 37 CF/88) e da boa administração pública.

O que a regra reforça, em verdade, é que o poder concedente, quando da licitação e de todas as medidas que precedem a outorga, tem necessariamente de acautelar-se ao máximo (Cf. seção 2.1.4). Deve o administrador ter claro que não pode falhar, porque depois incide a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo. Não pode num segundo momento transferir os custos de suas eventuais falhas para a empresa que explora o serviço concedido.

De outro lado, depois de firmado o contrato de concessão, continua a incidir, a exemplo do que ocorre na fase do processo administrativo de escolha de empresa privada e de efetiva outorga da concessão, o direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88), impeditivo que é de que custos gerados com eventuais falhas estatais sejam simplesmente transferidos aos usuários-consumidores, em prejuízo do interesse público.

Nesse sentido, destaque e relevo tem o fato de que o poder público, quando do processo interno de outorga de concessão, da licitação e de todas as medidas que precedem a assinatura do contrato de concessão, deve acautelar-se ao máximo (Cf. seção 2.1.4). Incompatível com o Estado Constitucional, a propósito, qualquer licitação pública sem critérios mínimos e com atos meramente formais, somente em busca de uma “pseudolegalidade” (HUMENHUK, 2016, p. 132). Justen Filho (2003, p. 203-204), uma vez

mais, a esse respeito adverte que:

A administração tem de tomar em vista todos os possíveis efeitos diretos e indiretos das escolhas realizadas por ocasião da concepção da licitação e das condições que serão consagradas a propósito da futura contratação.

[...]

Isso envolve a obrigatoriedade de adoção de precauções inafastáveis, que lamentavelmente nem sempre são respeitadas, com conseqüências nefastas.

V.8.3) Dever de previdência em sentido jurídico próprio. Alude-se a dever de previdência não apenas em um sentido figurado. Não se trata de dever apenas moral ou puramente político, estranho ao campo jurídico. A Constituição impõe à Administração Pública dever jurídico de prestação eficiente dos serviços públicos e de exercício adequado e satisfatório de suas competências. Quando o Estado exercita suas competências de modo inadequado, gerando defeitos para a comunidade em geral ou para indivíduos em particular, configura-se hipótese de sua responsabilização civil. Essa responsabilidade civil tende à objetivação, no sentido de que o Direito impõe ao Estado um dever de diligência de gravidade e consistência equivalentes à dimensão e à extensão das competências outorgadas.

Desse modo, não sendo a atuação administrativa eficiente (art. 37 da CF/88), promotora dos direitos fundamentais (Cf. seção 2.1.4) e preventiva de danos aos usuários-consumidores (art. 6º, inc. VI, CDC), parece que o Estado tem de se responsabilizar por suas próprias falhas, arcando com todos os custos de sua ineficiência. Ao tratar sobre responsabilidade estatal em caso de falha administrativa, a doutrina se posiciona no sentido de que:

É imperioso que o Estado exercite satisfatoriamente seus poderes, precisamente por serem também deveres. Afirmar que o Estado pode desempenhar poderes sem maior cautela ou de modo a gerar danos aos administrados equivale a negar sua natureza funcional. Corresponde a adotar a tese de que o Estado disporia de poderes puros, a ele atribuídos para satisfação egoística de suas necessidades. Essa concepção é indefensável. Tem de reconhecer-se que o exercício negligente ou evadido de imperícia por parte do Estado quanto a suas competências, de que derive prejuízos a terceiros, configura pressuposto de responsabilidade civil.

Portanto, promover uma licitação defeituosa ou configurar uma concessão inviável comportam a responsabilização civil do Estado, sem possibilidade de contraposição fundada no argumento de que a competência estatal poderia ser exercitada segundo o alvedrio e o arbítrio dos agentes públicos. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 204).

A questão se reveste de importância porque serviços públicos dizem com o atendimento de necessidades e comodidades aos usuários-consumidores em busca de bem-estar geral da coletividade, dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º da CF/88). Não se trata meramente de uma querela econômica, mas de política pública com diversos interesses envolvidos.

Com efeito, pode ser que se os custos de um atuar administrativo ineficiente forem transferidos para a classe dos usuários-consumidores, incorporando-os simplesmente ao

valor da tarifa, ocorra e caracterize ônus excessivo aos usuários-consumidores, sem respeito à modicidade tarifária prevista no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, podendo isso perfeitamente provocar a insuportabilidade do pagamento da tarifa, chegando às raias de comprometer a universalização dos serviços, de inviabilizar a própria prestação destes e, ainda, de malograr a consecução de seus fins de proporcionar o bem geral da coletividade.

A solução da revisão de preços ou do reajuste pode conduzir a resultados reputados como indesejáveis (ou, mesmo, insuportáveis) por parte do Estado. É que essa solução redundará na elevação das tarifas, o que significará oneração dos usuários. Há situações em que o valor das tarifas atingiu os limites máximos de absorção pelos usuários. A elevação acarretará efeitos insuportáveis, inclusive gerando potencial insucesso da concessão. É que, ultrapassado certo limite, a decorrência será a redução do consumo das utilidades por parte dos usuários. Logo, o efeito prático da elevação das tarifas poderá ser o forte e inevitável desincentivo à fruição do serviço público, o que equivalerá à sua supressão. Tal significa infringir os princípios fundamentais norteadores da atuação estatal. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 405).

Tem-se como possível que a responsabilidade estatal, num primeiro momento, se dê via subvenção com recursos do erário para de imediato se corrigir o erro cometido e, assim, se permitir a continuidade da prestação de serviços públicos sem ocasionar ônus à empresa concessionária e/ou aos usuários-consumidores. A subvenção é possível num cenário de inexistência de falhas na atuação estatal (JUSTEN FILHO, 2003, p. 407), não se vislumbrando óbice que dela se utilize o administrador público para solucionar problema gerado na outorga de concessão com falhas e erros, permitindo assim que não cessem os serviços públicos.

No entanto, como dito acima, esse recurso de se contornar erro ou falha estatal com subvenção com recursos do erário parece possível num primeiro momento, emergencial e para se garantir a continuidade dos serviços públicos. Não se afigura suficiente o administrador público, no entanto, se limitar a essa medida, que significaria que a própria sociedade, com a subvenção ou subsídio, arcaria com os custos do erro ou da falha estatal, porquanto verbas do tesouro público, angariadas por meio de tributos, seriam alocadas para suportar a referida subvenção ou subsídio.

O que se mostra preciso é o passo seguinte. Após a subvenção, suportada com verbas do erário, tem-se como necessária a identificação e eventual responsabilização de autores de possível ilegalidade levada a efeito em razão de agir doloso ou culposos, com o ajuizamento de ação de regresso (§ 6º do art. 37 da CF e art. 43 do Código Civil). Além de promover o ressarcimento do Estado, essa medida presta-se a desencorajar novas escolhas

ilegítimas e falhas, fomentando, como sempre deve ser, escolhas legítimas, corretas, adequadas e constitucionais, protetoras e promotoras dos direitos fundamentais.

No entanto, mesmo que por alguma razão jurídica não haja ou não ocorra ação de regresso por parte do poder público contra o agente integrante de seus quadros responsável pelo ato ineficiente, ainda assim parece que ao Estado cabe suportar as consequências e os custos de sua falha.

Com efeito, deixar de responsabilizar o Estado porque a própria sociedade, em última instância, arcaria com os custos, haja vista que ela, com o pagamento de tributos, é que suporta e subvenciona toda a administração pública, preferindo-se então transferir os custos do agir estatal írrito para os próprios usuários-consumidores, soa como solução utilitarista não vinculada ao direito. Seria a preservação do bem-estar coletivo, com a satisfação para o maior número de pessoas, com tabula rasa do direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, CF/88).

Em desfavor do utilitarismo, ademais, há a objeção, dentre outras, de não respeitar os direitos individuais. “Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo.” (SANDEL, 2015, p. 51). E diante de uma Constituição como a brasileira, que alberga os direitos fundamentais e os coloca em sua centralidade, passando a compor a essência do Estado Constitucional (SARLET, 2009, p. 58), tem-se não haver ensejo para desrespeito aos direitos individuais.

Rawls (2008, p. 34), por exemplo, não admite que direitos se sujeitem a cálculos sociais, e para tanto fornece a seguinte explicação, *verbis*:

Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundamentada na justiça ou, como dizem alguns, no direito natural, à qual nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode se sobrepor. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique com um bem maior partilhado por outros. Fica excluído o raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de várias pessoas como se fossem uma só pessoa. Por conseguinte, em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo dos interesses sociais.

Em suma, tem-se que erros e falhas estatais nas outorgas de concessão de serviços públicos recaem sobre o Estado e são de sua responsabilidade, não se mostrando juridicamente possível que seus custos e consequências sejam simplesmente repassados à empresa concessionária ou aos usuários-consumidores, sobretudo a estes últimos, que gozam do direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88) e têm a seu favor o princípio da eficiência e da boa administração pública (art. 37 da CF/88).

A evitar ou minorar assimetria de poder e informacional, bem assim imposição de interesses outros que não exclusivamente o interesse público nos processos de outorga de concessão de serviços públicos, que levam à ineficiência administrativa e à responsabilidade estatal, acredita-se ser a democracia, em toda a atividade de se transferir à iniciativa privada a prestação de comodidades e utilidades essenciais aos usuários-consumidores, a trilha a ser buscada e seguida, pelo que o seu exame passa a ser feito no capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 3

### 3 DEMOCRACIA NO PROCESSO DE OUTORGA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

#### 3.1 O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA

Tratar sobre democracia em seções de um capítulo de trabalho acadêmico pode parecer pouco e também um tanto arriscado, isso em razão da extensão e da importância que o tema reúne em torno de si. Ademais, a democracia possui significados distintos para povos diversos, em diferentes tempos e em variados lugares (DHALL, 2001, p. 13), não lhe sendo possível, justo por isso, um juízo incontestável, evidente ou apodítico.

A insuficiência da abordagem de um tema tão complexo como é a democracia pode, por isso, ser a tônica. Além disso, pode parecer pretensioso iniciar a aproximação referindo-se ao “desenvolvimento da democracia”, como está anotado acima, porque pode dar a entender a necessidade de uma digressão histórica completa e exaustiva, culminando com um axioma sobre a “verdadeira” democracia na contemporaneidade, o que definitivamente não se pretende aqui.

O que se almeja, em verdade, é algo modesto. Nas linhas que vão adiante, o desenvolvimento da democracia que se busca apresentar é muito mais panorâmico, com referências aos seus traços básicos desde o período clássico até os dias atuais, quando o termo adquiriu “[...] uma dimensão que ultrapassa o significado específico de ‘forma de governo’ (‘governo do povo, pelo povo e para o povo’) para indicar um modo de ser e de pensar.” (ABBAGNANO, 2012, p. 277).

Muito mais do que uma sentença ou um postulado a se atribuir à democracia, é a cultura democrática – o modo de ser e de pensar democraticamente, uma das características da democracia na contemporaneidade – que parece despertar certo interesse para o processo de outorga de concessão de serviço público, com a adoção neste trabalho, entretanto, da teoria ferrajoliana da democracia constitucional, que se afigura adequada e em conexão com tudo quanto já anotado neste estudo.



### 3.1.1 A democracia em perspectiva ampla<sup>12</sup>

Nesta seção, a democracia a ser tratada é a do sentido político e em perspectiva ampla, isso tanto no que se refere à sua abordagem analítica e histórica, vista em termos gerais e sem pormenores, quanto no que diz com sua aproximação conceitual, isto é, de uma democracia ampla, de larga escala e geral, em contraposição a microdemocracias, específicas e setoriais, como a social, a econômica e outras mais (SARTORI, 1987, v. 1, p. 28). A noção da ideia democrática, acredita-se, basta para os fins deste trabalho.

Essa perspectiva ampla não quer dizer, de forma alguma, que democracias específicas e setoriais não sejam importantes. Não é isso que se espousa neste trabalho, até porque o presente capítulo trata de democracia no processo de outorga de concessão de serviço público, uma espécie de democracia. Quer dizer apenas que há de se extrair uma noção geral da democracia para depois se ter contato com outras democracias específicas e setoriais, desse modo, acredita-se, melhor entendendo-as.

Nessa senda e partindo-se da gênese, a democracia antiga relacionava-se com a *polis*, que não era um “Estado” como concebido na atualidade, mas uma cidade-comunidade. Os homens eram a própria cidade, havendo autogoverno real. O descolamento entre comunidade e cidade, entre homens e cidade, se deu somente a partir do pensamento de Maquiavel, que reificou o Estado e o tornou uma entidade impessoal (SARTORI, 1987, v. 2, p. 35).

[...] à medida que “Estado” entrou em voga como termo político, passou a ser cada vez menos coextensivo a *res publica* (a sociedade politicamente organizada como um todo) e identificado cada vez mais estritamente com as estruturas de comando (autoridade, poder, coerção) impostas à sociedade.

Assim, se os gregos tivessem concebido o Estado como nós, a noção de “Estado democrático” lhes teria parecido uma contradição em termos. O que caracterizava a democracia dos antigos era exatamente o fato de *não ter um Estado* – de ter menos Estado, poderíamos dizer, que qualquer outra forma possível de *polis*. (SARTORI, 1987, v. 2, p. 35-36, grifo do autor).

Nesse relacionamento com a *polis*, a democracia do período clássico, numa perspectiva geral e no que se refere ao pensamento político, se tratava de uma das formas de

---

<sup>12</sup> Parte da presente seção, especificamente à que se refere às correntes organicista e mecanicista da sociedade e do Estado, tem por base, com algumas alterações e acréscimos, apontamentos contidos no seguinte trabalho: ALMEIDA, Luiz Eduardo Lemos de. *Afirmção, especificação e multiplicação dos direitos humanos frente às concepções organicista e mecanicista de Estado*. Comunicação oral feita à sessão “Norberto Bobbio e os direitos humanos” da I Semana Norberto Bobbio – Democracia e Direitos Humanos, organizada pela Unesp, PUC/SP e Instituto Norberto Bobbio e realizada, de 23 a 25 de agosto de 2015, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. O trabalho, em forma de artigo completo, foi submetido à Revista Aurora para publicação e encontra-se em fase de edição.

governo. Não que se resumia, apenas e exclusivamente, a uma das formas de governo, posto que a complexidade em torno de si era enorme (GOYARD-FABRE, 2003, p. 18). De qualquer maneira, como uma das formas de governo, Abbagnano (2012, p. 277, grifo do autor) aponta e esclarece o seguinte:

*Na Antiguidade e na Idade Média* a D. (mesmo com outro nome) era uma das três formas positivas de governo; com efeito, segundo a repartição política clássica (governo de um, de poucos e de muitos), cada forma de governo pode apresentar-se de modo positivo (respectivamente: monarquia, aristocracia e D.) quando quem governa visa ao bem comum, ou de modo negativo (respectivamente: tirania, oligarquia e demagogia), quando quem governa cuida do seu próprio interesse [...].

As três formas virtuosas de governo acima referidas tem por fundamento a tradição aristotélica. É em tal tradição – governo de um, de poucos e de muitos – que a democracia é tida como o governo do povo, tendo sido “[...] os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratos*, governar.” (DHAL, 2001, p. 23), muito embora em Atenas nem todos gozavam do direito de cidadania, mas apenas homens maiores de dezoito anos. Mulheres, estrangeiros e escravos, a maioria da população ateniense, eram excluídos do direito de cidadania, de modo que não votavam na *Ágora* (democracia direta e não representativa) e, por isso, não decidiam publicamente sobre as questões locais (GOYARD-FABRE, 2003, p. 20-21).

Ainda assim, a democracia era o governo e o poder do povo, porque o termo “povo” interpreta-se como a maioria alcançada em instâncias deliberativas. No entanto, uma maioria que tem de considerar e respeitar a(s) minoria(s), sem se mostrar absoluta, mas limitada exatamente pelos direitos da(s) minoria(s), que sempre devem ser salvaguardados. “Estabelecer o direito absoluto da maioria de impor sua vontade sobre a minoria, ou minorias, equivale a estabelecer um controle funcional que funciona, a longo prazo, contra o próprio princípio que celebra.” (SARTORI, 1987, v. 1, p. 45).

A forma de governo democrática, no entanto, nem sempre foi entendida como boa e virtuosa (BOBBIO, 1997, v.1, p. 320). Nem sempre foi interpretada como melhor do que as duas outras formas positivas de governo (monarquia e aristocracia). O próprio Aristóteles, para quem o *demos* “[...] não era constituído por todas as pessoas, mas por uma parte do todo: o estrato dos pobres.” (SARTORI, 1987, p. 38, v. II), condenava o governo dos pobres apenas para os pobres, e não para toda a comunidade.

Platão, por sua vez, criticou a democracia ao sustentar que o governo incumbia não ao povo, mas aos filósofos formadores de uma aristocracia (GOYARD-FABRE, 2003, p.

78 e 85), posto que no seu juízo os filósofos eram mais capacitados para governar, mais talhados para atender e cuidar do interesse do todo, da coletividade.

Durante séculos, de Platão a Hegel, a democracia foi condenada como forma de governo má em si mesma, por ser o governo do povo e o povo, degradado a massa, a multidão, a plebe, não estar em condições de governar: o rebanho precisa do pastor, a chusma do timoneiro, o filho pequeno do pai, os órgãos do corpo da cabeça, para recordar algumas das metáforas tradicionais. (BOBBIO, 1986, p. 100).

Por essas e outras objeções é que a democracia nem sempre foi tida como a melhor forma de governo. Aliás, o juízo pejorativo sobre a democracia vingou por aproximadamente vinte séculos e não foi fácil vencê-lo (GOYARD-FABRE, 2003, p. 36-37). Somente na modernidade é que a democracia emplacou como forma de governo preferida, tendo se tornado um ideal reconhecido universalmente, bem assim um dos valores fundamentais da ONU<sup>13</sup>.

De qualquer forma, desde a Antiguidade até a contemporaneidade, a democracia como regime de governo diz, de modo básico e resumido, com os conceitos de soberania popular, igualdade e autogoverno. Esses três conceitos são tomados como critérios da democracia que reconhecidamente são também condição para a liberdade do homem (GOYARD-FABRE, 2003, p. 212).

No mesmo sentido, mas decompondo os três critérios acima de modo a transformá-los em cinco, Dahl (2001, p. 49-50) aduz que para um governo ser democrático há de se observar o seguinte: a) participação efetiva, com oportunidades iguais e efetivas de opiniões; b) igualdade de voto, com todos os membros tendo as mesmas oportunidades de votar e com todos os votos sendo contados de forma igual; c) entendimento esclarecido, com cada membro tendo igual e real oportunidade de aprender sobre propostas, políticas e consequências; d) controle do programa de planejamento, com os membros decidindo, de forma exclusiva, como e quais questões devem ser colocadas no planejamento; e) inclusão dos adultos, com todos ou a maioria dos adultos tendo o direito de cidadãos e de efetiva participação.

De outro lado, apesar de haver consenso quanto às diferenças entre a democracia do período pré-moderno e a democracia concebida a partir da modernidade, ainda assim há na base da democracia princípios trans-históricos, que para Goyard-Fabre (2003, p. 42, grifo da autora) são, principalmente: “[...] as noções conjugadas de *Constituição* e de *política*, de *povo* e de *cidadania*, de *lei* e de *legalidade*.”

---

<sup>13</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/ação/democracia>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

Antes de dedicar algumas considerações sobre os mencionados princípios trans-históricos da democracia, uma diferença entre a democracia de outrora e a atual, merecedora de registro, é a de que no período clássico não havia uma noção positiva do indivíduo, enquanto pessoa e com liberdade individual, posto que imperava apenas a ideia de cidadão devotado ao organismo coletivo, para os interesses da comunidade e para as decisões coletivas.

[...] a diferença básica entre a concepção antiga de liberdade e a moderna reside precisamente em acreditarmos que um homem *é mais* que um cidadão de um Estado. Segundo nossa concepção, um ser humano não pode ser reduzido à sua cidadania. Para nós, um homem não é apenas um membro de um *plenum* coletivo. Daqui se conclui que nossos problemas não podem ser resolvidos por um sistema que só garante que o exercício do poder seja coletivo. A democracia moderna propõe-se proteger a liberdade do indivíduo *enquanto pessoa* – uma liberdade que não pode ser entregue, como dizia Constant, a “sujeição do indivíduo ao poder do todo.” (SARTORI, 1987, v. 2, p. 45, grifo do autor).

Realmente, na filosofia do período clássico a sociedade – o Estado em termos políticos ainda não era nem mesmo pensado – era tida como um todo unitário de valor primário, fundamental, representativo de uma realidade superior e subsistente por si mesmo (BONAVIDES, 2000, p. 55). Era uma sociedade organicista ou holística, porque em termos morais, a normatividade tinha a função de zelar e proteger, antes e muito mais, a sociedade, isto é, o grupo em seu conjunto. O indivíduo, considerado singularmente, vinha em segundo plano (BOBBIO, 2004, p. 53). Isso de certo modo acabou por atingir a democracia, voltada que era mais para interesses da comunidade e para as decisões coletivas.

No entanto, quando o indivíduo passou a ser considerado mais importante, se sobrepondo à sociedade e ao Estado, exurgiu a corrente mecanicista ou individualista. Nesta, o indivíduo tem fins autônomos e possui mais valia do que o todo. Para os mecanicistas ou individualistas, “[...] o indivíduo é a unidade embriogênica, o centro irredutível a toda assimilação coletiva, o sujeito da ordem social, a unidade que não criou nem há de criar nenhuma realidade mais, que lhe seja superior [...]” (BONAVIDES, 2000, p. 55).

Sobre essa questão, Bobbio (1986, p. 13) fornece a seguinte consideração:

Jamais será suficientemente advertido, contra toda tentação organicista recorrente (não estranha ao pensamento político de esquerda), que a doutrina democrática repousa sobre uma concepção individualista da sociedade. [...] Isso explica porque a democracia moderna se desenvolveu e hoje exista apenas onde os direitos de liberdade foram constitucionalmente reconhecidos.

Mas o individualismo ou mecanicismo, enquanto consideração do sujeito, do cidadão, do homem como uma pessoa dotada de um “eu privado” a ser respeitado e garantido como direito, adveio somente “[...] com o cristianismo e foi subsequentemente desenvolvido pela Renascença, pelo protestantismo e pela escola moderna do direito natural.” (SARTORI, 1987, v. 2, p. 43), de modo que realmente não podia ser considerado e levado em conta no período clássico. No entanto, essa filosofia individualista acabou absorvida pela democracia, forjando a democracia liberal moderna que exalta a liberdade do homem, liberdade esta tida como “[...] uma aquisição da democracia, não um produto seu.” (SARTORI, 1987, v. 2, p. 74).

A democracia, como se vê, se transformou. Se antes dizia com a concepção organicista de sociedade, agora se identifica muito mais com a ideia de uma sociedade mecanicista ou individualista. À democracia se juntou a liberdade, forjada com o Renascimento, com sua base na ideia de humanismo e de antropocentrismo, e reafirmada com a Revolução Francesa (1789), com os direitos humanos e com os direitos fundamentais. Essa liberdade do homem associada à democracia, numa ótica mecanicista de sociedade, propiciou enormemente a discussão, o dissenso, a diferença e a diversidade em questões políticas.

Acima de tudo, as democracias modernas estão relacionadas e condicionadas pela constatação de que a dissensão, a diversidade e as “partes” (as partes que se transformaram em partidos) não são incompatíveis com a ordem social e o bem-estar do organismo político. A gênese ideal de nossas democracias está no princípio de que a diferença, e não a uniformidade, é a levedura e o alimento dos Estados [...]. (SARTORI, 1987, v. 2, p. 48).

O cuidado que deve haver, no entanto, é não permitir que a doutrina liberal em seu sentido puro, concebida no iluminismo para as liberdades individuais e para limitar o poder, domine e diminua a ideia democrática. É importante ter claro que à democracia positivamente se juntou a liberdade. Esta só pode ser concebida, então, em sua dinâmica igualitária, só pode ser tomada como liberdade igual para todos, sem a qual seria um fenômeno contraditório (GOYARD-FABRE, 2003, p. 226-227 e 275).

Isso não impediu, no entanto, que persistisse a defesa do pensamento liberal clássico, dos direitos do homem e da esfera privada, de um lado, e a defesa dos assuntos públicos, que invadem e regulam a vida privada dos indivíduos, de outro lado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 294-296). O importante é que a liberdade anexada à democracia é aquela igualitária, que só pode ser concebida como liberdade igual para todos.

Nada obstante a diferença que há entre a democracia moderna e àquela do período clássico, na base da democracia pura estão, como dito acima, os seguintes princípios trans-históricos: constitucionalidade, cidadania e legalidade. A estes, algumas considerações devem ser feitas, como antes registrado, sendo o que se propõe este trabalho na seção seguinte.

### **3.1.2 Princípios da democracia: constitucionalidade, cidadania e legalidade**

Na Antiguidade, a ideia de Constituição associava-se à de política. Não se tratava de uma Constituição formal e escrita, de norma superior do Estado, como na modernidade. No período clássico, a Constituição era o fundamento da política na qual o povo era o centro de tudo; era a política, a própria existência e funcionamento da Cidade-Estado (GOYARD-FABRE, 2003, p. 42-45). “O axioma básico da Constituição democrática dos atenienses é, com efeito, a participação de todos os cidadãos na organização e no funcionamento da Cidade-Estado.” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 45).

O constitucionalismo tornou-se a forma liberal de proteção da cidadania (SARTORI, 1987, v. 2, p. 70). Nele está, como na legalidade, a garantia de um cidadão livre. Aliás, trata-se de uma forma de legalidade, do Estado baseado na lei. O registro que deve ser feito – até porque o constitucionalismo, relacionado à democracia contemporânea, será tratado em separado na seção 3.1.3 – é o de que no período clássico a constitucionalidade dizia com a possibilidade e a capacidade de o cidadão interferir e decidir diretamente sobre assuntos e interesses da comunidade em que vivia.

Acerca da cidadania, outro princípio democrático, na Antiguidade significava o poder do povo, com democracia direta, e não a vontade do povo como fonte do poder, com democracia representativa, sua marca na atualidade (DHALL, 2001, p. 21-27). “Ainda assim, em toda democracia o ‘povo’ é motor principal do modo de governo.” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 46). Há uma essência transtemporal da cidadania: é nela, no corpo de cidadãos, que está a soberania de princípio da democracia (GOYARD-FABRE, 2003, p. 49).

A legalidade é outro princípio da democracia e indissociável à democracia, identificado desde o período clássico e presente até os dias de hoje. Na legalidade assentavam-se regras para que legisladores organizassem a Cidade-Estado. Mais do que isso, o conjunto de leis foi visto como a pedra angular do regime democrático, que cabia defender a lei e que só se sustentava pelo respeito às leis (GOYARD-FABRE, 2003, p. 50-51).

Com a liberdade política, entendida como ausência completa de impedimentos e restrições para o exercício da cidadania e, além disso, como proteção aos indivíduos e

governados para resistirem e oporem-se a eventuais abusos estatais ou do poder dos governantes, tudo para permitir que escolhas sejam feitas (SARTORI, 1987, v. 2, p. 63-69), a legalidade ganhou destaque por se tratar de instrumento de salvaguarda de um cidadão livre.

Afinal, o que exigimos da liberdade política é proteção. Como obtê-la? Em última instância, desde o tempo de Sólon até hoje, a solução foi buscada na obediência às leis, e não aos detentores do poder. Como disse Cícero de forma eloquente, *legum servi sumus ut liberi esse possimus*, servimos à lei para podermos ser livres. (SARTORI, 1987, v. 2, p. 70).

Eis acima o delineamento dos princípios trans-históricos da democracia, quais sejam, constitucionalidade, cidadania e legalidade. Nada obstante a alteração ocorrida ao longo do tempo acerca de seus significados, estiveram e estão sempre presentes no pensamento político acerca da democracia. É neles que está a estrutura de qualquer forma de democracia.

### **3.1.3 Democracia constitucional e direito fundamental à defesa do consumidor**

Na modernidade, o direito estabelece constitucionalmente as bases de apoio da democracia que autoridades e instituições estatais têm de se sujeitar, sendo que “[...] dessa concepção de democracia, o *estado de direito* é a forma jurídica acabada.” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 277). A legitimidade democrática do poder passou, a partir do século das Luzes, a assentar-se na legalidade, no que é jurídico e de direito, no que é constitucionalmente objeto de tratamento (GOYARD-FABRE, 2003, p. 280-281).

O direito jurisprudencial pré-moderno, que consistia em máximas e princípios da cultura, da jurisprudência e da doutrina, com sua norma de reconhecimento sendo a justiça ou a racionalidade, e com confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, porque o jusnaturalismo era a filosofia que refletia essa experiência (FERRAJOLI, 2015, p. 18), não encontrou ocasião para que na modernidade continuasse como modelo de direito.

O modelo legislativo é que primeiramente se apresentou e se firmou na era moderna, com a característica de a produção normativa ser monopólio estatal e com sua norma de reconhecimento sendo o princípio da legalidade, com a existência e validade das normas identificáveis com base na forma de produção, sem qualquer consideração sobre o seu conteúdo, e com separação entre direito e moral, entre validade e justiça, porque o juspositivismo é a filosofia dessa experiência (FERRAJOLI, 2015, p. 19).

Na sequência do modelo legislativo adveio o modelo constitucional ou neopositivista, com a própria legislação dobrando-se ao direito, com o Estado Legislativo de Direito cedendo passo ao Estado Constitucional de Direito porque Constituições rígidas passaram a servir de parâmetro de validade da ordem jurídica vigente (FERRAJOLI, 2015, p. 19-20).

Com base neste modelo, enquanto a existência ou a vigência das normas continua a depender da sua *forma* de produção, cuja norma de reconhecimento continua sendo o velho *princípio da legalidade formal*, a sua validade depende também da sua *substância* ou conteúdo, cuja norma de reconhecimento consiste no *princípio da legalidade substancial*, que a vincula à coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2015, p. 19-20, grifo do autor).

Nesse sentido da legalidade e da constitucionalidade, do Estado Constitucional de Direito, o Estado e suas autoridades se submetem às conquistas que os indivíduos lograram escrever nas Constituições, com os direitos e garantias fundamentais, em particular e precisamente, servindo de regulação e baliza para toda atividade estatal, inclusive a legislativa. Há o primado do constitucionalismo, através do qual a própria democracia se revela, se expressa e se legitima.

Sob o pálio do modelo constitucional, os legisladores encontram-se limitados pelo constitucionalismo. Não são livres nem possuem poderes incontidos para fazer o que bem entenderem. O modo de legislar é ditado por procedimentos previstos na Lei Maior e os direitos fundamentais restringem as matérias objeto de deliberação parlamentar. O produto do Legislativo deve sempre se harmonizar com os direitos fundamentais. Esse pensamento, ferrajoliano, encontra correspondência no seguinte registro de Sartori (1987, v. 2, p. 90):

Para sermos governados pelas leis, ou através das leis, os próprios legisladores têm de se submeter à lei. Esse é, obviamente, um empreendimento formidável, difícil e sempre precário. O problema tem de ser enfrentado, dentro do Estado constitucional, arranjando o procedimento legislativo de tal maneira que a “forma da lei” implique também um controle de seu conteúdo.

Com o constitucionalismo servindo de parâmetro para atuação legislativa, que se sujeita a controle de constitucionalidade pela jurisdição, à administração pública parece inexistir qualquer razão para não se aplicar o mesmo parâmetro. Com efeito, afigura-se não haver justificativa alguma para atuação de órgãos estatais administrativos sem se sujeitar a controle de legalidade e de constitucionalidade. “Se a lei em sua forma e conteúdo se submete



ao exame de constitucionalidade, com maior razão o ato administrativo não pode ficar imune ao controle de sua legalidade/constitucionalidade.” (ABBOUD, 2014, p. 165).

Nas modernas democracias constitucionais, decisões políticas fundamentam-se não no poder ilimitado do povo ou de seus representantes, mas nos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A democracia exige o princípio de maioria limitada para permitir justamente que maiorias possam se transformar em minorias e vice-versa, garantindo assim que a própria democracia vingue e tenha durabilidade (SARTORI, 1987, v. 1, p. 45).

Nos direitos fundamentais constitucionalmente previstos residem os verdadeiros limites e vínculos substanciais das decisões de qualquer maioria. Há isomorfismo entre direito e sistema político, de modo a se reconhecer e impor uma dimensão substancial acerca das decisões produzidas. Somente o que não se insere no catálogo de direitos fundamentais é que se insere na chamada esfera do decidível (FERRAJOLI, 2015, p. 38 e 46-48).

Princípio da maioria e liberdade da empresa, discricionariedade pública e disponibilidade privada, deliberação de políticas públicas e autodeterminação econômica são, em suma, regras que presidem a esfera do decidível. Mas encontram, no paradigma constitucional, limites e vínculos insuperáveis na esfera do indecidível desenhada pelas normas substanciais sobre os direitos fundamentais [...]. (FERRAJOLI, 2015, p. 58).

Por isso e nesse sentido é que se apontou acima, ao longo das seções do segundo capítulo deste trabalho, que o direito administrativo foi constitucionalizado de modo a se pautar pelos direitos fundamentais; que interesse público, eficiência administrativa, escolhas legítimas e boa administração pública somente se dão com o cumprimento e realização dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, dos fins e objetivos constitucionalmente estabelecidos, e dos princípios e valores contidos na Constituição.

O direito fundamental à defesa do consumidor, enquanto função promocional-transformadora do Estado (Cf. seção 1.3.1) e norma-objetivo (Cf. seção 1.3.2), enquanto princípio regulativo que impõe aos órgãos estatais o dever de agir (Cf. seção 1.3.3) – norma fundamental de *status positivus* –, faz com que tal direito se insira na esfera do indecidível, isto é, que fique imune a vontades e decisões de maiorias, bem assim a decisões políticas.

Em primeiro plano, o que se apresenta é o respeito, o cumprimento efetivo dos direitos fundamentais, que limitam e controlam todos os poderes, ações e decisões. Não se mostra possível, nessa ordem de ideias, que uma maioria qualquer ou um agente público eleito, com representatividade popular, decida contra direitos fundamentais integrantes de um sistema jurídico marcado pela rigidez constitucional. Aliás, a observância das garantias

constitucionais é que preserva e proporciona a própria democracia constitucional (FERRAJOLI, 2015, p. 67-70).

Nesse sentido, diante da existência, validade, incidência e aplicação de um texto normativo constitucional ou infraconstitucional que veicule matéria afeta a direitos fundamentais, parece não haver possibilidade, sob pena de desconsideração do próprio Estado Constitucional de Direito e da democracia, que administradores públicos atuem de acordo com conveniência e oportunidade, de acordo com discricionariedade plena que acabe por desbordar para arbitrariedade.

Diante de direitos fundamentais, afigura-se não haver meios para ressonância, em qualquer um dos poderes públicos, de decisão de maiorias que os confronte e os viole. Direitos fundamentais, “[...] precisamente porque são direitos de todos e de cada um, não podem ser suprimidos nem limitados pela maioria. Na verdade, a maioria não pode dispor daquilo que não lhe pertence.” (FERRAJOLI, 2015, p. 87). Os direitos fundamentais, diga-se novamente, limitam e controlam todos os poderes, ações e decisões.

Nada obstante essa inteligência que atribui significado normativo à democracia, a participação social, por meio da democratização da atuação estatal, é importante porque ao menos parte da vida social pode ser determinada por decisões da maioria. É importante, no caso de outorga de concessão de serviço público, para informar o verdadeiro e autêntico interesse público – que não parece ser meramente formal, genérico e vago –, para incrementar discursos de aplicação do direito e para auxiliar e orientar a tomada de decisões administrativas ótimas e eficientes.

É que a legitimação dos poderes, das ações e das decisões, diga-se uma vez mais, decorre de duas fontes que marcam o direito moderno: (i) a constitucionalização; e também (ii) a democratização. Não radica a legitimação, assim, somente e exclusivamente no direito. Radica a legitimação também, em harmonia com os direitos fundamentais, na democratização.

A democracia no processo de outorga de concessão de serviço público tratada neste capítulo, assim, é a de um sistema constitucional rígido contemplador de um catálogo de direitos fundamentais que não pode ceder a vontades e decisões de uma maioria ou de representantes populares eleitos, mas também é, como se verá na seção seguinte, a que prestigia a pluralidade e proporciona o dissenso, que dá vez e voz aos cidadãos e ao terceiro setor para que estes dialoguem com órgãos estatais e contribuam para informar o interesse público.

### 3.1.4 O agir comunicativo habermasiano e a democracia no processo de outorga de concessão de serviço público

A democracia constitucional, conforme apresentada na seção anterior, parece admitir convivência com o agir comunicativo habermasiano até o ponto em que essa teoria busca e trata do consenso. Com corte metodológico a fim de se apropriar de parte das ideias de Habermas sobre o agir comunicativo e sua democracia deliberativa, até o limite, repita-se, do ponto de defesa do consenso – porque neste trabalho o referencial é o da democracia constitucional ferrajoliana, que limita e condiciona qualquer acordo –, não quer isso significar distorção nem mesmo pretensão alguma de alteração do pensamento habermasiano, mas sim um cuidado voltado a impedir o sincretismo teórico de posições científicas que na sua totalidade se mostram incomunicáveis.

O que se pretende é extrair algumas noções e, por assim dizer, certos fundamentos do agir comunicativo e aplicá-los nos processos de outorga de concessão de serviços públicos, principalmente nas oportunidades discursivas da consulta pública e da audiência pública, estas já tratadas na seção 2.1.6 desta dissertação, para num segundo momento, necessariamente, ser dispensado o tratamento constitucionalmente adequado às discussões se delas forem verificadas e tiradas questões jurídicas.

A marca da obra de Habermas é a racionalidade comunicativa voltada para o consenso em relações intersubjetivas. Tem-se que a compreensão da teoria habermasiana exige considerações retrospectivas mínimas acerca da filosofia ocidental. Isso se afigura condição de possibilidade para se entender Habermas, que a partir da razão comunicativa constrói as bases da normatividade jurídica e da sua democracia deliberativa. Nas linhas abaixo, buscar-se-á cumprir esse pré-requisito.

No pensamento ocidental, coube a Platão a descoberta do suprassensível, no qual o conceito de “conhecimento verdadeiro” assume um papel fundamental, entendido como critério lógico que deve atestar o que realmente existe e o que é ilusório. O mundo sensível (o mundo físico) não pode ser, segundo os pressupostos do critério lógico, objeto do conhecimento verdadeiro devido à constante transformação à qual é submetido. É somente no mundo das ideias, que pode ser retratado no conhecido mito da caverna, que tal conhecimento se faz factível (KRASTANOV, 2015, informação verbal<sup>14</sup>; ABBAGNANO, 2012, p. 892).

---

<sup>14</sup> KRASTANOV, Stefan Vasilev. Explicação verbal. Aulas da disciplina Filosofia Geral: Problemas Metafísicos I, do curso de graduação em Filosofia – Licenciatura, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2015.

A filosofia de Kant, por sua vez, prioriza a razão pura. Nesta, a ideia de pureza é entendida como isenção de qualquer conteúdo empírico. Com isso, o sujeito transcendental é colocado como protagonista, como sujeito pensante, como plenamente ativo em relação ao objeto. Isso representa praticamente a descoberta do sujeito como agente, como protagonista em relação ao conhecimento. É o sujeito transcendental que determina a verdade. Antes de Kant, o objeto é que era protagonista, sendo a razão secundária e o sujeito meramente passivo (KRASTANOV, 2015, informação verbal<sup>15</sup>).

No representacionismo, como o de Platão, o intelecto se ajusta e se adapta ao objeto. Em Kant isso é invertido, com o objeto se adequando ao sujeito, o que representa uma verdadeira revolução copernicana. Do paradigma S (sujeito) ← O (objeto), para S (sujeito) → O (objeto). Enquanto o objeto determinava o sujeito, não era possível o conhecimento *a priori*, porque o objeto já estava dado (KRASTANOV, 2015, informação verbal<sup>16</sup>).

No entanto, o giro linguístico ocorrido na filosofia conferiu uma nova inteligência teórica que pôs de lado qualquer contradição entre o ideal e o real, impugnando a filosofia da consciência inaugurada com o pensamento kantiano. A tal respeito, aponta Habermas (2012, v. 1, p. 55):

Após a guinada analítica da linguagem, levada a cabo por Frege e Peirce, foi superada a oposição clássica entre ideia e realidade, típica da tradição platônica, interpretada inicialmente de modo ontológico e, a seguir, segundo os parâmetros da filosofia da consciência. As ideais passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões linguísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade.

Abboud (2014, p. 213) sintetiza as mudanças paradigmáticas ocorridas na filosofia dizendo que elas acabam necessariamente por refletir no direito, não podendo haver descolamento e ruptura de uma área do saber da outra. Preconiza o autor em questão:

[...] o direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, na “terceira” etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com as coisas; na metafísica moderna, com a mente, com a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, a linguagem. Não há essências, tampouco definimos a realidade a partir de nossa consciência *assujeitadora do mundo*. O mundo não é um conjunto de objetificações. (Grifo do autor).

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> KRASTANOV, Stefan Vasilev. Explicação verbal. Aulas da disciplina Filosofia Geral: Problemas Metafísicos I, do curso de graduação em Filosofia – Licenciatura, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2015.

É com o giro linguístico ocorrido na filosofia que Habermas coloca a linguagem no centro gravitacional do processo de conhecimento. Para ele, o sujeito não se amolda ao objeto nem o objeto se ajusta ao sujeito. O que o filósofo alemão prega é o dialogismo, com a dispensa do paradigma do sujeito (Sujeito → Objeto), construído sobre uma racionalidade “vertical” e do ponto de vista do observador, para em seu lugar se firmar o paradigma da racionalidade comunicativa (Sujeito ↔ Sujeito), forjado com fundamento numa racionalidade “horizontal” e do ponto de vista do participante. Nisso, a passagem da metafísica para a pragmática.

A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino do inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala, portanto no coração da prática comunicativa cotidiana [...]. (HABERMAS, 2012, p. 37, v. I).

Para a filosofia de Habermas, o homem ocidental moderno, como ser de linguagem, é capaz de se comunicar intersubjetivamente e de se valer de discussões e argumentos com vistas ao consenso, de modo a não mais se curvar à hierarquia de natureza divina de sociedades tradicionais. Aliás, para o autor alemão em análise, nas sociedades modernas o vínculo social não decorre de qualquer ordem preestabelecida, mas sim justamente do consenso. A palavra humana, a linguagem do indivíduo, se apresenta, dessa forma, como que demiurgo (DUPEYRIX, 2012, p. 16, 34-35 e 40).

Assim, na razão comunicativa está contida a linguagem como coordenadora da ação de vários atores, como fonte primária da integração social. Quando “[...] as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social.” (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 36).

Nessa senda, a filosofia da consciência não tem espaço algum e é totalmente refutada por Habermas. No pensamento do referido autor, não há oportunidade para o solipsismo, para o monólogo interior, para uma posição autocentrada. Sua aposta é, ao contrário, no diálogo, na intersubjetividade e numa comunicação que permita sempre a troca de perspectivas, com descentramento e recuo crítico por aquele que discute (DUPEYRIX, 2012, p. 44). Eis as palavras do autor:

Se pudermos pressupor por um momento o modelo da ação orientada ao entendimento [...], deixa de ser *privilegiada* aquela atitude objetivante em que o sujeito cognoscente se dirige a si mesmo como a entidades no mundo. Ao contrário, no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos

participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo. (HABERMAS, 2002, p. 414, grifo do autor).

É importante ter presente que o autor alemão prioriza a racionalidade voltada para o entendimento, para o consenso, e não, em absoluto, a racionalidade dirigida ao êxito. Esta última, uma racionalidade cognitiva-instrumental, “[...] tem a conotação de uma autoafirmação com êxito no mundo objetivo possibilitada pela capacidade de manipular informadamente e de adaptar-se inteligentemente às condições de um contexto contingente” (HABERMAS, 1987 apud BOLZAN, 2005, p. 84).

Na racionalidade cognitiva-instrumental, o que conta é o ponto de partida da argumentação. Já na racionalidade comunicativa, voltada para o entendimento, o que conta é justamente o ponto de chegada da argumentação, num progresso da razão pela força do melhor argumento (DUPEYRIX, 2012, p. 49-50).

A racionalidade comunicativa de Habermas é por ele próprio descrita da seguinte forma:

[...] possui conotações que em última instância remontam à experiência central da capacidade de reunir sem coações e de gerar consenso que tem uma fala argumentativa em que diversos participantes superam a subjetividade inicial dos seus respectivos pontos de vista e perante uma comunidade de convicções racionalmente motivadas se asseguram por sua vez da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade do contexto em que se desenvolvem suas vidas. (HABERMAS, 1987 apud BOLZAN, 2005, p. 84-85).

Com a linguagem no centro do processo de conhecimento, Habermas pensa e defende a racionalidade comunicativa como sendo “[...] uma nova formulação reflexiva e crítica da razão filosófica capaz de oferecer alternativas de ação que possibilitem o resgate, a renovação e a promoção da racionalidade na sua multiplicidade de formas e vozes.” (BOLZAN, 2005, p. 16). Para que o melhor argumento tenha força e prospere, há exigência de uma “situação ideal de fala”, que diz com o “[...] uso da linguagem sem coação interna ou externa, simetria de posições entre proponentes e oponentes no panorama da comunicação.” (BOLZAN, 2005, p. 79).

A razão comunicativa, base do pensamento de Habermas, acaba por fundar concepções discursivas do direito e da democracia para o autor tedesco. Em *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, o autor sustenta ser a legislação posta a forma de regulação da convivência em busca de estabilidade social. Mas a validade/legitimidade das leis gerais, da legislação posta, se obtém somente por meio de um processo jurídico de normatização que seja discursivo e performático. É por meio desse processo democrático, por

esse processo de política deliberativa, que leis jurídicas podem obter o assentimento de todos os parceiros do direito (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 113-114 e 145).

A regulamentação por meio do direito, de forma institucional, se dá pela participação e comunicação dos próprios integrantes da comunidade, fazendo destes, a um só tempo, autores e destinatários de normas jurídicas, dando a si próprios suas leis. “A ideia de autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito.” (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 157).

Para Habermas, se o procedimento de tomada de decisão respeitar a discussão e a política deliberativa, carregado estará de legitimidade democrática. Se não respeitar, ilegítimo se apresentará. A legitimidade, assim, exsurge do processo de formação da vontade de todos, e não simplesmente da vontade de todos. “O paradigma procedimental defendido por Habermas propõe, portanto, deslocar a carga de legitimação democrática dos corações dos cidadãos para os procedimentos de deliberação e de decisão.” (DUPEYRIX, 2012, p. 158).

A fase última do procedimento é a tomada de decisão, que no pensamento habermasiano tem de ser consensual, com concordância sobre o melhor argumento que então tem de triunfar. E é exatamente até esse momento, como dito no início desta seção, e que aqui se repete para se evitar uma possível interpretação de haver sincretismo de teorias, que se apresenta o interesse pela tese de Habermas para os propósitos deste trabalho, cujo referencial é a democracia constitucional ferrajoliana, que limita e condiciona qualquer acordo, qualquer consenso, havendo isomorfismo entre direito e sistema político, de modo que somente aquilo que não integra o catálogo de direitos fundamentais é que integra a esfera do decidível (FERRAJOLI, 2015, 38 e 46-48).

O relevante é que no processo de outorga de concessão de serviço público haja, nas comunicações que ocorrem institucionalmente por meio de consulta e audiência públicas, o seguinte: discurso; dialogismo; descentramento de posições; troca de perspectivas; situação ideal de fala; simetria de poderes entre os falantes e recuo crítico por parte dos que se comunicam. O importante é que esses fundamentos do agir comunicativo se façam presentes no processo de outorga de concessão de serviço público.

A apropriação seletiva desses fundamentos da teoria do agir comunicativo de Habermas e sua aplicação ao processo de outorga de concessão de serviço público faz com que a democracia, especificamente na política pública para que comodidades e utilidades cheguem usuários-consumidores e sejam prestadas pela iniciativa privada de forma mais vantajosa à sociedade como um todo, seja de fato um modo de prestigiar a pluralidade e

proporcionar o dissenso, dando oportunidade aos cidadãos e ao terceiro setor para que estes dialoguem com órgãos estatais e contribuam para informar o interesse público.

Esses fundamentos da teoria do agir comunicativo encontram sintonia com a releitura da burocracia de um Estado mais flexível e gerencial, com foco em objetivos, fins e resultados (KETTLE, 2006, p. 79 e 80), como visto na seção 2.1 deste trabalho. Esses mesmos fundamentos da teoria do agir comunicativo ligam-se em boa parte com o que já se anotou nesta dissertação, ainda que a decisão final, pelo poder concedente responsável por outorgar a exploração de serviço público à iniciativa privada, não seja consensual, mas jurídico-constitucional quando direitos fundamentais e a esfera do indecidível se apresentarem.

Tem-se que o agir comunicativo no processo de outorga de concessão de serviço público, sem a parte final do consenso que integra essa teoria, se apresenta como importante instrumento de aquilatação dos mais diversos interesses públicos dos quais o Estado, como poder concedente, pode extrair, de um cenário fático fecundo, o real interesse público, sendo assim capaz de arbitrar, com seu poder legal de decisão, o que mais atende à sociedade como um todo, o que mais atende aos fins e objetivos constitucionais.

Ainda que a decisão final tenha de ser estatal, de acordo com o direito posto quando direitos fundamentais e a esfera do indecidível se apresentarem, dialogismo e simetria de poderes entre os falantes no processo de outorga de concessão de serviço público, além de alinhados com a postura mais flexível por parte da nova administração pública, se mostram úteis à decisão final estatal, à medida que a administração pode contar com motivos determinantes mais transparentes e sólidos para a edição do ato administrativo reclamado.

Dialogismo e simetria de poderes entre os falantes no processo de outorga de concessão de serviço público mostram-se úteis, ainda, a todas as questões não integrantes do catálogo de direitos fundamentais e que se inserem, por isso, na chamada esfera do decidível, porque a essas questões podem propiciar, fomentar e alcançar a autocomposição, o consenso e a estabilidade das decisões.

## 3.2 DEMOCRACIA COMO MEIO DE EXECUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DO CONSUMIDOR

### 3.2.1 Democracia participativa no processo de outorga de serviço público



Como visto na seção 2.1.4, o Estado tem o dever de atuar eficientemente e os cidadãos dispõem do direito fundamental à boa administração pública, isso em decorrência do art. 37 da Constituição de 1988. Ainda assim, afigura-se não recomendável que a sociedade e os usuários-consumidores se fiem exclusivamente na atuação estatal. O ideal é que haja democracia participativa e cidadania ativa em busca da melhor formatação e fruição de serviços públicos concedidos.

No espaço público, entendido como “[...] uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*;” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 92, grifo do autor), discussões são travadas acerca de questões e problemas da sociedade a fim de agudizá-los e repassá-los, de forma convincente e eficaz, para órgãos estatais, como o parlamento e a administração pública, influenciando-os para o devido tratamento e solução (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 91).

É no espaço público que os indivíduos têm de encontrar condições para a democracia participativa e o exercício da cidadania ativa no que se refere a questões atinentes à sociedade, como aquelas afetas à formatação e fruição de serviços públicos concedidos. A esfera pública em si não é capaz de tematizar questões sociais e de propor soluções, porque dependente do agir comunicativo de atores e/ou de grupos sociais. Nessa senda, o espaço público se mostra como um canal para a democracia participativa e a cidadania ativa.

Cidadania, para além do sufrágio eleitoral, diz com a participação nos negócios e na vida do Estado, com o exercício de outras prerrogativas constitucionais – que não o exercício da prerrogativa constitucional dos direitos políticos – advindas com o Estado Democrático de Direito (SIQUEIRA JR., 2012, p. 426-427). Diz com a democracia, sendo cidadania e democracia, aliás, uma a face da outra. “A concretização da democracia ocorre pela cidadania, ou seja, pela participação política nos destinos da nação.” (SIQUEIRA JR., 2012, p. 429).

O agir de atores e/ou de grupos sociais na esfera pública, um agir sempre comunicativo, procura o protagonismo político, a reconstrução de laços entre os falantes/participantes e a confecção dos fundamentos da decisão a ser tomada. Nisso está o percurso de uma democracia participativa e de uma cidadania ativa que aspiram realizações sociais de importância, que buscam o alargamento dos espaços de emancipação (VIOLA, 2008, p. 26).

De modo geral, democracia participativa e cidadania ativa importam para a melhor gestão da coisa pública e do interesse público porque: (i) os poderes constituídos têm se revelado, muitas vezes, inacessíveis aos interesses da população, com a política e a

democracia representativa tendo deixado de ser o caminho para verdadeiras reivindicações e para o exercício de direitos (NAVES, 2015, p. 546); além disso, (ii) “As demandas sociais, que muitas vezes são dinâmicas e mudam rapidamente, exigem debate contínuo.” (LAMBERTUCCI, 2009, p. 72), de modo que a participação social deve perseguir o debate com vistas a interferir nos destinos do país e das comunidades regionais e locais.

No processo de outorga de concessão de serviço público, democracia participativa e cidadania ativa – relevantes de forma geral, como anotado no parágrafo precedente – são particularmente importantes. Aos cidadãos, aos usuários-consumidores e ao terceiro setor parece recomendável que se aproximem das discussões e das deliberações, procurando minimizar o fato de suas informações e de seus poderes serem inferiores aos reunidos tanto pelas empresas que disputam o certame quanto pelo poder concedente (Cf. seção 2.2.1). E essa aproximação, para ser democrática, requer se dê sob uma racionalidade comunicativa.

O protagonismo social, com democracia participativa e cidadania ativa, se faz recomendável também porque agências reguladoras, como tratado na seção 2.2.2, nem sempre são autônomas e independentes, como deveriam ser. Muitas delas acabam por se sujeitar aos poderes e interesses dos entes regulados ou por se sujeitar até mesmo aos poderes e interesses políticos. Com atuação da sociedade civil no trato de questões afetas à concessão de serviço público, com monitoramento e exigência de procedimentos e decisões em prol do interesse público, mais distante e difícil se tornam eventuais falhas no atuar administrativo, minimizando a assimetria de informações, de poderes e o risco de captura de órgãos e de agentes públicos.

Embora importantes, democracia participativa e cidadania ativa não são meios que visam o assembleísmo ou a sobreposição ao papel estatal e ao direito posto, ao constitucionalismo estabelecido, mas meios em busca de emancipação social.

Não se trata de anseio de usuários ou cidadãos decidirem, mediante deliberação majoritária, questões cujo adequado tratamento exige especialidade e conhecimento técnico, o que evidentemente não seria recomendável. Trata-se, contudo, de conferir-se maior seriedade e protagonismo aos canais de participação junto aos órgãos reguladores, inclusive aqueles já previstos na legislação, de modo a estabelecer para seus dirigentes um dever de conhecimento e manifestação sobre as ponderações formuladas por intermédio destes mecanismos, o que por si eleva seu nível de responsabilidade pelas decisões adotadas e amplia a transparência dos processos de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória do Estado. (MIRAGEM, 2011, p. 92).

A par da atuação de usuários-consumidores e/ou de grupos sociais, importante se mostra que haja, em contrapartida, democracia substantiva no processo de outorga de

concessão de serviço público, assim entendida como aquela que, na tomada de decisão por parte do agente estatal, considera o produto da participação social e observe, sobretudo, os limites e vínculos estabelecidos constitucionalmente (FERRAJOLI, 2015, p. 46).

De nada parece adiantar movimentos sociais em prol dos cidadãos e da coletividade de usuários-consumidores, com o tratamento no espaço público de questões tidas como importantes para a comunidade, com seu repasse às instâncias governamentais com propostas de resolução, se o poder público laborar com democracia formal, isto é, com observância apenas do método democrático ou então com o acatamento puro do que a maioria almeja, sem consideração acerca dos limites e vínculos constitucionais (FERRAJOLI, 2015, p. 38).

Em verdade, ao Estado cabe atuar mediante a promoção de democracia substantiva e afastar-se da democracia formal, buscando uma relação de gestão com vistas aos fins sociais e ao cumprimento dos limites e vínculos constitucionais, valorizando e fortalecendo as zonas de contato com a sociedade civil que são as consultas e audiências públicas, como previsto na legislação de regência (art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04 e art. 39 da Lei n. 8.666/93).

Consultas (art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04 – Lei das PPPs) e audiências públicas (art. 39 da Lei n. 8.666/93 – Lei das Licitações) podem, na prática, se mostrar ineficazes, é bem verdade. Podem, realmente, ser *pro forma* e não dispensar consideração efetiva sobre as manifestações aduzidas. Decisões administrativas podem ser tomadas de antemão, em nada interferindo o objeto de tratamento nas instâncias comunicativas e democráticas. Mas essa anomalia não pode significar a defesa da abolição de consultas e audiências públicas sem um mecanismo alternativo que as supere em eficácia, ou que confira alguma eficácia enquanto elas não conferem eficácia alguma quando desvirtuadas de seus procedimentos ideais.

Demais disso, democracia se constrói na prática, com desafios e respostas, com acertos e desacertos que sejam capazes de aprimorá-la, aperfeiçoá-la, de modo que eventuais obstáculos parecem não poder se transformar em barreiras intransponíveis.

A frágil democracia brasileira padece de inumeráveis defeitos, o mais inominável de todos é a exclusão social. Porém é preciso dizer que a característica de nossa história não é o regime das liberdades e da igualdade, mas sim o autoritarismo, que está na fonte da exclusão política, da exclusão econômica e da exclusão social. A humanidade, porém, não conhece uma só experiência de aperfeiçoamento democrático que não consista em sua prática. (AMARAL; CUNHA, 2002 apud SIQUEIRA JR., 2012, p. 437).

Tem-se que é nas consultas e audiências públicas que a democracia participativa e a cidadania ativa encontram seu *locus*, com amparo jurídico para garanti-las e para provocar a democracia substantiva ante as contribuições prestadas pela sociedade civil em busca de um Estado eficiente e que se conduza por escolhas legítimas em termos de formatação e outorga de concessão de serviço público. Eis uma explicação para isso: “[...] é que os direitos e os interesses de todas as pessoas certamente serão levados em conta quando a pessoa é capaz e está normalmente disposta a defendê-los [...]” (MILL apud DAHL, 2001, p. 65-66).

Exatamente por instâncias comunicativas e democráticas que questões sociais e referentes aos usuários-consumidores, discutidas na esfera pública, podem ser adequadamente colocadas, de modo a exigir que a administração pública as considere e promova a garantia dos direitos que se apresentarem. Parece ser assim que no processo de outorga de concessão de serviço público podem ser afastados problemas e prejuízos à sociedade civil e aos usuários-consumidores, muitos deles detectados somente na fase de execução do contrato de concessão, quando os usuários-consumidores passam a experimentar constantes e sucessivos prejuízos.

### **3.2.2 Democracia e fundamentação (jurídica) nas decisões administrativas sobre outorga de concessão de serviço público**

O Estado-Administração, por imposição do art. 93, inc. IX e X, da Constituição de 1988 e também devido ao próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), tem de fundamentar suas decisões, revelando a razão de agir de certo modo. Devido aos princípios da legalidade/juridicidade e da eficiência (art. 37 da CF/88), bem assim em razão de todo o arcabouço constitucional, a ação do administrador público só pode ser a que se volta para os fundamentos e objetivos da República, para os direitos fundamentais e sociais, para os regramentos constitucionais que guiam e dirigem o Estado e a sociedade, atendendo e contemplando o interesse público no sentido do que está exposto na seção 2.1.2 deste trabalho.

Frente ao direito administrativo contemporâneo, a motivação de qualquer ato – e a decisão administrativa cuida-se de espécie do gênero ato administrativo (NERY JUNIOR, 2010, p. 292) – requer seja consistente e coerente com a legalidade substancial, dizendo realmente com a situação de fato e de direito que autoriza sua prática. Nesse sentido, não é qualquer motivação que pode ser lançada e aceita, mas somente a justificação congruente que sirva de proteção ao cidadão contra arbitrariedades e desmandos.

A fundamentação dos atos administrativos é princípio básico do direito administrativo, amparado na ideia de garantia do administrado contida no Estado de Direito e coerente com os princípios da legalidade, segurança e amplo controle – interno, judicial, popular – do exercício do poder. (SUNDFELD, 2012, p. 670).

Em desfavor de motivação *pro forma*, vaga e genérica, que passa ao largo de fundamentação consistente e coerente com a legalidade substancial, o Código de Processo Civil (CPC), aplicável supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (art. 15 do CPC), preconiza em seu art. 489, § 1º, incisos I a IV, não ser fundamentada decisão que: (i) se limite a indicar ou reproduzir disposição normativa; (ii) utilize conceito jurídico indeterminado, como interesse público, sem demonstrar o motivo da sua incidência no caso; (iii) utilize motivo que possa servir para justificar qualquer outra decisão; e, ainda, (iv) deixe de enfrentar todos os argumentos deduzidos.

Ausência de fundamentação ou fundamentação insuficiente, meramente formal e distante da legalidade substancial acarreta nulidade decorrente de expressa disposição constitucional (art. 93, inc. IX, da CF/88) e também de toda a inteligência que o Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88) reúne em torno de si, sendo que a decisão somente deixa de padecer de qualquer vício se atender as balizas do art. 489 do Código de Processo Civil.

A fundamentação nos moldes da ordem jurídica, com demonstração de que o ato observa a legalidade substancial, é exigida nos processos de outorga de concessão de serviço público, guiados pela Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões), já no ato de justificação (art. 5º da Lei n. 8.987/95), tratado na seção 2.1.5 acima. Tal justificação tem de evidenciar conteudisticamente o fim de qualquer outorga de concessão de serviço público, apontando a razão da delegação e do modelo adotado pelo poder público.

Para transferir à iniciativa privada a prestação e exploração de serviços públicos, o poder concedente tem de promover análises e estudos sobre: (i) a necessidade de delegar, (ii) a solução mais adequada (lógica, técnica e científica) para a satisfação do interesse público; (iii) requisitos legais para a outorga; (iv) projetos elaborados; (v) prazos e objeto da concessão; (vi) condições da contratação (JUSTEN FILHO, 2003, p. 202 e 210).

O resultado dessas análises e estudos é que rende, ou não, ensejo para o ato de justificação aludido pelo art. 5º da Lei n. 8.987/95. Sendo o caso de o poder público editá-lo, então, para que não contrarie a própria denominação que o ato possui (de justificação), ele

precisa contemplar, ainda que minimamente, os resultados das análises e estudos prévios realizados.

Além de demonstrar que a delegação se trata de medida necessária e se apresenta como a mais adequada, o ato de justificação deve também trazer a indicação se a outorga se dará, ou não, sob regime de exclusividade (art. 16 da Lei n. 8.987/95) e, ainda, qual o critério de julgamento do certame licitatório eleito pela administração (JUSTEN FILHO, 2003, p. 210; GUIMARÃES, 2014, p. 269). Somente se todos esses elementos, referidos neste parágrafo e também no anterior, estiverem presentes no ato de justificação, ainda que minimamente, é que tal ato poderá ser considerado devida e adequadamente fundamentado.

Ao se anotar que o ato de justificação deve enfeixar *minimante* todos os elementos que lhe são necessários, quer isso significar que o mote da delegação e do modelo adotado pelo poder público deve estar claro, com referências ao menos às conclusões das análises e dos estudos realizados, tendo-se por dispensável o inteiro teor destes, que qualquer do povo ou mesmo autoridades públicas outras que não as envolvidas na outorga de concessão de serviço público devem ter pleno acesso para irrestrito controle de sua correção e adequação.

O ato de justificação não tem de ser um enfadonho arrazoado com excesso de elementos técnicos, o que o tornaria ininteligível e agravaria sobremaneira a assimetria informacional existente nas outorgas de concessão de serviço público (Cf. seção 2.2.1) e também a vulnerabilidade dos usuários-consumidores (Cf. seção 1.2.6). Ao contrário, o ato de justificação tem de ser claro e com fundamentação acessível, mas sempre com motivação tal qual entendida e exigida pelo direito.

Em verdade, a lição de Aristóteles (2009, p. 76), de que se deve encontrar e seguir o meio-termo entre os extremos, se apresenta pertinente e requer aplicação. Assim parece necessário porque, uma vez mais, incabível se afigura “ato de justificação” genérico e pró-forma, que se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear texto normativo, bem assim que empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar sua incidência ao caso ou que invoque motivos cabíveis em qualquer outra decisão, como veda o art. 489 do CPC.

Não se afigura admissível, repita-se, “ato de justificação” que mencione a necessidade de outorga de concessão apenas, por exemplo, “para garantir e propiciar melhoria da qualidade do serviço público objeto da concessão, bem como para ampliação de atendimento aos usuários em razão da sua essencialidade.” Essa “razão” é como que um curinga em jogo de cartas e juridicamente vedada (art. 489, inc. III, do CPC). A necessidade de fundamentação adequada, em verdade, cuida-se de imposição constitucional e dela não há como desvencilhar-se.

Mas não é somente o ato de justificação que tem de ser adequadamente motivado. A necessidade de decisão motivada se apresenta igualmente diante de situações em que argumentos contrapostos aos contidos na justificativa estatal (art. 5º da Lei n. 8.987/95) são deduzidos ao poder concedente de modo a possibilitar que a conclusão por parte do administrador público seja infirmada, o que acabaria por sujeitar a decisão a processo de revisão e modificação.

Com efeito, nas oportunidades em que a sociedade e os usuários-consumidores podem protagonizar durante o processo administrativo de outorga de concessão de serviço público, que são as ocasiões da consulta pública (art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04 – Lei das PPPs) e da audiência pública (art. 39 da Lei n. 8.666/93 – Lei das Licitações), “atitude performativa dos participantes”, “situação ideal de fala” e demais elementos da razão comunicativa habermasiana (Cf. seção 3.1.4), bem assim democracia participativa e cidadania ativa (Cf. seção 3.2.1), afiguram-se adequados e pertinentes para o repasse às instâncias governamentais de todas as questões tratadas e discutidas no espaço público.

Diante disso, o importante é fazer com que a razão comunicativa seja *iniciada* nas instâncias democráticas da consulta pública e da audiência pública, com o desencadeamento de um *processo* de democracia participativa, *processo* este que tem de se estender até seu fecho que se dá com nova decisão administrativa que de fato considere e leve em conta o produto gerado no espaço público, seja para a manutenção do ato de justificação, seja para sua revisão e alteração, sempre em consonância com os fins e objetivos constitucionais. Tem-se que processo e decisão em tais moldes são capazes de angariar a marca de democráticos.

Oportunizar a ação comunicativa e depois desprezar os elementos por ela produzidos de nada serve. Essa postura seria constitutiva de atividade *pro forma* e meramente burocrática que em nada contribui para a necessária relação de gestão entre Estado e administrados com vistas à governança pública participativa (Cf. seção 2.1).

A necessidade de decisões estatais terem de enfrentar questões extraídas de instâncias democráticas e pautadas no procedimento, de modo a colocar de lado qualquer deliberação ou medida administrativa concebida e firmada de antemão, encontra sintonia com a seguinte passagem doutrinária que, didaticamente, observa o seguinte:

Democratizar e criar limites para a decisão das questões jurídicas é fundamental para resgatar a função acima mencionada [de democratizar as relações intersubjetivas]. Pensemos na fábula do cordeiro e do lobo de La Fontaine. O lobo e o cordeiro se encontram quando vão beber água no rio que está em declive. O lobo acima e o cordeiro abaixo.

O lobo passa a fazer diversas perguntas para o cordeiro, ocorre que, independentemente da resposta dada, o lobo já havia formado sua convicção em

devorar o cordeiro. Por exemplo, entre as perguntas, o lobo insta o cordeiro a responder se ele não se envergonhava de turvar a água que ele bebia. O cordeiro, estarecido, responde que não seria possível turvar a água que o lobo bebe porque ele estava na parte alta do rio e o cordeiro na baixa. Por mais coerente e lógica que tenha sido a resposta do cordeiro, ela não impediu o lobo de cumprir seu intento inicial, que era o de devorá-lo. Dessa fábula, consagrou-se o entendimento popular de que *contra a força não há argumentos*. De certo modo, o lobo já havia decidido a lide, somente havia passado a procurar um fundamento para a decisão já tomada. O lobo decidia, depois fundamentava. (ABBOUD, 2014, p. 47, grifo do autor)

Nessa senda, tem-se que o produto gerado com consulta e audiência públicas em processo de outorga de concessão de serviço público, uma vez versando sobre questões jurídicas de interesse da sociedade e dos usuários-consumidores, vincula a administração pública no sentido de esta ter de considerá-lo em decisão fundamentada (art. 93, inc. IX, CF/88), com enfrentamento verdadeiro e substancial, e não fictício e formal, do conteúdo a seu respeito e da questão de fundo existentes.

Não que os resultados da ação comunicativa sejam ou se tornem imperativos, o que configuraria assembleísmo. Mas que tais resultados sejam necessária e motivadamente considerados na tomada de decisão pelo órgão estatal, seja para acolhê-los, se assim se conformarem com a ordem jurídica, com as políticas públicas objetivadas e com o contexto da realidade, seja para rejeitá-los, em caso contrário. Mas isso fundamentadamente e com transparência.

A relevância de se considerar os elementos produzidos com consultas e audiências públicas está no fato de que, sob o enfoque técnico-jurídico, decisões administrativas não se respaldam mais na lei em abstrato nem na discricionariedade do gestor público. O direito administrativo contemporâneo, adaptado às mudanças econômicas e sociais, deve ter “[...] seu perfeito acoplamento ao contexto da realidade para ser instrumento de efetividade dos direitos fundamentais.” (GUERRA, 2015, p. 111).

Na fundamentação da nova decisão administrativa exigida ante o produto extraído das instâncias democráticas ou do espaço público, que no caso dos processos de outorga de concessão são a consulta pública e a audiência pública, necessário se faz que transpareça a razão comunicativa, com demonstração por parte do poder concedente que efetivamente dialoga e discute com a sociedade, com os usuários-consumidores e com o terceiro setor acerca da melhor formatação do serviço público a ser concedido.

A seguinte observação sobre o resultado da audiência pública, com inteligência válida também para o resultado da consulta pública, revela que:

[...] o resultado da audiência pública, cuja apresentação exige o art. 34 da Lei n. 9.874/1999 venha acompanhada da indicação do procedimento adotado, tem sua



serventia para descortinar ao administrador o conhecimento dos motivos que deverão dar supedâneo à decisão administrativa. Logo, a questão é de ter a sua solução transplantada à seara dos motivos, como elementar indispensável do ato administrativo cuja produção é colimada pelo procedimento. Daí que a postura levada a cabo pela Administração com base em motivo não existente, ou inexistente, cujo vício tenha sido demonstrado na audiência pública, poderá ter sua invalidade reconhecida em juízo. (NOBRE JÚNIOR, 2012, p. 712).

Com o que está anotado até este ponto, extrai-se que o ato de justificação tratado pelo art. 5º da Lei n. 8.987/95 não é definitivo, mas antes provisório e passível de revisão e modificação pela própria administração, guardando certa semelhança com a tutela jurisdicional provisória tratada no art. 294 e seguintes do Código de Processo Civil.

Como em relação ao teor do ato de justificação podem ser contrapostos argumentos revestidos de razoabilidade e constitutivos de questões jurídicas, novo ato-decisão se apresenta como necessário, seja para confirmar ou para modificar o anterior, mas sempre com fundamentação que considere os novos fatos determinantes (art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC) para que não se incida em nulidade.

A consideração estatal acerca dos resultados obtidos com consulta e audiência públicas, por meio de decisão fundamentada, decorre também da exigência de os processos de outorga de concessão de serviço público terem de contar com: (i) eficiência, proporcionalidade, prevenção e precaução (Cf. seção 2.1.4); (ii) ausência de falhas nas escolhas realizadas de modo a evitar a responsabilidade estatal (Cf. seção 2.2.3).

Nesse sentido, o ato administrativo que formata a outorga de concessão de serviço público necessita enfrentar o produto gerado com consultas e audiências públicas e conter fundamentação racional a seu respeito, sendo certo que o princípio da motivação cuida-se de instrumental capaz de privilegiar a solução de questões jurídicas com base no contexto da realidade.

O modo que administração pública tem para revelar que age voltada efetivamente para o interesse público, com observância fiel dos direitos fundamentais, dos fins sociais e dos objetivos constitucionais, é a motivação/fundamentação do ato administrativo. Por meio do discurso de aplicação do direito, a motivação da decisão administrativa requer que reflita o direito fundamental à boa administração pública, o direito fundamental à boa governança, o verdadeiro interesse público e o bem comum para os administrados.

A democracia, com fundamentação nos moldes acima apontados, resta privilegiada e preservada na medida em que o administrador público demonstra racionalmente sua vinculação às decisões expressas na Constituição de 1988 e na legislação

infraconstitucional, e não vinculação à sua própria vontade como detentor do poder, indiferente à ordem jurídica democraticamente estabelecida.

### **3.2.3 Democracia como meio de execução do direito fundamental à defesa do consumidor: casos fictícios à guisa de exemplos**

A justificação lançada por administrador público para a prática de determinado ato, que requer seja consistente e coerente com a legalidade substancial, serve de proteção aos administrados contra desmandos (Cf. seção 3.2.2). É através da motivação do ato administrativo que o exercício do poder pode ser fiscalizado e controlado amplamente, nela residindo a possibilidade de aferição da legalidade, da finalidade e da consonância do ato com a Constituição Federal.

A problematização de casos fictícios pode servir de exercício acerca do que foi argumentado até o presente ponto deste trabalho, ilustrando a necessidade de fundamentação adequada por parte da administração pública para a proteção do cidadão e apontando a democracia como meio de execução do direito fundamental à defesa do consumidor.

Há que se ter presente, no entanto, que os casos que se traz à discussão são exemplos fictícios e que a realidade é capaz, por óbvio, de apresentar outros casos mais fecundos em termos de particularidades e problematização, prestando-se os exercícios abaixo, assim, a promover simples desenvolvimento de uma inteligência a princípio adequada a processos de outorga de concessão de serviço público.

Com a advertência acima, poder-se-ia passar a tratar dos exemplos criados para o presente trabalho, mas antes, duas colocações, comuns aos dois casos que serão trazidos à baila, se fazem necessárias: (i) interesses da sociedade nem sempre se mostram convergentes com os dos usuários-consumidores que custeiam o serviço; (ii) o critério da menor tarifa deve ser regra para o julgamento da licitação, por importar em menor custo aos usuários-consumidores, sendo que se a regra for excepcionada e outro critério previsto em lei for adotado, o poder concedente tem então de estabelecer previamente o valor da tarifa.

Com efeito, o interesse geral, isto é, aquilo que melhor atende à sociedade, se mostra, no senso comum, como o norte de qualquer outorga de concessão de serviço público. Esse interesse geral, no entanto, em termos jurídicos pode perfeitamente ser distinguido e separado do interesse em particular da classe de consumidores, sem qualquer prevalência de importância de um sobre outro.

É evidente existir interesse homogêneo e inquestionável de todos os segmentos da Sociedade quanto à obtenção do melhor serviço público. Mas não há homogeneidade similar em relação ao custeio das despesas correspondentes. A concessão de serviço público produz a diferenciação entre os cidadãos que custeiam e os que não custeiam as despesas necessárias à prestação do serviço público. Essa questão é essencial. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 13).

Interesse geral, pertinente à sociedade, e interesse em específico daqueles que custeiam o serviço, que são os consumidores, se distinguem e não são homogêneos, embora coexistam. E pode ser que não haja mero interesse por parte da classe de consumidores, mas verdadeiro direito, que, em razão do direito fundamental à defesa do consumidor, o Estado tem de garanti-lo, porque integrante do próprio interesse público, como visto na seção 2.1.2. Nesse sentido, interesse da sociedade e interesse da categoria de consumidores se ombreiam.

No interesse dos usuários-consumidores, o critério da menor tarifa deve ser regra para o julgamento da licitação. “É imperioso que o Estado assegure ao usuário a solução mais vantajosa. Isso significa o melhor serviço possível, por meio da menor tarifa praticável.” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 66). Obviamente que não se trata de regra absoluta, mas a adoção de outro critério para o julgamento da licitação tem caráter excepcional e quando utilizado demanda maior carga de argumentação para sua justificação.

Observe-se que o princípio da modicidade das tarifas públicas deriva dos princípios constitucionais. A razão de ser de um serviço público ou de uma atividade econômica de interesse geral relaciona-se com a menor tarifa possível. Quando os arts. 1º, 3º, 37 e 170 da CF/88 impõem a redução das desigualdades, proíbem o desperdício, asseguram a função social da propriedade privada e reconhecem a dignidade da pessoa humana – esse plexo normativo significa que nenhum cidadão poderá ser constrangido a pagar mais do que seria necessário para fruir de utilidades essenciais, mesmo quando a satisfação se fizer sob regime de Direito Privado. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 67).

Essas duas colocações – (i) interesses da sociedade nem sempre convergentes com os dos usuários-consumidores; e (ii) critério da menor tarifa como regra para o julgamento da licitação – são comuns e pertinentes aos dois casos fictícios que a seguir são tratados.

### **3.2.3.1 Caso fictício n. 1 de maior oferta de pagamento pela outorga de concessão como critério de julgamento da licitação: direito fundamental à defesa do consumidor e direito social à saúde**

Na hipótese de outorga de concessão do serviço de abastecimento de água tratada, um município *M*, com queda de arrecadação e em dificuldade financeira, define como critério

de julgamento da licitação não o da menor tarifa (art. 15, inc. I, da Lei das Concessões), mas o da maior oferta como pagamento de outorga (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões).

Para isso, o poder público justifica a necessidade de alocação de recursos – justificação que é imprescindível – para investir no melhoramento da própria rede pública de água tratada, com retirada, a seu cargo, de toda a tubulação antiga composta de amianto e sua substituição por tubulação nova composta de policloreto de polivinila (plástico PVC), material já adquirido pela administração, disponível em seu patrimônio e que, ao contrário do amianto, não oferece riscos de contaminação da água com elementos cancerígenos e perigo à saúde da população.

A princípio, afigura-se que interessa a todos que o serviço de abastecimento de água tratada – de fruição obrigatória (art. 45 da Lei n. 11.445/07) por ser sabidamente redutor de doenças gastrointestinais e ao mesmo tempo promotor de uma melhor qualidade de vida<sup>17</sup> – tenha a rede pública melhorada com a substituição da tubulação de amianto por tubulação de plástico PVC, evitando, assim, qualquer contaminação da água com elementos causadores de doenças malignas.

Acontece que o critério da maior oferta como pagamento de outorga (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões) traz ínsito o problema de que o valor desembolsado pela empresa vencedora do certame acaba transferido à coletividade de consumidores em razão de compor o valor da tarifa a ser paga pelos serviços. Guimarães (2014, p. 260) explica essa questão da seguinte forma:

A cobrança de outorga na concessão de serviços públicos tem o efeito prático de transferir riqueza dos usuários para o poder concedente (num efeito prático equivalente ao da tributação), na medida em que o seu custo integrará as propostas comerciais manifestadas na licitação e, em razão disso, estará incorporado nas fontes da receita da concessão, particularmente no valor da tarifa. Logo, o usuário é quem acabará arcando, na ponta, com o custo do pagamento pela outorga que é cobrada numa licitação de concessão de serviço público.

Sem a troca da tubulação da rede pública de água, o valor da tarifa poderia ser X (xis), mas exatamente para propiciar propostas de pagamento pela outorga de concessão, cujo valor, no exemplo do caso aqui tratado, será destinado à troca da tubulação da rede pública de água, o poder público acaba por fixar previamente o valor da tarifa em X + 1 (xis mais um), isto é, em importância mais elevada e representativa de maior custo aos usuários-consumidores.

---

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/beneficios-do-saneamento-2>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

Em razão disso, cidadãos e associações de defesa de consumidores, para ficar apenas nestes, fazem chegar ao poder público esse problema por ocasião da consulta pública (art. 10, inc. VI, da Lei n. 11.079/04 – Lei das PPPs) ou mesmo da audiência pública (art. 39 da Lei n. 8.666/93 – Lei das Licitações), demonstrando que estudos técnicos e também posições doutrinárias não recomendam o critério da maior oferta como pagamento de outorga (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões), justamente em razão de seu problema ínsito de significar mais dispêndio aos usuários-consumidores (GUIMARÃES, 2014, p. 260).

Ao mesmo tempo, no caso aqui tratado à guisa de exemplo, cidadãos e o terceiro setor apontam que o critério eleito ocasiona ônus excessivo aos usuários-consumidores, sem respeito à modicidade tarifária prevista no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, com possível insuportabilidade de pagamento do valor da tarifa capaz de inviabilizar a tomada do serviço e, assim, de malograr a consecução de seus fins de proporcionar o bem geral à coletividade.

Apresentando-se a prestação adequada do serviço de abastecimento de água tratada – com rede pública composta de tubulação de PVC, e não de amianto – intimamente relacionada com o direito social à saúde (art. 6º CF/88) da sociedade como um todo, e sendo a defesa do consumidor direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF/88) que assegura aos utentes o direito a serviços adequados (art. 22 do CDC) e o direito à modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95), exsurge conflito a ser solucionado pelo administrador público.

Na solução desse conflito, afigura-se não ser o caso de o agente público competente se curvar de pronto aos interesses da sociedade, tornando absolutos os direitos desta, o que juridicamente se sabe inviável.

[...] o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a *aferição* do interesse prevalente em um dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade. (BINENBOJM, 2014, p. 107, grifo do autor)

Na ponderação a ser feita, mencionada na passagem doutrinária supra, tem pertinência o referencial teórico de Ferrajoli, para quem é possível sopesar, exclusivamente, circunstâncias fáticas. O sopesamento, apregoa o autor italiano, “[...] tem por objeto não mais as normas a serem aplicadas, mas, sim, as circunstâncias fáticas por elas previstas a fim de qualificar juridicamente e de conotar equitativamente o caso submetido a juízo.”

(FERRAJOLI, 2012, p. 50). Nesse passo, o sopesamento apresenta-se racionalmente fundamentado se demonstrar a observância dos subcritérios da adequação e da necessidade.

No enfrentamento desses subcritérios, pode ser que o levantamento de recursos por meio de outorga onerosa de concessão (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões) e sua alocação para a retirada, da rede pública de água, de toda a tubulação antiga composta de amianto e sua substituição por tubulação nova composta de plástico PVC, se mostrem:

(i) adequados em razão de constituírem-se em medidas utilizadas para se alcançar ou fomentar o objetivo de promoção do direito social à saúde, eliminando-se riscos de contaminação de água potável com material cancerígeno;

(ii) necessários em razão de constituírem-se em medidas únicas, diante da escassez econômica da municipalidade, para a realização do objetivo perseguido, não havendo outro meio que não exclua a incidência do direito fundamental à defesa do consumidor.

Na hipótese analisada, a maior oferta de pagamento pela outorga de concessão como critério de julgamento da licitação importa, em razão do sopesamento de circunstâncias fáticas – estas amparadas em estudos, documentos e no produto do debate democrático ocorrido na consulta pública e na audiência pública –, em incidência e aplicação do fundamental do direito social à saúde, isso em detrimento do direito fundamental à defesa do consumidor.

### **3.2.3.2 Caso fictício n. 2 de maior oferta de pagamento pela outorga de concessão como critério de julgamento da licitação: direito fundamental à defesa do consumidor e direito social à saúde**

Na hipótese ainda de outorga de concessão do serviço de abastecimento de água tratada, um município *M*, também com queda de arrecadação e em dificuldade financeira, define igualmente como critério de julgamento da licitação não o da menor tarifa (art. 15, inc. I, da Lei das Concessões), mas o da maior oferta como pagamento de outorga (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões).

Para isso, o poder público justifica a necessidade de alocação de recursos – justificação que é imprescindível – para investir, diferentemente do primeiro caso exemplificativo (Cf. seção 3.2.3.1), no funcionamento e melhoramento do único hospital público existente na cidade, que devido a problemas financeiros enfrentados teve de restringir determinados serviços e atendimentos ao público em geral, especificamente os serviços de

consultas médicas e de internações hospitalares para tratamento de doenças gastrointestinais, conspurcando assim o direito social à saúde.

O critério da maior oferta como pagamento de outorga (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões), como já dito na seção 3.2.3.1, traz ínsito o problema de que o valor desembolsado pela empresa vencedora do certame acaba transferido à coletividade de consumidores em razão de compor o valor da tarifa a ser paga pelos serviços.

No conflito entre o direito à saúde de todos os integrantes da sociedade e o direito dos usuários-consumidores de terem serviço de abastecimento de água tratada adequado e com modicidade tarifária, a solução passa por sopesamento racionalmente fundamentado que demonstre a observância dos subcritérios da adequação e da necessidade, de modo a garantir legitimação às decisões administrativas tomadas pelo poder público.

No enfrentamento desses subcritérios, tem-se que o levantamento de recursos por meio de outorga onerosa de concessão (art. 15, inc. II, da Lei das Concessões) e sua alocação para o funcionamento e melhoramento do único hospital público existente na cidade se mostram:

(i) adequados em razão de constituírem-se em medidas utilizadas para se alcançar ou fomentar o objetivo de promoção do direito social à saúde, eliminando-se a falta ou a precariedade de atendimentos médico-hospitalares;

(ii) *desnecessários* em razão de: a) tarifas módicas incrementarem o acesso ao serviço de abastecimento de água tratada, que reduz a incidência de doenças gastrointestinais e, por conseguinte, a demanda por serviços de saúde; b) não serem as únicas medidas possíveis para a realização do objetivo perseguido, havendo o meio de melhor gerenciamento de recursos oriundos do Sistema Único de Saúde – SUS e de eficaz contingenciamento de despesas, bem como o estabelecimento de convênios com hospitais particulares.

Na hipótese analisada, a maior oferta de pagamento pela outorga de concessão como critério de julgamento da licitação tem de ser afastada, com a eleição de outra menos dispendiosa, em razão da incidência e aplicação do direito fundamental à defesa do consumidor, isso em detrimento do direito social à saúde.

Para as duas hipóteses das seções 3.2.3.1 e 3.2.3.2, importa registrar, há necessidade de comprovação das circunstâncias fáticas, com estudos e documentos, e plena consideração do produto gerado com o debate democrático ocorrido nas oportunidades da consulta pública e da audiência pública, com ônus argumentativo para quem as invoca, tudo tendo de fazer parte, ao final, de decisão fundamentada tomada pela administração pública.

### **3.2.4 Controle judicial: legitimidade para sindicatar atos e decisões da administração nos processos de outorga de concessão de serviço público**

À administração pública mostra-se necessário fundar os atos do processo de outorga de concessão de serviço público na ordem jurídica e na democracia. Nesta última, aliás, parece residir a chave para que no próprio âmbito administrativo se possa chegar a soluções e decisões sólidas, capazes de equilibrar diversos interesses, de modo a atingir maioria consensual apta a favorecer a imunização dessas soluções e decisões a questionamentos judiciais.

No processo de outorga de concessão de serviço público, com efeito, é de todo recomendável, como visto na seção 3.2.1 acima, haver participação social com vistas ao diálogo e à interação com o setor público para apresentação, reivindicação, compreensão e atendimento de demandas sociais, com formulação adequada de políticas públicas e promoção de escolhas legítimas.

Havendo por parte da administração pública abertura efetiva para o diálogo e interação com a sociedade, seu caráter não conflituoso se apresenta e a busca do consenso se torna mais factível. “É possível aduzir que o Brasil vive um momento de formação de uma nova mentalidade coletiva, na qual os conflitos podem ser resolvidos fora do âmbito dos tribunais, de maneira não-litigiosa, interdisciplinar e eficaz.” (RIBAS; GOUVEIA 2015, p. 15).

No mesmo sentido de o Poder Judiciário não ser a única via para a resolução de questões variadas, mesmo aquelas mais complexas relacionadas à concessão de serviços públicos, é a seguinte colocação de ordem doutrinária:

Apesar de questionamentos existentes, é indubitável que a complexidade técnica e a especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requerem uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa. (GROTTI, 2012, p. 697).

A democracia e o consenso no processo de outorga de concessão de serviço público, evidentemente com observância da ordem jurídica, são preferíveis a imposições verticais de decisões. No entanto, na prática estas não estão descartadas e eliminadas, de modo que o controle judicial de atos praticados pela administração, mesmo diante do fato de a prestação de comodidades e utilidades essenciais aos usuários-consumidores e à sociedade se tratar de política pública, se apresenta possível.



O controle judicial dos atos praticados no processo de outorga de concessão de serviço público parece ser possível não somente diante de imposições autoritárias e verticais de decisões, mas também quando estas se fundarem em interpretações equivocadas ou irrazoáveis acerca do interesse público aquilatado na fase interna do procedimento, principalmente com as instâncias comunicativas da consulta pública e da audiência pública.

Realmente, a administração pública e seus atos em geral, sob o Estado de Direito, subordinam-se à legalidade – à constitucionalidade, na atualidade – em razão de se vincularem ao que a lei determina como obrigatório – ao que a Constituição prescreve, na atualidade – e são passíveis de controle e revisão judicial para se anular ilegalidades ou abusos de poder por força do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988 (TÁCITO, 2012, p. 191-192), disposição normativa que estabelece o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça.

Com a função promocional-transformadora da Constituição de 1988, tratada na seção 1.3.1 deste trabalho, a atuação estatal se tornou ativa e positiva, em busca de melhorar a realidade social com o cumprimento dos fins e objetivos constitucionalmente fixados, com a execução de políticas públicas que requerem sejam capazes de conferir “[...] harmonização das atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2013, p. 38, nota de rodapé).

A política pública como programa de ação governamental é, como a própria denominação indica, de ordem preponderantemente política, e particularmente não se constitui em uma única norma nem em um único ato de ordem jurídica. No entanto, qualquer política pública engloba normas e atos e se apresenta como atividade voltada à realização de um determinado objetivo (COMPARATO, 1998, p. 44-45).

A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões e normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmo, inconstitucionais. (COMPARATO, 1998, p. 45).

Nesse sentido, as políticas públicas, em si mesmas, não fogem ao controle jurisdicional, como não fogem os atos e normas que a compõem.

Tomando-se a outorga de concessão de serviço público como atividade de execução de política pública, sobre ela recai a possibilidade de controle jurisdicional, seja para sindicá-la sua finalidade, seja para sindicá-la decisões da administração, seja ainda para garantir democracia nos atos administrativos, mormente quanto aos atos que dizem com consulta e audiência públicas.

O controle dos atos de governo deve ser exercido com a necessária readequação do mérito administrativo, que não deve ser uma desculpa prévia e hipotética para a não apreciação desses atos, pois a extensão desse mérito quem deve estabelecer é o Judiciário, em cada caso concreto, e tomando como base os direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República, com ênfase na dignidade da pessoa humana. (DAVI, 2012, p. 409)

Desse modo e frente à atual quadra histórica do constitucionalismo, as políticas públicas e os atos administrativos que as compõem não são infensos a controle e podem ser sindicados pelo Poder Judiciário, sem qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes. O processo de outorga de concessão de serviço público, por isso, fica sujeito a controle jurisdicional.

## CONCLUSÃO

Os direitos humanos, entendidos como conjunto de normas voltadas para a pessoa humana e sua dignidade, começaram a se afirmar na modernidade com as Revoluções Liberais do século XVIII, eventos que reconheceram e positivaram em declarações os direitos civis e políticos, constitutivos de liberdades públicas oponíveis ao Estado para limitação do poder.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os direitos civis e políticos foram universalizados, teoricamente contemplando todos os seres humanos, e os direitos econômicos, sociais e culturais, que foram valorados devido às barbáries ocorridas principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, restaram reconhecidos e positivados. Na sequência, os direitos de solidariedade, ou direitos dos povos, passaram pelo mesmo processo e foram reconhecidos como direitos humanos.

Com o processo de reconhecimento de novas pautas e com novos objetos de proteção jurídica, deram-se a especificação e a multiplicação dos direitos humanos, com tratamento sobre as especificidades das pessoas (idoso, mulher, deficiente e outros) e o incremento de bens a serem tutelados, processo esse de natureza valorativa que não encontra limites e que sempre está em constante desenvolvimento.

A proteção do consumidor em específico foi valorada como fundamental na modernidade, quando se formou a sociedade de consumo e quando normas jurídicas básicas (internacionais e nacionais) voltadas para as relações de consumo e para a preservação da dignidade do consumidor passaram a surgir, acontecimentos que possibilitam o entendimento de o direito do consumidor se tratar de direito humano em espécie.

No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas promoveu diversas consultas que culminaram, no ano de 1985, com a Resolução n. 39/248, documento que estabeleceu princípios gerais das relações de consumo e tracejou as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção dos Consumidores, estimulando os países-membros a editar normas destinadas à tutela do consumidor.

A proteção do consumidor se concretizou, com isso, a partir do último quartel do século passado, quando diversos países passaram a ter em seus ordenamentos jurídicos normas consumeristas, avanço que pôde contar, em certa medida, com o contributo do paradigma do *welfare state*, modelo estatal voltado para a justiça, a redução das desigualdades e a paz social, com questões relativas a poder, justiça, solidariedade e cooperação nas relações

interprivadas passando a integrar a lei, transformando o direito de modo que a posição e as condições econômicas e sociais das pessoas se tornaram juridicamente relevantes.

Nesse cenário surge o direito do consumidor, dedicado a tratar de questões de poder, de justiça, de solidariedade e de cooperação nas relações de consumo com o fim de proporcionar equilíbrio nos negócios entre fornecedores e consumidores, harmonizando as relações de consumo e preservando a liberdade e a dignidade do consumidor, parte mais fraca e vulnerável diante de produtores, comerciantes e prestadores de serviços.

O entendimento de haver imbricação entre direito do consumidor e direitos humanos se mostra possível em razão da plausibilidade de o primeiro amoldar-se ao conceito dos segundos (conjunto de normas voltadas para a pessoa humana e sua dignidade) e de a tutela do consumidor ter se tornado central para organismos internacionais e ter encontrado ressonância em pautas políticas importantes.

A relação estreita entre direito do consumidor e direitos humanos se afigura admissível, ainda, em razão de a tutela do consumidor ter se convertido em objeto de disciplina internacional por parte da Organização das Nações Unidas (Resolução n. 39/248) e de ter recebido tratamento no ordenamento jurídico de diversos países.

Esse conjunto de acontecimentos faz com que se apresente factível a consideração da tutela do consumidor como direito humano em espécie, o que não impede, mas antes favorece, o tratamento dessa mesma tutela como direito fundamental (direito constitucionalmente positivado destinado a limitar o poder ou a proteger o ser humano), como ocorre no caso brasileiro ante o disposto no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988.

A disciplina acerca do consumidor no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais) da Carta Constitucional brasileira encerra norma de direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) reveladora de tarefa estatal consistente em proteger e defender o consumidor, sendo dever do Estado, para tanto, garantir *meios* (promulgação de leis e criação de órgãos e instituições) e, ao mesmo tempo, cumprir e fazer cumprir os *fins* e *objetivos* voltados para a tutela do consumidor, interferindo na realidade social de modo a melhorá-la (função promocional-transformadora da Constituição e do Estado).

O art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, por contemplar certa finalidade a ser alcançada (proteção e defesa do consumidor), amolda-se de forma mais adequada à segunda dimensão dos direitos fundamentais (direitos econômicos, sociais e culturais), impondo aos órgãos estatais um agir, um proceder, de modo a se identificar com a função promocional-transformadora do direito e do Estado.

À classificação do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 como norma programática, de eficácia limitada por não produzir nem ter possibilidade de produzir todos os seus efeitos de imediato, é preferível a classificação dessa disposição constitucional como norma-objetivo, com eficácia jurídica imediata e com conteúdo teleológico a impor tarefas a serem cumpridas e executadas, de modo a se entender a tutela do consumidor como fim, objetivo e resultado a serem perseguidos e alcançados.

Frente a ambas as classificações (norma programática e norma-objetivo), é preferível ainda que o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, formulado com base no seu respeito e não com base na sua violação, seja classificado como princípio regulativo, conforme entendido e desenvolvido na teoria ferrajoliana, porque veiculador de objetivos que evidenciam papéis estatais a serem cumpridos e porque, ao mesmo tempo, detentor da capacidade de configurar práticas caracterizadoras da sua observância ou inobservância, o que ilumina os direitos *ex parte populi* de modo mais nítido do que normas programáticas e normas-objetivo.

A edição de lei e a realização de políticas públicas em prol do consumidor impostas pelo art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 traduzem-se em expectativas positivas de cumprimento de obrigações constitucionais, sem direito subjetivo, se entendido como reflexo de um dever estabelecido normativamente. No entanto, em casos concretos e específicos, há direito subjetivo do consumidor de ser protegido e defendido, aplicando-se por subsunção a disposição do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988, como regra vinculante e com normatividade forte.

A expectativa positiva de cumprimento da obrigação constitucional em se editar lei de proteção e defesa do consumidor foi cumprida no Brasil com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), legislação com características de: (i) versar sobre interesse social em se conferir proteção ao consumidor e com normas inderrogáveis pela vontade das partes, por serem de ordem pública (art. 1º CDC); (ii) ser principiológica (art. 4º, incisos I a VIII, do CDC) e dotada de norma-objetivo (art. 4º *caput* do CDC); e (iii) possuir abertura legal para dialogar com outros diplomas legislativos (art. 7º do CDC).

A característica de o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) possuir abertura para dialogar com outros diplomas legislativos permite a aplicação de suas normas conjuntamente com às que tratam de serviços públicos concedidos, de forma complementar ou subsidiária, o que encontra ressonância na própria Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), que preconiza, em seu art. 7º, que os direitos previstos aos usuários não prejudicam nem afastam outros direitos contemplados no Código de Defesa do Consumidor.

A proteção do consumidor no processo de outorga de concessão de serviço público, seja por força da relação de complementariedade ou de subsidiariedade entre Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), seja em razão do próprio direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF/88), tem de ser observada pelo administrador público, que na atual quadra da história se vê diante de um modelo burocrático weberiano reconstruído, capaz de absorver gestão gerencial orientada para o cidadão e para a consecução de resultados.

O modelo burocrático clássico sofreu releituras com as reformas do setor público e do aparelho estatal – ocorridas em vários países a partir da década de 80 do século passado e no Brasil a partir, sobretudo, de 1995 – e, também, com o direito administrativo constitucionalizado, que parametriza a atuação estatal, limitando-a por proporcionar meios de controles por parte de cidadãos e guiando-a, ao mesmo tempo, com a indicação de objetivos e fins a serem perseguidos e alcançados.

A proteção do consumidor no processo de outorga de concessão de serviço público, nessa perspectiva, se faz necessária por ela própria integrar e compor o interesse público, que ante à constitucionalização do direito significa a realização e concreção dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, dos fins e objetivos constitucionalmente estabelecidos, com simbiose e circularidade entre ordem constitucional e interesse público.

O atendimento do interesse público por parte do Estado tem de se dar de forma eficiente, com concretização dos fins e objetivos instituídos pela ordem jurídica, com boa administração pública, prevenção de danos aos usuários-consumidores e efetiva proteção dos direitos fundamentais, o que deve ocorrer no processo de outorga de concessão de serviço público, com estudos e análises prévios capazes de justificar, de forma fundamentada, a necessidade de outorga e o seu melhor e mais adequado modelo.

No ato de justificação exigido pelo art. 5º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) já deve estar demonstrada a adequação no trato de todas as questões que envolvem outorga de concessão de serviço público, o que não impede discussão pública no espaço democrático (consulta e audiência públicas) e, muito menos, que as justificativas inicialmente apresentadas sejam alteradas, com modificação do modelo de concessão, se novas justificativas se apresentarem mais adequadas.

O debate democrático no espaço público deve ser estimulado pela administração pública, que para tanto tem de dotar os interessados de todas as informações e de todos os meios para que obtenham entendimento esclarecido sobre as questões tratadas e para que

participem efetivamente na definição de rumos e na tomada de decisões. Observada a legalidade, o Estado pode até disponibilizar servidores públicos com capacidade técnica para auxiliar cidadãos, usuários-consumidores e o terceiro setor durante o processo de outorga de concessão de serviço público.

A ineficiência estatal que por vezes ocorre no processo de outorga de concessão de serviço público se dá, dentre outras razões, principalmente pela assimetria de poder e de informação que há entre Estado e empresas, de um lado, e cidadãos e usuários-consumidores, de outro, de modo a gerar *deficit* democrático capaz de fazer preponderar, indevidamente, os interesses dos primeiros, muitas vezes econômicos e políticos e nada republicanos.

Em casos de erros e falhas estatais nas outorgas de concessão de serviços públicos, a responsabilidade recai sobre o Estado, assim se entendendo por não se mostrar juridicamente possível que os custos e as consequências da ineficiência estatal sejam repassados aos usuários-consumidores, que gozam do direito fundamental à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF/88) e têm a seu favor o princípio da eficiência e da boa administração pública (art. 37 da CF/88).

A democracia, com seus critérios de participação efetiva (com oportunidades iguais e efetivas de opiniões), de entendimento esclarecido (com cada membro tendo igual e real oportunidade de aprender sobre propostas, políticas e consequências) e de controle do programa de planejamento (com os membros decidindo como e quais questões devem ser colocadas no planejamento), se apresenta como forma adequada para discussão e deliberação de políticas públicas, como a de transferir serviço público à iniciativa privada para prestação de utilidades e comodidades aos usuários-consumidores e à sociedade.

A democracia, que se assenta no poder do povo, encontra limites e vínculos constitucionais, sobretudo nos direitos fundamentais, que não podem, diante de um sistema jurídico de rigidez constitucional, ceder a decisões de qualquer maioria, de modo a se reconhecer e impor uma dimensão substancial acerca das decisões produzidas.

A participação social, por meio da democratização da atuação estatal, é importante para informar o interesse público – que não parece ser meramente formal, genérico e vago –, para incrementar discursos de aplicação do direito e para auxiliar e orientar a tomada de decisões administrativas eficientes. É importante, ainda, porque há questões que não versam sobre direitos fundamentais nem são jurídicas e que, justamente por isso, podem ser deliberadas pela vontade da maioria.

O protagonismo social, com democracia participativa e cidadania ativa, se faz recomendável com o fim de minimizar o fato de cidadãos e usuários-consumidores deterem

informações e poderes inferiores aos reunidos por empresas interessadas em disputar o certame e pelo poder concedente. De outro lado, o protagonismo social também se faz recomendável em razão de o monitoramento de procedimentos e a exigência de decisões em prol do interesse público fazerem com que ineficiência administrativa se apresente mais distante e mais difícil de ocorrer.

É nas consultas e audiências públicas que a democracia participativa e a cidadania ativa encontram seu *locus*, com amparo jurídico para garanti-las e para forçar a democracia substantiva ante as contribuições prestadas pela sociedade civil em busca de um Estado eficiente e que se conduza por escolhas legítimas em termos de formatação e outorga de concessão de serviço público.

Nas oportunidades em que a sociedade e os usuários-consumidores podem protagonizar durante o processo administrativo de outorga de concessão de serviço público (consulta e audiência públicas), argumentos podem ser contrapostos aos contidos na justificativa estatal (art. 5º da Lei n. 8.987/95) de modo a fazer com que os motivos daquele ato administrativo sejam infirmados; de modo a reclamar revisão e modificação da tomada de decisão por parte da administração pública.

Oportunizar o processo democrático e depois simplesmente, sem fundamentação jurídica, desprezar os elementos por ele produzidos, de nada serve, se revestindo de postura meramente burocrática, que em nada contribui para a necessária relação de gestão entre Estado e administrados com vistas à governança pública participativa.

Os resultados obtidos com a consulta e a audiência públicas devem ser considerados, fundamentadamente e com transparência, pelo órgão estatal, seja para acolhê-los, se assim se conformarem com a ordem jurídica, com as políticas públicas objetivadas e com o contexto da realidade, seja para rejeitá-los, em caso contrário.

O ato de justificação tratado pelo art. 5º da Lei n. 8.987/95 não é, desse modo, definitivo, mas antes provisório e passível de revisão e modificação pela própria administração ante argumentos e fatos superiores aos que o embasam, guardando certa semelhança com a tutela jurisdicional provisória tratada no art. 294 e seguintes do Código de Processo Civil.



## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABRUCIO, Luiz Fernando; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinícius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Luiz Fernando; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. As normas programáticas na constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código brasileiro de proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan/abr 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773.

BOBBIO, Norberto. II. A tradição Aristotélica das três formas de governo. Verbete: Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, v. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLZAN, Jose. *Habermas: razão e racionalização*. Ijuí: Unijuí, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Capítulo 5. Teoria geral dos direitos fundamentais. Seção 2.1 Gerações de direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 28 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm). Acesso em: 14 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 28 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de

maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm)>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2210/2008. Processo n. 021.975/2007-0. Relator Min. Benjamin Zymler. Plenário TCU. Data da sessão: 08.10.2008. Acórdão publicado no Diário Oficial da União em 10/10/2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/PROC%253A02197520070/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/6>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAETANO, Marcello. A reforma administrativa. In: DI PIETRO, Mari Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 1).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Keven (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Capítulo 1. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. Seção 3.5. Origens, desenvolvimento histórico e modelos de estado de direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

\_\_\_\_\_. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138 abr./jun., 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DAVI, Kaline Ferreira. Direito administrativo, os atos de governo e os direitos sociais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SANDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3).

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexandre Araújo de Souza et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Título I. Dos direitos do consumidor. Capítulo I. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FOLHA DE S. PAULO. São Paulo, 4 jun. 2011. Folha Mercado, Caderno B, p. B-18.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e direito).

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a noção de norma-objetivo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

\_\_\_\_\_. Interpretando o código de defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

\_\_\_\_\_. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Consensualidade na administração pública. In: DI PITERO, Maria Sylvia Zanella; SANDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3).

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Ronei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. Trad. Marcos Penchel e Maria Tereza Lopes Teixeira. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

\_\_\_\_\_. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUMEMHUK, Hewerstton. *Responsabilidade civil do Estado Constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KRASTANOV, Stefan Vasilev. Explicação verbal. Aulas da disciplina Filosofia Geral: Problemas Metafísicos I, do curso de graduação em Filosofia – Licenciatura, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2015.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Keven (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

LAFER, Celso. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LAMBERTUCCI, Antonio Roberto. A participação social no governo Lula. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2009.

LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e poder: limites da política no estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAIA, Adinoel Motta. *A Era Ford: o século do consumo e da globalização*. Salvador: Casa da Qualidade, 2002.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassabezi (Orgs.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2015.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular. In: DI PITERO, Maria Sylvia Zanella; SANDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3).

PACHECO, Regina Silvia. A agenda da nova gestão pública. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Luiz Fernando; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Keven (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Keven (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Keven (Orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção justiça e direito).

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBAS, Lída Maria; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os conflitos nas sociedades brasileira e portuguesa do século XXI: assunção de mecanismos alternativos de solução. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano XVI, n. 28/29, 2015.

RIBAS, Lída Maria. Efetivação da justiça e gestão descentralizada dos conflitos: mecanismos sustentáveis de solução. In: MIRANDA, Jorge (Coord.); CÁULA, Bleine Queiroz *et. al.* (Orgs.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Vol. 3, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RIBAS, Lída Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de políticas públicas no Brasil. In: SILVA, Suzana Tavares; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção do consumidor como um direito fundamental. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Vulnerabilidade do consumidor e*



*modelos de proteção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 2).

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. São Paulo: Editora Ática, 1987, v. 1.

\_\_\_\_\_. *A teoria da democracia revisitada: as questões clássicas*. São Paulo: Editora Ática, 1987, v. 2.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental “pro homine”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, decisão jurídica e pós-modernidade: os novos vínculos com o futuro. *Campo Jurídico*. Vol. 2, n. 2, p. 167-198, outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/64>>. Acesso em: 29 de junho de 2017.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Cidadania e políticas públicas. In: DI PITERO, Maria Sylvania Zanella; SANDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3).

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. In: DI PITERO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Ato administrativo, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 2).

TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública na nova constituição. In: DI PITERO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3).

TORRADO, Jesús Lima. El fundamento de los derechos humanos. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP*. n. 16 (jan/jul). Jacarezinho: 2012.

URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera. Apresentação. In: *Formação de educadores em direitos humanos*. URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera (Org.). Campo Grande: Editora UFMS, 2014.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. *Direitos humanos e democracia no Brasil*. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo estado de direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. 2.