

## **Uma breve reflexão sobre a decisão do STF que obriga a Administração Pública a efetivar políticas públicas**

por Tanius Ferreira Schafer Filho  
NWADV/PORTO ALEGRE

O mês de agosto de 2015 é um marco na história do direito constitucional brasileiro. Em 13/08/2015, na análise do Recurso Extraordinário nº 592.581, que tratava de ação civil pública movida pelo Ministério Público gaúcho em face do Estado do Rio Grande do Sul, cujo pedido era a condenação para efetivar reformas em presídio estadual a fim de garantir a integridade física e moral dos apenados, a nossa Corte Suprema proferiu julgamento que consagrou por unanimidade a seguinte tese:

“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

De início, é preciso deixar claro que a concretude dada pelo STF ao direito fundamental dos presos de serem tratados com dignidade é realmente louvável, e, a rigor, antes até da Carta Constitucional de 1998, no Brasil já vigorava desde 1984 a Lei de Execução Penal, que é bastante garantidora da dignidade do condenado e sobretudo vocacionada para sua reintegração social.

No entanto, o sistema prisional brasileiro nunca observou adequadamente os direitos dos presos, funcionando muito mais como uma “escola do crime” do que propriamente como uma estrutura capaz de propiciar aos apenados um harmônico retorno ao convívio social, daí resultando um verdadeiro descompasso entre as disposições jurídicas e a realidade caótica das prisões brasileiras comparadas a prisões medievais.

Ocorre que, diferentemente dos direitos fundamentais que exigem uma abstenção do Poder Público (direitos de defesa) e cujo cumprimento é concretizado com uma ordem judicial que proíba determinada conduta do Estado, o direito a um

tratamento digno em uma prisão já implica a necessidade de uma prestação estatal, isto é, o fornecimento de uma estrutura prisional condigna ao recebimento dos condenados, e aí, indubitavelmente, a situação ganha contornos bem mais complexos, eis que esta prestação exige sobretudo a disponibilidade econômica.

Ora, é noção elementar de economia que as necessidades humanas são ilimitadas e sempre se renovam, mas os recursos são escassos, donde a necessidade de se fazerem escolhas. No âmbito da Administração Pública, o instrumento utilizado para as escolhas é o justamente o Orçamento Público, é nele que a sociedade, através de seus representantes eleitos, irá definir suas prioridades e os meios para atingir os objetivos definidos (programa de governo), funcionando, assim, o orçamento como um instrumento de planejamento econômico-financeiro da políticas públicas a serem implementadas.

Por outro lado, o orçamento constitui-se em um poderoso instrumento de controle, pois delimita a ação do gestor público, isso porque a realização de qualquer despesa só é possível se ela estiver autorizada no orçamento, vale dizer, se houver dotação orçamentária que a comporte, conforme expressa disposição constitucional consubstanciada no art. 167, I e II, da CF.

Vê-se, pois, que a decisão do STF precisa sofrer uma compatibilização com as normas jurídicas atinentes à execução orçamentária, tanto aquelas situadas no texto constitucional, como aquelas constantes da legislação infraconstitucional, sob pena de se estar criando uma despesa para o Poder Público sem sequer saber de onde irá sair o recurso necessário ao pagamento daquela despesa, o que iria, a um só tempo, descumprir a exigência de prévia dotação orçamentária, além de comprometer o necessário equilíbrio fiscal, tão prestigiado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

É por isso que, diante da decisão exarada pela Suprema Corte, o Estado do RS terá que necessariamente abrir um crédito adicional (suplementar ou específico) ao orçamento público, indicando os recursos correspondentes, ou, ainda, transferir ou remanejar recursos para atender a despesa oriunda da decisão judicial, o que implica inevitavelmente a supressão de algum projeto ou atividade constante originariamente do orçamento público.

Em tempos que o governo federal apresenta um ambicioso plano para modernizar a infraestrutura brasileira, baseado na modalidade de concessão à iniciativa privada, ganha especial relevo as medidas tributárias que poderiam de alguma forma contribuir economicamente para esta modernização em área tão sensível ao desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, vou dirigir minha atenção à imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, e §§ 2º e 3º da CF, a partir de decisões do Supremo Tribunal que reconheceram, por exemplo, a imunidade de impostos à Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos<sup>1</sup> e à INFRAERO<sup>2</sup>. Em resumo, o suporte jurídico que amparou estas decisões consiste no fato de que tais empresas exercem um serviço público de prestação obrigatória e exclusiva por parte do Estado e, ainda que haja contraprestação pecuniária por estes serviços, estão estes ao abrigo da imunidade recíproca justamente por não constituírem atividade econômica privada desenvolvida num regime de livre concorrência (atividade econômica em sentido estrito), mas sim prestação de serviço público, na forma do art. 175 da CF.

Então, torna-se evidente que o desenvolvimento de uma atividade que possa se enquadrar como serviço público de prestação privativa por parte do Estado passa a ser o fator decisivo para viabilizar a aplicação ou não da imunidade recíproca. Sem pretender entrar aqui na questão de apresentar os caracteres definidores de serviço público, parece não haver dúvida de que, quando a própria Constituição Federal incumbe ao Estado o exercício de certas atividades, estamos na inequívoca presença de um serviço público por força de expressa previsão constitucional.

No que pertine ao objeto do presente comentário, o art. 21 da Constituição Federal elencou uma série de serviços em matéria de infraestrutura, que incumbe à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

---

1 STF, RE nº 354897/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 03/09/2004.

2 STF, RE nº 363412 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008.

Portanto, por exemplo, no inciso X, alínea “f”, do art. 21 da CF, tem-se a infraestrutura de portos marítimos, fluviais e lacustres. Recentemente, a Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração dos portos e instalações portuárias, estabeleceu o regramento com vistas à modernização e otimização da infraestrutura portuária brasileira, estabelecendo importantes diretrizes à consecução dos respectivos contratos de concessão à iniciativa privada.

E justamente uma destas diretrizes diz respeito à garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados, o que revela a manifesta intenção de se propiciar um serviço público que atenda ao desejável equilíbrio de custo e benefício. Então, indaga-se: por que não estender às concessionárias de serviços públicos a imunidade recíproca, de modo a reverter os valores que seriam pagos em função dos impostos num incentivo à modicidade das tarifas ou mesmo na obrigatoriedade de empregar tais recursos em investimentos na melhoria das estruturas?

Ora, é regra antiga de aplicação do direito que *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, isto é, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. É que quando o Estado explora diretamente e de forma privativa um serviço público goza da imunidade, justamente para o fim de lhe facilitar o tanto quanto possível a prestação dos serviços; então, esta mesma regra deveria ser aplicada no caso da prestação se dar indiretamente, via concessão ou permissão, porque, a rigor, o fato de se transferir a exploração à iniciativa privada não desnatura a essência do serviço, que permanece público e de titularidade estatal.

A objeção de que as concessionárias de serviços públicos exercem, via de regra, outras atividades econômicas privadas em regime de concorrência e que, portanto, a imunidade recíproca poderia representar uma quebra de igualdade em face de seus concorrentes, não resiste a uma melhor análise. Em verdade, o fundamental é que se assegure uma igualdade de condições no momento de feita das propostas comerciais para fins de participação do certame licitatório da concessão pública, isto é, que a imunidade seja prevista para todos licitantes e que estes tenham ciência desta circunstância para formular adequadamente a composição dos custos que embasará a proposta comercial.

De outro lado, para tornar mais transparente o controle da imunidade, evitando-se que o concessionário se utilize indevidamente da imunidade em outras atividades econômicas por ele desenvolvidas, pode-se estabelecer a obrigatoriedade

de concessionário constituir uma Sociedade de Propósito Específico para figurar no contrato de concessão, de modo a permitir que o faturamento da atividade concedida seja contabilizada à parte de outras atividades econômicas, facilitando, pois, o controle e a transparência da imunidade.

Então, na esteira da jurisprudência que a Suprema Corte vem empregando em relação a empresas estatais que prestam serviço público, é de ser fomentado o debate acerca da extensão da imunidade recíproca a empresas concessionárias de serviço público, sobretudo quando se trata de serviço a ser prestado em caráter exclusivo pelo Estado.

Realmente, se atualmente chegou-se à conclusão de que, apesar da pesada carga tributária imposta aos brasileiros, o Estado não foi competente para suprir diretamente o serviço público de infraestrutura indispensável para o desenvolvimento econômico, não podendo, pois, prescindir da iniciativa privada para propiciar a modernização e otimização deste serviço, talvez também seja o momento de concluirmos que urge o abrandamento da carga tributária, principalmente em situações que visem à implantação da infraestrutura necessária à minimização do denominado “custo Brasil”, expressão cunhada para representar as mazelas que diminuem a competitividade do produto brasileiro no mercado internacional, dentre elas, a inoperante infraestrutura de logística nacional.