

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM
DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Fúlvio Machado Piovesan

**AS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E SEU TRATAMENTO NA PERSPECTIVA
SISTÊMICA DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE
ESCOLAR: UMA ANÁLISE DA REALIDADE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**

Santa Cruz do Sul – RS

Fevereiro de 2016

Fúlvio Machado Piovesan

**AS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E SEU TRATAMENTO NA PERSPECTIVA
SISTÊMICA DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE
ESCOLAR: UMA ANÁLISE DA REALIDADE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Janriê Rodrigues Reck.

Santa Cruz do Sul – RS

Fevereiro de 2016

Fúlvio Machado Piovesan

**AS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E SEU TRATAMENTO NA PERSPECTIVA
SISTÊMICA DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE
ESCOLAR: UMA ANÁLISE DA REALIDADE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Janriê Rodrigues Reck
Professor Orientador – UNISC

Dr. Rogério Gesta Leal
Professor Examinador – UNISC

Dra. Caroline Muller Bittencourt
Professora Examinadora – UNISC

Santa Cruz do Sul – RS
Fevereiro de 2016

Dedicatória

Dedico esse Mestrado a minha filha Yasmin para que sirva de estímulo e incentivo para suas conquistas e para minha mãe Mariza, como um tributo de amor pela criação e valores morais por ela transmitidos.

Agradecimentos

Ao Grande Arquiteto do Universo, por ter me concedido os dons da vida, inteligência e força de vontade;

Aos meus pais Mariza e Ivo por me ensinarem desde cedo que nossa capacidade está bem além do que percebemos, basta um esforço a mais;

A minha filha Yasmin, por ser a mola propulsora de que eu avance mais degraus em minha existência e que esse trabalho a inspire em suas próprias conquistas;

À Jussinara, por ter sido, por muitos anos, a companheira de todas as horas e me auxiliado de forma decisiva na condução do escritório pelo tempo do mestrado;

Aos meus Mestres Janriê, Rogério, Raimar e Carol, pelos ensinamentos, pelo apoio e a certeza de que temos muito mais a produzir juntos;

Finalmente, aos amigos desse e de outros planos, que sempre estiveram comigo durante esse tempo me amparando, me protegendo e me iluminando...

Que a Luz Divina sempre esteja entre nós!

“Tuttavia, si muove”.

Frase atribuída a Galileu Galilei, em sua condenação por heresia ao afirmar a teoria do sistema heliocêntrico como uma verdade, provando tese de Giordano Bruno e Copérnico, proferida pelo Santo Ofício da Inquisição, em 22/07/1633.

Ao dizer que “todavia se move”, referindo-se à Terra em torno do Sol, Galileu desafia aqueles que o condenaram e mantém-se firme à suas convicções.

Em 1992 é iniciada a revisão do processo e em 1999, Galileu Galilei é absolvido da acusação de heresia.

Hoje me sinto mais forte

Mais feliz, quem sabe

Só levo a certeza

De que muito pouco sei

Ou nada sei...

(trecho da música Tocando em frente – Almir Sater e Renato Teixeira)

RESUMO

Este estudo se propõe a analisar, entre outros aspectos, a própria evolução do conceito de administração pública. As ações comunicativas aparecem nesse cenário como elo, interligando o planejamento à concretização de uma obra ou serviço público através do ato administrativo. A administração pública, por sua vez, se revela pelo conjunto da obra, numa perspectiva sistêmica. O problema é definir como esses movimentos de comunicação formam esse sistema que provém da própria sociedade a quem serve, numa relação comunicativa circular em cada ato administrativo. O Estado, então, é o meio de efetividade das aspirações sociais, se revelando o procedimento de contratação como uma ferramenta dessa engrenagem, onde a licitação e o contrato administrativo, especialmente do serviço de transporte escolar, são a materialização de uma das faces do direito fundamental à educação. A análise de decisões colegiadas emanadas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dentro de um contexto de amostragem exemplificativa, utilizando o método hipotético, define um cenário em que irregularidades formais conduzem o processo licitatório a situações de corrupção. A hipótese é averiguar e identificar os pontos sensíveis desse sistema administrativo, onde as patologias corruptivas gravitam com freqüência, seja na fase de habilitação, na prática de combinação de preço ou na privatização de linhas de transporte escolar, ficando explícitas as verdadeiras intenções dos agentes que a praticam.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à educação. Contrato administrativo. Transporte escolar. Patologias corruptivas.

ABSTRACT

This study aims to analyze, among other things, the very evolution of the concept of public service. Communicative actions appear in this scenario as a link, connecting planning the implementation of a work or public service through the administrative act. The government, in turn, is revealed for lifetime achievement, a systemic perspective. The problem is to define how these communication movements make up this system that comes from the very society it serves, in a circular communicative relationship in each administrative act. The state, then, is the means of effectiveness of social aspirations, revealing the hiring procedure as a tool that gear where the bidding and administrative contracts, especially the school transport service, are the materialization of the right faces fundamental to education. The analysis of collegial decisions of the Rio Grande State Audit Court South and the Court of Justice of Rio Grande do Sul State, within an exemplary sampling context, using the hypothetical method defines a scenario where formal irregularities lead the bidding process to situations of corruption. The hypothesis is to ascertain and identify the sensitive points of this administrative system, where the corrupting diseases gravitate often be in the qualification phase, the practice of combination of price or privatization of school transport lines, and express the true intentions of agents They practice it.

KEYWORDS: The fundamental right to education. administrative contract. School bus. Pathologies corrupting.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS SISTEMAS SOCIAIS ENQUANTO ELEMENTOS FORMADORES DO CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AS DIVERSAS REALIDADES E O MEIO ENVOLVENTE	14
2.1 A <i>autopoiesis</i> como primeira ideia de sistema. Do biológico ao social – uma necessidade de interação.	16
2.2 A <i>autopoiesis</i> no olhar de Luhmann e Teubner – uma nova concepção de sociedade e do indivíduo.....	19
2.3 As ações de comunicação como elemento da natureza dos atos administrativos – o Estado e sua função auto-limitadora.....	25
2.4 A contratação pública como finalidade da sistematização dos procedimentos administrativos	32
3 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR	38
3.1 Breves considerações sobre o direito fundamental à educação	38
3.2 A contratação pública enquanto sistema	48
3.3 O contrato administrativo de prestação de serviço de transporte escolar e suas particularidades	56
4 PATOLOGIAS CORRUPTIVAS NO SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	66
4.1 Fiscalização, informação e articulação entre os Órgãos públicos no combate à corrupção	66
4.2 Instrumentos atualmente utilizados pela sociedade no tratamento das patologias corruptivas	83
4.3 O posicionamento jurisprudencial nos casos de corrupção ou fraude no serviço público de transporte escolar	91
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	109
ANEXO	120

1 INTRODUÇÃO

Pensar no bem estar social como um objetivo a ser alcançado pelo Estado enquanto ente responsável pela proteção e manutenção de direitos fundamentais é um exercício típico da democracia, onde a função estatal é servir de meio para a efetivação desses direitos.

Sendo assim, o ideário constitucional brasileiro contemplou, na Constituição Federal de 1988, vários direitos fundamentais. Entre eles, a educação aparece como um pilar para que a sociedade brasileira chegue à plenitude social, com objetivos claros no desenvolvimento humano e exercício da cidadania, pois a ausência de educação tem relação direta com o baixo nível de renda, acarretando a pobreza, ao passo que essa mesma variante potencializa a pessoa, fazendo superar não só a falta de renda, como também a falta de capacitação profissional.

Promover igualdade e construir um espaço propício à cidadania é o desafio imposto ao Estado. Este tem a clara missão de implantar ações que assegurem a igualdade de condições para o acesso e a permanência do aluno na escola que, hoje, apresenta um contexto social caracterizado pela desigualdade social e falta de oportunidades no exercício de vários direitos fundamentais constantes do texto da Constituição Federal.

O acesso da criança à escola é um princípio constitucional consagrado. Porém, nas últimas décadas, o cenário foi marcado por momentos mais complexos, visto que a realidade brasileira demonstrou que a mera disponibilização do ensino público e gratuito não tem sido suficiente para assegurar o acesso, tampouco a permanência da criança e do adolescente na escola. O abismo social que se coloca evidencia uma distância entre o acesso e a permanência da criança na escola, sendo um desafio a ser vencido.

Estudos demonstram que os números do analfabetismo ainda são expressivos. Significa dizer que a mera imposição legal do acesso à educação como direito fundamental não é suficiente para efetivar esse direito, uma vez que seu exercício solitário, isto é, dissociado de condições que o tornem exequível torna-se uma espécie de “vazio legal”, onde o direito existe e não se efetiva.

Na busca de efetividade desse direito, foram atreladas ao acesso ao ensino público, as chamadas “obrigações acessórias”, conforme preceitua o art. 208, inciso VII da Constituição Federal, através do atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte coletivo, alimentação e assistência à saúde.

O teor desse dispositivo legal gerou algumas controvérsias, visto que sua literalidade remete ao entendimento de que a manutenção de programas suplementares destina-se ao ensino fundamental, excluindo os alunos da educação infantil e do ensino médio da abrangência da norma.

No contexto do direito ao acesso à educação, o tema do estudo se propõe então a analisar, por meio de amostra qualitativa e exemplificativa, de decisões emanadas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre os anos de 2010 a 2015, as práticas de contratação pública relativas ao transporte escolar efetivadas em nosso Estado.

Como preceitua a norma legal, a contratação pública se dá por meio do processo licitatório, que por sua vez se desenvolve a partir de uma série de procedimentos de caráter formal e impessoal, de acordo com uma forma previamente estabelecida, numa espécie de sistema, levando a um resultado pretendido pela coletividade, seja numa obra ou serviço público que atenda um número considerável de pessoas da sociedade.

O problema da pesquisa é olhar a administração pública como esse sistema de atos comunicativos, que pela interpretação constitucional são administrativos e identificar nesse corpo funcional os gargalos por onde eventualmente transitam ou possam ocorrer patologias corruptivas.

A pesquisa se insere no contexto interdisciplinar do programa de pós-graduação em direito, vez que transita por várias disciplinas, desde o direito constitucional (direito fundamental à educação), passando pelo financeiro, administrativo, transitando ainda por um momento pela a teoria dos sistemas, dentro do contexto pesquisado pelo professor Orientador.

A hipótese é: a administração pública, notadamente a municipal, que gerencia a prestação de serviço de transporte escolar, consegue efetivar o direito fundamental de acesso à educação com eficiência, levando em conta a complexidade do sistema de contratação pública de serviço de transporte escolar?

O objetivo da pesquisa é delimitar, tanto sob a ótica teórica quanto prática a importância da contratação pública enquanto unidade. Demonstrar então que essa unidade de atos administrativos conectados por disposição lógica e legal pode servir para a efetivação de direito fundamental que é o acesso ao direito à educação, com reflexos bem definidos sobre a própria dignidade da pessoa humana.

Também é objetivo da pesquisa demonstrar que apesar de ter o legislador idealizado um sistema e o próprio aparato legal correlato dar amparo para essa construção, há um elemento essencial para que essa idealização se concretize: a intenção do gestor público.

Aqui se trata de uma questão de suma importância para que todo esse sistema se movimente no caminho da realização dos ideais republicanos, ou seja, a prática constante da ética pública que resulta em um dever de probidade.

Para alcançar o intento, o presente trabalho se divide em três (03) capítulos distintos:

No primeiro capítulo, se propõe a perceber os sistemas sociais como formadores da própria administração pública, desde a ideia primária de sistema propagada por Maturana e Varela, passando pela interação social de Luhmann e chegando à obrigatoriedade dos atos administrativos e a própria finalidade do serviço público em Teubner e Duguit, respectivamente.

No segundo capítulo, a contratação pública já é mais explícita, superada sua base teórica trabalhada no capítulo antecedente, partindo para o estudo mais específico da aplicação dos princípios constitucionais da administração pública em função do direito fundamental à educação como finalidade de prestação de serviço público, encerrando no contrato administrativo de prestação de serviço de transporte escolar, objeto do estudo, dentro de suas particularidades.

No terceiro capítulo, o estudo se dirige às patologias corruptivas no contexto da prestação de serviço de transporte escolar, objeto de estudo, onde são trazidas ao exame as formas de fiscalização, informação e articulação entre as instituições encarregadas constitucionalmente da tarefa de efetuar essa fiscalização da prestação de serviço (ministério público estadual e federal, entre outros), que se dá especificamente junto aos municípios brasileiros; bem como os instrumentos colocados à disposição da sociedade civil a bem de auxiliar essas instituições no combate à corrupção e finalmente o posicionamento jurisprudencial, através de amostra qualitativa, na análise de pareceres e julgados tratando do tema – transporte escolar e corrupção.

O método geral seguirá a pesquisa da jurisprudência colhida nos pareceres e julgados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, respectivamente, por meio de amostra qualitativa, a fim de considerar o comportamento da administração pública municipal ante a contratação de serviço de transporte escolar e os indícios de corrupção nesse contexto da administração pública.

Justifica-se a pesquisa pela importância social que o tema alude, especialmente em relação ao direito fundamental à educação, especialmente na primeira infância, com importância científica relevante, sobretudo ao direito administrativo, em vista da escassez de estudos a respeito.

Justifica-se igualmente, pela experiência profissional do Mestrando, quando Assessor Jurídico do Município de Tupanciretã, entre os anos de 1997 e 1998, vivenciou experiência única na administração pública daquele município, colhendo impressões presentes nessa pesquisa.

Está o presente trabalho adequado à linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo proposto pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC, bem como à linha de pesquisa trabalhada e desenvolvida pelo Professor Orientador, Dr. Janrie Rodrigues Reck, no tocante à teoria dos sistemas.

2 OS SISTEMAS SOCIAIS ENQUANTO ELEMENTOS FORMADORES DO CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AS DIVERSAS REALIDADES E O MEIO ENVOLVENTE

O indivíduo em sua constituição biológica possui uma identidade própria e única, que lhe confere a condição de unidade, sendo essa o conjunto de várias unidades chamadas de micro-organismos. A autonomia dessas unidades forma, então, a estrutura biológica e molecular do ser humano, tornando-o um sistema mais completo na medida em que se acrescenta, a essas estruturas biológicas e moleculares, o sistema neurológico e a própria capacidade de raciocínio, dedução, o pensamento e a conseqüente necessidade de reflexão dos atos.

Apesar de possuir essa estrutura biológica e intelectual, em termos, complexa, o ser humano é parte de um todo considerado universalmente como a natureza e, como tal, é induzido por essa mesma natureza a conviver com outros seres de sua espécie, a bem de desenvolver suas aptidões de crescer, se desenvolver e procriar, deixando marca de sua passagem pela vida.

Naturalmente, a individualidade do ser é direcionada para uma dinâmica de evolução pessoal, com a compreensão dos fenômenos que o cercam, aliado às constatações traduzidas nas experiências acumuladas ao longo de sua existência.

Essas experiências produzem clara e intensa influência sobre sua compreensão do meio em que vive aliado ao papel que exerce no contexto social a que pertence. E, na maioria das vezes, se reproduzem no cotidiano dos demais seres que partilham essas experiências, tornando sua existência um constante evolutivo.

O autoconhecimento é, então, a realidade desse ser humano em constante movimento e dono do seu destino, com nuances de comportamento e atitudes que lentamente vão formando uma personalidade, uma forma de pensar e ver o mundo.

A interação com seus semelhantes é uma necessidade. A simples constatação de que existe e possui um sistema interno de entendimento não basta.

Para que tenha uma evolução plena, o ser humano necessita sair da individualidade para aliar novas vivências, sendo inevitável a interação com seus semelhantes, o que representa uma parcela considerável de sua própria vivência, formando, assim, um consenso possível de convivência em grupo.

Essas breves noções sobre a evolução do indivíduo foram, por muito tempo, objeto de investigação, discussão e pesquisa por vários estudiosos, seja no campo da filosofia, psicologia ou sociologia. O foco dessas pesquisas foram o entendimento da gênese humana e a repercussão de comportamentos individuais em determinado grupo social.

A partir disso, se investigou como uma determinada sociedade se formava; quais suas pretensões e até seu possível destino, baseado na conduta de seus membros, considerando o grupo social como um corpo, formado de diversos outros corpos, determinados e independentes uns dos outros.

A questão em estudo é como a unidade autônoma, independente e racional, ocupa lugar dentro da coletividade, mantendo suas características essenciais.

O tema é intrigante e vem sendo desvendado ao longo do tempo. Especialmente como essa individualidade se forma, como se relaciona, quais as razões que o levam a se projetar no outro e por que a vida exige um exercício contínuo de adaptação?

Essas e outras questões de maior profundidade, inseridas umas nas outras, num processo inevitável de investigação, dado sua complexidade, se estendeu para outros campos do conhecimento humano. Com isso, exigiu dos estudiosos a especialização do conhecimento, moldando-se num modelo multidisciplinar agregando mais ciências como a biologia e o próprio direito.

A filosofia por si não foi suficiente para responder questões como: a tendência instintiva do ser humano em relacionar-se; o limite entre a necessidade e a conveniência da convivência social; a relação familiar e seus efeitos psicológicos; os traumas sociais advindos dessas relações e outras situações individuais com repercussão social.

Esse micro sistema biológico formado de vários e complexos sistemas orgânicos (nervoso, digestivo, reprodutivo), dotado ainda de outros sistemas mais complexos ligados ao pensamento, sentimento, moral e ética; convive com outros microsistemas e forma com estes relações de amizade, cooperação e intimidade.

O conhecimento, em outras palavras, se mostra como algo comum entre os indivíduos, algo que deve ser explorado e compartilhado. Sob essa concepção, o ser humano está destinado ao conhecimento, porém com autonomia de pensamento e com uma compreensão imediata do mundo e da realidade.

2.1 A *autopoiesis* como primeira ideia de sistema. Do biológico ao social – uma necessidade de interação.

Segundo os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, todos os organismos funcionam devido a sua interação como meio, com mudança estrutural biológica constante, havendo interferência direta do meio na forma como interagem com essa estrutura.

Tal visão do ser enquanto sistema biológico e filosófico foi a ênfase da *autopoiesis*¹, havendo a fusão das diversas faces da gênese humana como um sistema complexo de interação entre os aspectos físicos e mentais.

Tal teoria surge na década de oitenta (1980) do século passado, tendo por proposta inicial um olhar mais abrangente sobre o indivíduo, visando compreender com maior amplitude as ações, mas principalmente as reações deste em relação ao grupo social, constituindo os sistemas noéticos de comunicação e a própria vida em sociedade.

¹ “Ultrapassando a indecível polêmica entre mecanismo e vitalismo à qual se reduziram séculos e séculos de debate filosófico sobre a questão, Humberto Maturana e Francisco Varela, os biólogos fundadores da teoria da autopoiesis, adiantaram uma nova e revolucionária ideia: o que define vida em cada sistema vivo individual é a autonomia e constância de uma determinada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema”.

Esses sistemas de comunicação, por sua vez, geram os seus próprios elementos, estruturas, processos e fronteiras, construindo o seu próprio meio envolvente e definindo a sua própria identidade.

Para Maturana e Varela², o indivíduo constitui um sistema biológico, molecular e existencial complexo e tem a necessidade de fazer parte de grupos que operam consensualmente entre si, constituindo o conhecimento como objetivo, caracterizado por uma mudança estrutural contínua.

Forma-se, então, uma relação circular de construção e reconstrução do ser individual e o grupo a que pertença. Ambos sob influência direta do meio em que vivem, formando uma *autopoiesis* biológica, sob esse aspecto.

A ideia da circularidade aparece como a necessidade de se reconhecer a existência de uma série de mecanismos de moderação do conhecimento que ajudam a construir e que são, por sua vez, construídos.

Desse modo, a estrutura determinada da biologia humana, a partir da perspectiva *autopoietica* não reduz a autonomia do sujeito. Mas sim, diz respeito à forma como interpretamos o mundo e compreendemos a realidade.

Partindo da questão filosófica da vida e sua aplicação no contexto do grupo, o meio e suas adversidades são ingredientes diretos dessa relação, que se caracteriza pela circularização dos elementos que a constituem, estando em constante estado de relacionamento e evolução mútua.

A influência do meio em relação ao indivíduo se dá com a participação efetiva, não se restringindo a uma observação distante e estéril, formando um sentido à realidade, diferente de uma visão restrita e observadora.

De tal modo, a formação do conhecimento depende de uma relação cíclica entre ação e experiência e que tudo o que vivemos constitui os elementos que fazem parte desse processo.

A sociedade é então entendida como um sistema *autopoietico* de comunicação, onde atos de comunicação geram novos atos de comunicação.

² MATURANA, Humberto/VARELA, Francisco, De Máquinas y seres Vivos. Santiago: Editorial Universitária, 1973.

A *autopoiesis* se revela como uma reflexão onde o observador produz sua percepção de mundo, agindo em seguida, gerando a autonomia do agir humano.

Não se pode ignorar o fato de ser o indivíduo um sistema orgânico, com características biológicas e culturais e que sofre em seu processo cognitivo a mediação entre a organização biológica e cultural. Apesar de ser um sistema biologicamente determinado, o comportamento humano não está imune às complexidades da vida e às contingências do meio, possuindo, dessa forma, uma autonomia auto-reguladora capaz de especificar a realidade.

O ato de cooperar e de vivermos em um consenso a ponto de constituirmos uma sociedade, na medida do possível organizada, é o que configura nossa condição de racionalidade. O fenômeno do conhecer, então, é um todo integrado e todos os seus aspectos estão fundados sob a mesma base onde a *autopoiesis* tenta demonstrar por meio da observação, que essa relação é parte da evolução humana.

Falar em *autopoiesis* é lembrar o tempo todo da responsabilidade do homem por suas ações. Isso quer dizer que a autonomia individual começa desde sua organização celular, estando presente tanto na sua vida orgânica como na sua vida social. Assim, fica sendo necessária a compreensão dessa conduta humana como um processo constante de total aprendizado e ampla formação do conhecimento.

O relacionamento social é a razão impulsionadora de mudanças estruturais, entretanto, na mesma intensidade em que somos transformadores, somos conservadores. A transformação de uma célula social, como a família, numa comunidade são as relações diárias e repetitivas de comunicação, seja direta ou indiretamente, por processos de interação ou símbolos.

Tais processos de comunicação formam relações humanas, que, ao longo do tempo, consolidam esse conceito de comunidade, justamente pela identificação de interesses e até aspirações comuns, transformando esse ideal numa ideia mais ampla, chegando então ao conceito de Estado. Essas observações de cunho científico tem sido a tônica para o estudo da sociedade como essa interação constante de sistemas individuais que formam o coletivo.

Aqui se propõe a justamente entender como esses sistemas de comunicação se originam e, posteriormente, formam grupos sociais movidos por interesses comuns, que se consolidam como comunidades interligadas, dentro de uma concepção de sistemas interativos.

2.2 A *autopoiesis* no olhar de Luhmann e Teubner – uma nova concepção de sociedade e do indivíduo

A ideia de *autopoiesis*, inicialmente trabalhada por Maturana e Varela, ganha novo contorno quando vista por Luhmann e posteriormente por Teubner. Essa visão mais apurada sobre a interpretação da *autopoiesis*, como uma contingência do tecido social, recebe de Luhman no contorno de que o indivíduo, como parte do todo, é, na verdade, o operador central desse aperfeiçoamento constante do ambiente social.

Enquanto partícipe e protagonista desse processo de aperfeiçoamento, a atividade desenvolvida pelo indivíduo em prol do grupo em que participa se torna algo mais complexo e, ao mesmo tempo, ativista, pois se consolida a visão de que a sociedade somente evoluiu se todos os seus membros de uma forma ou outra também evoluem. Em outras palavras, evolução é um caminho constante no processo de aprendizado.

Essa percepção mista de manutenção da individualidade em contraponto a um processo de uma massificação dessa individualidade, formando uma espécie de “amálgama social”, dá a entender o que significa para Luhmann (2007)³ a consolidação da expressão, “não há outra possibilidade que não a de considerar o homem por inteiro, em seu corpo e alma, como parte do entorno do sistema sociedade” como uma própria definição do papel desse indivíduo dentro do tecido social.

³ LUHMANN, Niklas & De GEORGI, Raffaele. “La sociedad de La sociedad”. México: Herder, 2007. P. 16.

Não significa dizer que o indivíduo esteja em constante processo de entrega para o grupo social a que pertence ou pretenda ser aceito, pois nem tudo o que individualiza o ser humano passa a pertencer naturalmente à sociedade.

Ela não se constitui na soma das consciências individuais ou das ações humanas e não muda seu peso por cada um que nasça ou por cada um que morra.

Os seres que a formam mantêm sua individualidade apesar de contribuírem para a evolução coletiva, mas a sociedade não se altera pela ausência de um ou outro componente. A sociedade simplesmente existe porque o grupo social se identifica com valores comuns.

É verdadeiro então o argumento que considera como elemento essencial para a convivência entre dois ou mais indivíduos, que eles partilhem ideais ou pensamentos em comum, mesmo tendo visões diferentes. Tal afirmação encontra guarida em outra afirmação de Luhmann (2007)⁴, quando refere que “a sociedade não vive, ela se torna possível através de consenso dos seres humanos da concordância de suas opiniões e da complementaridade de seus objetivos”.

Em verdade, o que torna possível a convivência de várias pessoas num determinado ambiente social é o ajuste razoável de consenso, que alguns denominam de bom senso ou senso comum.

Esse movimento entre a razão e o consenso leva os indivíduos a se relacionarem em ondas de comunicação, onde tese e antítese simplificam seu raciocínio numa síntese equilibrada.

Por essa via, há autonomia entre esses sistemas primários e secundários – biológico e social – não eximindo, porém, a interação de ambos pela comunicação, já que o indivíduo participa no sistema social, mantendo sua integridade biológica.

Essa concepção de sociedade remete a novas formulações e significações dos acontecimentos sociais: aí a importância de transpor para o direito – já que este é também um sistema da sociedade – as indagações e afirmações da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann.

⁴ LUHMANN, Niklas & De GEORGI, Raffaele. “La sociedad de La sociedad”. México: Herder, 2007. P. 12-13.

A sociedade, então, não é mais pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geograficamente delimitado.

Na perspectiva de Luhmann, ela passa a ser concebida como um sistema porque comunica, recorrendo a uma nova comunicação, ou seja, ela auto-reproduz sua operação peculiar que é a comunicação.

Uma das principais contribuições de Luhmann (1983)⁵ para a teoria e sociologia do direito está justamente na colocação do direito num lugar diferenciado do acontecer social, ou seja, como elemento de garantia de evolução da sociedade.

A tese de uma necessária superprodução de expectativas normativas, de uma multiplicidade e contradição sempre demasiadamente amplas no sistema normativo da sociedade, é de importância fundamental para a teoria evolutiva do direito.

O sistema jurídico realiza a sociedade quando se diferencia dela, quando se constitui de novas situações, inovando as relações sociais diariamente.

Para os sistemas de sentido, não existe a concepção de um mundo pré-existente de coisas. Em verdade, “o mundo não é mecanismo imerso que produz estados de coisas a partir de outros estados de coisas, e que com isso determina os próprios sistemas”.

Em realidade, afirma Luhmann (2007)⁶ que: “o mundo é um potencial de surpresas ilimitadas”.

A sociedade se traduz então nesse sistema social complexo, formado de diferentes realidades, sempre em movimento e sempre revelando situações novas e inusitadas, com as quais o direito precisa dar respostas. Sua constituição se revela como um sistema comunicativamente ou operativamente fechado, já que seleciona suas operações de acordo com o modo pelo qual é estruturado.

⁵ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

⁶ LUHMANN, Niklas & De GEORGI, Raffaele. “La sociedad de La sociedad”. México: Herder, 2007. P. 29.

Outra visão um pouco mais direcionada para o campo do Direito, sobre o conceito originário da *autopoiesis* de Maturana e Varela é concebido por Teubner, onde a teoria dos sistemas de Luhmann passa a ter uma conotação mais sociológica, se considerarmos o meio envolvente como uma condição determinante para a vida em sociedade.

Para Teubner⁷, a própria autonomia jurídica provém de uma relação comunicativa circular, como assevera: “a autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do direito, e não numa mera independência causal relativamente ao respectivo meio envolvente”.

Sob a égide dessa concepção, a ideia de *autopoiesis* transforma-se num sistema jurídico, que é concebido como uma incessante sucessão de elementos em permanente interação, com a conjugação dos seguintes elementos: auto-referência, paradoxo, indeterminação e estabilidade, operando e se reproduzindo por meio de valores próprios.

A interação dos sistemas com o respectivo meio envolvente dá uma perspectiva de abertura e adaptação, devendo articular-se entre si de forma auto-reprodutiva, num movimento de circularidade recíproca. A consolidação dessa característica de auto-reprodução, atribuída ao sistema jurídico, como refere Teubner⁸:

apenas se consolida quando seus componentes se encontram de tal modo interligados que atos e normas jurídicas se produzem entre si e que o processo jurídico e doutrina jurídica relacionem, por seu turno, tais inter-relações.

A esse ponto prossegue Teubner⁹ em seu raciocínio:

Esta articulação hipercíclica entre elemento e estrutura, enquanto produção recíproca de atos jurídicos e de normas jurídicas, constitui porventura o traço distintivo do direito moderno, possuindo as articulações de outros componentes sistêmicos uma importância bem menor.

⁷ TEUBNER, Gunther. “O direito como sistema autopoietico”. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. P. 73.

⁸ TEUBNER, Gunther. “O direito como sistema autopoietico”. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. P. 71.

⁹ TEUBNER, Gunther. “O direito como sistema autopoietico”. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. P. 87.

Tendo essa visão da *autopoiesis* como ponto de partida, se dá o tom para o desenvolvimento de uma teoria mais refinada sobre a autonomia jurídica do indivíduo em relação ao grupo social e como o meio envolvente age sobre esse mesmo indivíduo, gerando uma série de interações que produzem efeitos jurídicos.

Tais interações, na maioria das vezes, resultam em decisões, seja no âmbito pessoal ou no coletivo, visto que o processo decisório é formado de vários questionamentos.

Para Reck¹⁰, a ideia de decisão se revela como a chave das organizações políticas, traçando um paralelo entre Luhmann e Habermas a respeito:

Tanto em Habermas como em Luhmann, as organizações políticas estão conectadas com a ideia de decisão (LUHMANN, 1997). Evidentemente, todos os sistemas e organizações conhecem e decidem. Habermas, contudo, foca mais nos processos de decisão e no *telos* deste processo, enquanto que Luhmann nos elementos funcionalistas das organizações. A hipótese é que o Direito pode sair ganhando deste debate se souber traduzi-lo para as categorias jurídicas.

A par dessas visões sobre o funcionamento das organizações, importante salientar que essas decisões, oriundas de interações havidas nas organizações políticas, é o que resulta na política pública, segundo o raciocínio de Reck, uma “unidade de diferenças”:

Que exista tentativa de mudança consciente na sociedade, também todo o resto do ordenamento busca fazê-lo. Que nas políticas públicas predomina argumentos pragmáticos, isto ocorre em toda a Administração Pública.

Também a questão da efetivação dos Direitos Fundamentais. As políticas públicas consubstanciam nos modos pelos quais os direitos fundamentais serão efetivados. Assim, o direito fundamental à saúde será efetivado por uma política pública de saúde; o direito fundamental à propriedade, por uma política de segurança e registro, e por aí vai. Ocorre que as ações estatais visam a materialização de um direito fundamental. Deste modo, apenas afirmar a política pública é aquilo que realiza um direito fundamental é muito pouco.

O que vai realmente diferenciar a política pública de todos os outros fenômenos é, além da confluência dos dados acima, a possibilidade

¹⁰ RECK, Janriê Rodrigues. *In* “Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos”. Artigo vinculado ao projeto de pesquisa observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. P. 10 e 5.

de identificação de um discurso (HABERMAS, 1994) que se auto-referencia enquanto fim e enquanto meio. Isto é, as políticas públicas forma um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso traz dentro de si uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, isto é, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados. A política pública é, assim, uma unidade de diferenças.

A análise da sociedade sob uma perspectiva da *autopoiesis* e os atos de comunicação possibilita a visualização das dimensões inseridas na estrutura pragmático-sistêmica de Luhmann.

A par disso, Rocha¹¹ esclarece:

“A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nessa linha de idéias, é que se pode entender por que Luhmann, indo além de Kelsen (analítica) e Hart (hermenêutica) define o Direito (na Sociologia do Direito, 1972) como “uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal, social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo). Isto porque, para Luhmann, na “Sociologia do Direito”, o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. Estas reduções podem dar-se através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e na dimensão prática, “essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também

¹¹ ROCHA, Leonel Severo. In “Três matrizes da teoria jurídica”. Artigo vinculado ao Anuário do Programa de pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998/1999. Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS. São Leopoldo. 1999. P. 130.

através da delimitação de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações recíprocas”.

Então a interdisciplinaridade é uma necessidade e uma consequência da análise sistêmica da Teoria Geral do Direito, enquanto regulador da atividade social, segundo o olhar de Reck¹²:

“Se se observa algo – no caso, o Direito – a partir de operações comunicativas que tematizam algo, em princípio essas operações comunicativas carregam diversos conteúdos que poderiam ser acoplados operativamente a qualquer sistema. Quando o movimento social reclama um direito, tem-se uma comunicação que pode, simultaneamente, enlaçar-se a diversos sistemas, e cada sistema observará aquele fenômeno social a partir de sua lógica. A Política observará a ação social como uma manifestação de um programa candidato a ser vinculante para toda a sociedade, o sistema do amor, enquanto entrega a um desejo de felicidade do outro, e o Direito, a uma estrutura de expectativas ligada a programas condicionais que, por sua vez, caracterizam o código do sistema”.

Ações de comunicação então produzem a essência dos atos administrativos, como justificativa de sua própria legitimidade, com a imposição de sua obrigatoriedade em plena aceitação da sociedade que a recebe, sob o aspecto da natureza dos atos administrativos, numa concepção de instrumento de aparelhamento do Estado.

2.3 As ações de comunicação como elemento da natureza dos atos administrativos – o Estado e sua função auto-limitadora

A existência do Estado se justifica pela necessidade de centralização de ações que possibilitem ao indivíduo a concretização dos direitos fundamentais.

¹² RECK, Janriê Rodrigues. In “Competência pública enquanto categoria fundamental da Teoria Geral do Direito pragmático-sistêmica”. Revista de Direito Administrativo & Constitucional – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). Belo Horizonte. Fórum. 2003. P. 184.

Essa ideia consolida a submissão desse poder estatal à Lei como princípio basilar de sua legitimidade.

Sendo assim, a soberania estatal se consolida como um conceito próprio dessa legitimidade, imprimindo o caráter obrigatório aos atos administrativos, finalidade do serviço público, como deixa claro Duguit (2006)¹³:

El carácter de los actos administrativos fundado em el fin de servicio público, la eliminación del concepto de poder explican al próprio tiempo porqué no se plante a hoy la cuestión del carácter obligatorio de los contratos realizados por el Estado. Se advierte fácilmente el obstáculo com el cual vênia a tropezar el sistema imperialista. Si el Estado, podia decirse, es por esencia uma persona soberana, conserva este carácter, esta personalidad, en todos los actos que realiza, tanto em los actos contractuales como em los actos unilaterales. Por tanto, el Estado no puede estar ligado por un contrato, por que si lo estuviera, su personalidad se encontraría subordinada á outra; y esto supuesto, cesaria de ser soberana, ya que el carácter próprio de la voluntad soberana es el de no hallarse subordinada á ninguna outra voluntad.

O Estado, não é um fim em si mesmo, tendo a Lei como seu limite e até mesmo como norte, a orientar qual o procedimento deve ser escolhido para executar determinada tarefa, por exemplo, a Lei de Licitações, nos casos de contratação pública.

É importante que tenhamos presente que essa Lei é resultado de uma construção social, legitimada no poder concedido ao legislador, que representa as múltiplas forças da sociedade.

Temos sob essa ótica um Estado que respeita a liberdade na sociedade, efetivamente emancipada, mas que também intervenha na consecução da igualdade social, da solidariedade social.

A partir da igualdade, o indivíduo não está em posição de submissão ao Estado, já que a democracia exige que seus membros sejam iguais, estando assim governantes e governados em posição de igualdade, ainda que haja competência dos primeiros de tomarem decisões vinculantes para todos.

¹³ DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho Público. Traducción com estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramon Jaén. Anacleto ediciones y libros. Pamplona (Navarra). 2006. P. 255/256.

A igualdade leva à noção de representatividade, que por sua vez, aliada a legitimidade conferida ao governante de tomar decisões e implementar ações que visem a beneficiar a coletividade, fundamenta o princípio basilar do direito público.

Para que haja efetividade na promoção dos direitos fundamentais é que o Estado possui essa chamada função administrativa que, na definição Justen Filho (2013)¹⁴:

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional. (grifei)

Nas palavras de Guimarães¹⁵, “essa é a concepção de que o regime administrativo caracteriza-se pela capacidade da administração sujeitar os cidadãos aos desígnios de sua vontade, independentemente deles consentirem com tais manifestações”.

Adiante, prossegue descrevendo tal função administrativa do Estado como exorbitante aos olhos do direito privado. “A exorbitância, portanto, caracteriza-se pela capacidade de a Administração atuar sobre os particulares impondo-lhes deveres, ônus, à margem de qualquer concurso prévio de vontades”.

De posse desses poderes, o Estado passa então a aparelhar sua estrutura administrativa e instrumentaliza suas ações em procedimentos administrativos que são a via formal dos atos em que se dá sua atuação, com vistas ao cumprimento de sua finalidade.

O dever do Estado em restringir sua ação a trâmites legais estabelecidos se constitui na garantia que a sociedade possui de que a informação sobre os atos administrativos sejam conhecidos por todas as pessoas, facilitando, assim, a possibilidade de sua fiscalização.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. P. 121.

¹⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. In “O exercício da função administrativa e o direito privado”. Tese apresentada no programa de pós graduação strito sensu em direito da Universidade de São Paulo. P. 36. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-111633/pt-br.php>.

A partir da ideia de publicidade dos atos administrativos, essa sociedade que concede o poder, efetiva mecanismos de fiscalização da atuação do gestor público, bem como dos servidores.

Já o procedimento da contratação pública - seja de aquisição de mercadorias, bens móveis ou imóveis e serviços - se articula numa sequência de decisões administrativas, denominado de processo administrativo, destinado a uma finalidade.

O processo administrativo, enquanto conjunto de atos administrativos que é, possui esse caráter de serviço público por excelência, devendo então primar pela publicidade de seus atos como fator principal de sua validade e legitimidade, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais que o determinam.

Oportuno destacar que a conexão dessas decisões entre si formam o que Bittencourt e Reck (2014)¹⁶ denominam de unidade formada por uma pluralidade, que toma forma e sentido próprio quando reunidas em rede, ou seja, a sequência do processo administrativo leva indubitavelmente a um resultado lógico:

A ação administrativa sempre é processual. Licenças-interesse, multas de trânsito e aquisição de bens sempre são processos que compreendem diversos atos e fases. É importante dizer, contudo, que, como qualquer outro significado do mundo, quando se fala em contratação pública se fala em um sentido formado por um regime jurídico, ao qual estão conectadas as decisões. Este regime jurídico é uma unidade formada por uma pluralidade. **Essa pluralidade não é uma pluralidade linear, mas sim uma pluralidade de fontes, em princípio, desorganizadas, mas que formam um sentido próprio quando reunidas em rede.** (grifei)

Para que se materialize a formação desta “rede”, importa, antes de se pensar na aquisição de merenda escolar, que haja previsão orçamentária que a determine; planejamento que estabeleça em que tempo e como será desembolsado o valor para o pagamento e de que forma será executada a referida aquisição.

¹⁶ BITTENCOURT, Caroline Muller. RECK, Janriê Rodrigues. In “A construção de Categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto.” Direitos Sociais e Políticas Públicas. Tomo 14. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2014. P. 39.

Uma vez presentes tais condições gerais de existência, será iniciado o processo licitatório de aquisição, que por sua vez, obedecerá a uma modalidade específica, que pode ser tomada de preços ou convite.

Haverá um procedimento determinado e diferenciado para cada modalidade que, após homologação pela autoridade competente, será realizado o respectivo contrato administrativo (que prevê objeto, prazo, condições, preço) e finalmente será fiscalizado pela administração para que seja cumprido integralmente, consubstanciando o conceito da licitação, que no dizer de Meirelles (2004)¹⁷ significa:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

A preponderância da uniformização dos atos administrativos nas diversas esferas estatais, como código de conduta a ser seguido por todos os agentes envolvidos, estabelece critérios objetivos na sua aplicação e garante a consolidação da democracia na realização dos direitos fundamentais.

A visão dessa série de decisões que se tornam atos administrativos, levando à contratação propriamente dita e sua execução como finalidade desse processo, remete ao conceito de *procedimentalização* trabalhado por Justen Filho (2013)¹⁸, que assim define:

A procedimentalização consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas. Significa que a função administrativa se materializa em atividade administrativa, que um conjunto de atos.

Esse conjunto de atos deve observar uma sequência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídico para realizar os fins de interesse coletivo e a promoção dos direitos fundamentais.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 266.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de direito administrativo. 9ª edição, revista alares. Atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. P. 338/339.

Como a própria procedimentalização, a sistematização do procedimento como método de execução dos atos administrativos tem função preponderante nas práticas administrativas enquanto auxilia no controle do poder; enfatiza a regularidade administrativa com a eficiência e transparência dos atos, o que auxilia na consolidação dos objetivos democráticos.

O procedimento funciona como uma espécie de baliza da própria gestão pública, influenciando diretamente nas questões de planejamento.

Para Duguit, “a finalidade do serviço público reside na literalidade dos procedimentos administrativos, onde a celebração do contrato administrativo ao mesmo tempo iguala as partes contratantes e preserva o caráter essencial do Estado enquanto prioridade de interesse social”.

A finalidade do serviço público é justamente fazer a ligação entre a necessidade da coletividade e a disponibilidade dos recursos.

Duguit (2005)¹⁹ define que o Estado não é mais uma força soberana que comanda, mas sim uma força capaz de gerar serviços públicos. A noção de serviço público se torna fundamental para o direito público. Os governantes, nesse raciocínio, exercem simplesmente uma função na sociedade, sendo submetidos a uma regra de direito.

A relação orgânica existente entre o Estado e seus governantes é mais claramente observada por Duguit (2007)²⁰, quando defende não haver distinção dos atos praticados pelo Estado ou seus prepostos, sob o ponto de vista da responsabilidade desses atos em relação à população:

Se pretende que el Estado es una persona, que los gobernantes, los agentes son sus órganos, ya que como tales no tienen personalidad distinta del Estado, lo mismo que los órganos de un individuo no tienen una personalidad distinta del mismo. El Estado quiere y obra por sus órganos. Cuando aquéllos quieren y obran es el Estado quien quiere y obra. Cuando ellos cometen una falta es el Estado quien la comete: Le es imputable, y El es directa y personalmente responsable.

¹⁹ DUGUIT, León. Fundamentos do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2005. P 25/45.

²⁰ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público y privado. Granada. Editorial Comares. 2007. P. 121.

Essa responsabilidade do Estado se evidencia quando Duguit (2007)²¹ assevera que a greve dos servidores públicos, mesmo sendo um direito, se considera um crime em relação à população, que não deve ser afetada na relação de prestação de serviço que guarda com o Estado, revelando a importância da prestação contínua do serviço público:

Huelga y servicio público son dos cosas contradictorias que se excluyen. Todo servicio público es una cesación de trabajo y, por consecuencia, una interrupción de la acción. Que los trabajadores no se engañen y no persistan en creere nel pretendido derecho de huelga intangible. Toda huelga de servicio público es um crimen, y debe Haber y habrá, seguramente, siempre una fuerza gobernante para castigar este crimen y prevenir lo em la medida de lo posible.

O ambiente do serviço público, como a forma de manifestação da soberania estatal decorre da articulação de boas práticas administrativas, que propiciem a prestação de serviço eficiente e sem interrupção, sendo essa obrigação do governante também a de fiscalizar seu funcionamento e evitar a sua interrupção, como refere Duguit (2006)²²:

El derecho público moderno se convierte nun conjunto de reglas que determinam la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano á súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberania, de poder, tampoco. Pero si una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone á los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción.

O serviço público é dentro do cenário da administração pública o elo de ligação entre as demandas sociais e a efetiva execução das políticas públicas de concretização dos direitos fundamentais, bem como da própria manutenção dos serviços básicos de manutenção da vida em sociedade. Porém essa prestação de serviço não se faz sem um sólido mecanismo de controle representado pela contratação pública, onde os procedimentos administrativos tomam forma jurídica.

²¹ DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Granada. Editorial Comares. 2007. P. 255.

²² DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho Público. Traducción com estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramon Jaén. Anacleto ediciones y libros. Pamplona (Navarra). 2006. P. 116/117.

2.4 A contratação pública como finalidade da sistematização de procedimentos administrativos

Sem dúvida, é na celebração do contrato que as partes encontram-se para realizar a finalidade de própria licitação que é o ato de contratar. Veja-se que em todas as fases anteriores, desde a previsão orçamentária, passando pelo planejamento, abertura do processo de licitação e seu respectivo trâmite, é na assinatura do contrato a concretização de toda essa estrutura administrativa movida em torno desse objetivo.

O contrato administrativo aparece na doutrina como espécie de gênero do contrato, sendo considerado de natureza pública em vista de sua finalidade, com algumas particularidades em face do contrato visto da ótica privada.

Alguns doutrinadores divergem sobre alguns pontos em sua classificação, conforme será exposto em seguida, mas algumas características são bem claras e, portanto, consenso.

Para Justen Filho²³, a definição legal contida no art. 2º, parágrafo único da Lei 8666/93, que estabelece:

Contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Esse conceito nos dá apenas a noção geral sobre o conceito da modalidade de contrato administrativo. Porém, se torna necessário o complemento dessa definição, utilizando-se para tanto do conceito trazido da teoria geral dos contratos, quando então se define contrato administrativo em sentido **amplo** como sendo:

O acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de direito administrativo. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. P. 470.

Justen Filho (2013)²⁴ mais adiante finalmente esclarece o conceito de contrato administrativo em sentido **restrito**:

O contrato administrativo em sentido restrito é um acordo de vontades para constituir relação jurídica destinada ou a satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou **a constituir uma delegação a um particular da prestação de serviço público** (grifo nosso).

Como adiante trabalharemos sobre um determinado tipo de contrato administrativo nos permitiremos adiantar algumas características específicas dessa modalidade, a bem de focar nossa atenção.

No caso de contrato administrativo de prestação de serviço, a Administração Pública delega a um particular a prestação de serviço, mediante uma remuneração, restringindo sua atuação tão somente na fiscalização da efetivação do objeto contratado, sem atuar diretamente.

Em tal situação, há de se considerar que, na maioria das vezes, o poder público se vale de contratação do serviço em sua totalidade, onde o prestador (privado) deve fornecer o veículo a ser utilizado no transporte escolar, devendo se adequar a padrões de exigência do estado desse veículo pré-estabelecidos no edital de licitação.

A justificativa administrativa para a administração pública utiliza-se dessa prática para a contratação, encontra respaldo legal na Constituição Federal, Capítulo I do Título VII, quando se estabelecem os princípios gerais da atividade econômica onde enuncia em seu artigo 175:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de direito administrativo. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. P. 476.

Por sua vez, o artigo 30, incisos I e V, da Constituição da República, afirma que:

compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, bem assim organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

A par do amparo legal, a nós interessa com acuidade o conceito emanado da doutrina acerca do conceito do contrato administrativo.

Para Di Pietro (2012)²⁵, após discorrer sobre algumas características dos atos administrativos, confere ao contrato administrativo característica essencial no que se refere à bilateralidade da relação contratual:

O contrato administrativo, ao contrário, ainda que as cláusulas regulamentares ou de serviço fixadas unilateralmente, só vai aperfeiçoar-se se a outra parte der o seu assentimento; além disso, o contratado não é titular de mera **faculdade** outorgada pela Administração, como ocorre nos atos negociais, mas, ao contrário, assume direitos e obrigações perante o poder público contratante. Falta, nesse caso, às cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração, a imperatividade que caracteriza os atos administrativos unilaterais, pois aquelas não têm, como estes últimos, a capacidade de impor obrigações ao particular, sem a sua manifestação de concordância. (grifo original)

Fica claro que a base contratual se torna perfeita ante o assentimento mútuo das partes, o que é da essência contratual e no contrato administrativo não é diferente. Porém, o princípio da igualdade entre as partes e o da autonomia da vontade não se fazem presentes no contrato administrativo, visto que na execução do contrato o particular sempre se submete a cláusulas regulamentares fixadas unilateralmente pela administração, em obediência ao ditame legal.

Em todos os atos ou contratos administrativos, como são os que cometem a exploração de serviços públicos a particulares, está sempre presente a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo. Editora Atlas S/A. 2012. P. 262.

Esse poder discricionário da administração é, hoje, ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Ademais, sua justificativa se dá na própria adaptação do serviço público à realidade, através de modificação de regras no intuito de melhorar a prestação desse serviço, como define Duguit (2007)²⁶

Los gobernantes que tienen por misión esencial asegurar La organización y el funcionamiento de los servicios públicos pueden siempre, y hasta deben modificar las reglas del servicio para mejorarlo; pueden y deben aun cuando el servicio este concedido y sea su ley una ley-convención. Pero si estas modificaciones tienen por consecuencia imponer cargas particularmente pesadas para uno o varios individuos, La caja colectiva debe reparar el perjuicio. Esto es precisamente lo que ocurre con el concesionario. He aquí por qué La responsabilidad del Estado legislador se ha producido en su favor primero, responsabilidad del Estado.

Merece singular importância outro trecho de Di Pietro (2012)²⁷, no qual discorre sobre três características essenciais do contrato administrativo, que são: 1) a formação da vontade contratual unitária; 2) os interesses e finalidades e 3) a aquisição recíproca de direito às obrigações convencionadas:

No contrato administrativo, existe uma **oferta** feita, em geral, por meio de edital de licitação, **a toda a coletividade**; dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a **vontade contratual unitária** (primeiro elemento).

Os **interesses** e **finalidades** visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro (segundo elemento).

Cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas (terceiro elemento).

Quer isto dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como **acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos**. (grifo original)

²⁶ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público y privado. Granada. Editorial Comares. 2007. P. 121.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo. Editora Atlas S/A. 2012. P. 263.

Necessário destacar, ainda, uma particularidade do contrato administrativo em relação ao contrato de direito privado que diz respeito ao objeto, que será dirigido a uma prestação de serviço público, conforme esclarece Di Pietro (2012)²⁸:

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao **objeto**. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de “atividade exercida sob regime jurídico exorbitante”, mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente.

Abrange serviços públicos comerciais e industriais do Estado que, embora exercidos, em geral, sob regime de direito privado, podem ter execução transferida ao particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência. (grifo original)

Compete, assim, fazer uma distinção de caráter doutrinário, especialmente no que tange à distinção entre delegação e concessão de serviço público.

A delegação se refere ao serviço público de transporte escolar. Vale dizer que é dever do Município assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal, por força da Lei n. 10.709, de 31 de julho de 2003, que alterou o teor do art. 11 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, inciso VI.

Já a concessão ou permissão, refere-se a prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros à empresas de ônibus nas respectivas áreas de sua competência.

Importante estabelecer essa distinção, tendo em vista a necessidade de se perceber em alguns julgados onde o Transporte Escolar é visto como incluído no serviço público de transporte coletivo municipal, enquanto que são situações diversas.

Ademais, está a se tratar sobre o contrato administrativo de prestação de serviço de transporte escolar enquanto serviço público contratado de terceiros.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª edição. São Paulo. Editora Atlas S/A. 2012. P. 266.

Nesse caso, além de prestar o serviço, a contratada fornece o veículo, sua respectiva manutenção e o motorista; cabendo à administração pública municipal a função de fiscalizar a prestação do serviço.

Aqui reside uma das principais falhas verificadas, onde se observa a desídia da Administração Pública nessa função fiscalizadora, ocorrendo irregularidades graves na execução do contrato de prestação de serviço de transporte escolar.

Essa desídia, como se verifica no cotidiano, traz sérios prejuízos para a comunidade local, que perde em qualidade de prestação de serviço e muitas vezes, paga um preço acima da realidade, justamente por desconhecer o seu poder de fiscalização e reivindicação, seja por meio dos conselhos municipais de transporte, seja por meio das ações judiciais disponíveis em nosso sistema legal.

O conhecimento por parte da população das práticas governamentais, bem como a própria familiarização com termos administrativos se revela como um mecanismo eficiente de acesso às informações acerca da gestão pública.

O direito à educação como um direito fundamental nesse cenário, incorpora as necessidades gerais da coletividade e se utiliza da própria informação como uma forma de reequilibrar juridicamente as relações desiguais, trazendo para o âmbito da sociedade a inclusão social e a participação do cidadão como um princípio de democratização.

O acesso à educação então, é uma necessidade que se concretiza através do transporte escolar, como um meio, um instrumento de concretização desse direito fundamental, o que adiante será discorrido com mais profundidade.

3 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR

3.1 Breves considerações sobre o Direito fundamental à educação

Na pauta dos direitos fundamentais, o direito à educação é, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes instrumentos de inclusão social, onde a formação de um cidadão consciente é fator imprescindível para a efetiva igualdade, num ambiente onde a sociedade moderna sofre com a precariedade no ensino.

Sua importância decorre da preservação das tradições públicas, que devem ser transmitidas pela ação educacional para as futuras gerações, sendo consagrada sua universalidade enquanto direito fundamental, no dizer de Duarte²⁹:

Ora, se a proteção de um bem jurídico como a educação envolve a consideração de interesses supra-individuais, deve-se reconhecer que a sua titularidade não recai apenas sobre indivíduos singularmente considerados, mas abrange até mesmo os interesses de grupos de pessoas indeterminadas ou de difícil determinação, como as futuras gerações, que têm direito ao acesso às tradições públicas, preservadas e transmitidas pela ação educacional. Trata-se, pois, de um direito que, mesmo podendo ser exercido individualmente, não pode ser compreendido em abstração de sua dimensão coletiva e até mesmo difusa. A Constituição Federal, em seu artigo 205, reconhece, explicitamente, a educação como um direito de todos, consagrando, assim, a sua universalidade. Trata-se de direitos que devem ser prestados sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (cf. art. 3º, IV da CF/88). Contudo, não obstante o reconhecimento expresso da universalidade dessa categoria de direitos, a sua implementação demanda a escolha de alvos prioritários, ou seja, grupos de pessoas que se encontram em uma mesma posição de carência ou vulnerabilidade. Isso porque o objetivo dos direitos sociais é corrigir desigualdades próprias das sociedades de classe, aproximando grupos ou categorias marginalizadas.

Sob o prisma dos direitos fundamentais, Sarlet (2010)³⁰ salienta a dupla perspectiva desses direitos e os paradigmas que envolvem tanto os direitos individuais quanto os coletivos:

²⁹ DUARTE, Clarice Seixas. In: "A educação como um direito fundamental de natureza social". Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 – Especial. P. 691-713, out. 2007. Artigo disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf>, acessado em 20/01/2016. P. 698.

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.

A instrução como atributo da dignidade humana se constitui em um instrumento essencial e determinante para a formação da consciência cidadã, sendo um importante aliado para um País mais justo e igualitário, proporcionando uma condição digna no que tange ao desenvolvimento econômico e social, segundo o raciocínio de Sarlet (2010)³¹:

A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de um curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses. Nosso objetivo, contudo, é bem mais modesto, sendo nossa intenção, apenas referir alguns aspectos relevantes a respeito dessa temática, de modo especial para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais, além de nos situarmos no tempo e no espaço.

É evidente que a solução para diminuir a violência e a desigualdade é o investimento em educação, visto como um Direito Fundamental, não podendo ser suprimido ou reduzido, sob pena de afetação do cerne material da dignidade da pessoa humana, o que se revela mais contundente nas palavras de Sarlet (2010)³²:

Em se partindo do pressuposto que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem (tal como já foi lembrado) inclusive parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. 10ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 141.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. 10ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 36.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Livraria do Advogado. 2010. 10ª Ed. Porto Alegre. P. 453.

de direitos subjetivos definitivos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “reserva do possível” [e da conexas reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos Poderes, apenas para referir os que têm sido mais citados na doutrina, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.

Prossegue Sarlet:

Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas. Assim, até mesmo em homenagem às evidentes diferenças entre atos de cunho retroativo e medidas prospectivas, não se poderia imprimir, ao menos em princípio, tratamento similar a ambas as situações.

Então, torna-se necessária uma breve reflexão sobre a educação em nível mundial e posteriormente o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro em face do constitucionalismo brasileiro.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) prevê no artigo 12 que “toda pessoa tem direito à educação [...] direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna [...]”.

Nessa mesma senda, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), em seu artigo 13, elucida que “os Estados-partes no presente Pacto [...] concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e no sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Na Constituição Federal de 1988 a educação é tratada como um direito fundamental e essencial, conforme Silva (2009)³³:

O art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade.

Para Garcia (2006)³⁴, “são considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade e da inalienabilidade”.

A pessoa humana, a partir de um conceito de Estado solidário, é um fator preponderante nessas relações.

Os direitos fundamentais, por questão de facilidade em sua compreensão, têm sido divididos em dimensões.

A primeira dimensão constitui-se dos chamados direitos de liberdade, cujos titulares são indivíduos e que são oponíveis ao Estado e a segunda abrange os direitos sociais, culturais e econômicos, visando o princípio da igualdade.

Sobre o tema Sarlet (2010)³⁵ esclarece:

Desde o seu conhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz ao seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações.

³³ SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 312.

³⁴ GARCIA, E. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 383. 2006. P. 84.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. 10ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 45.

Na seara das dimensões dos direitos fundamentais, Moraes (2007)³⁶ enaltece a educação como um direito de segunda dimensão:

Verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo artigo 1º, IV da Constituição Federal. O direito à educação, nesse sentido, integra o rol dos direitos de segunda dimensão, tratando-se de um típico exemplo de direito social.

O direito à educação, então, integra o rol dos direitos de segunda dimensão, tratando-se de um direito social fundamental para uma sociedade mais harmônica e desenvolvida, conforme Sarlet (2010)³⁷:

Estes direitos fundamentais, que embrionários e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições, Francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc...revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

Para Freire (2001)³⁸, a educação é um processo de desenvolvimento social rumo ao bem estar da humanidade:

É a própria educação que pretendemos que se dê ao esforço de desafiar a quem proíbe que a educação se faça, é a própria educação como direito de todos, que é negada a grande parte da população. E esta primeira reflexão me leva imediatamente a constatar outra obviedade que é exatamente a natureza política que a educação tem, isto é, constatar a absoluta impossibilidade de termos um processo educativo que esteja dirigido ao 'bem-estar da humanidade.

³⁶ MORAES, A. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7ª Ed. São Paulo. Jurídico Atlas. Atualizada até a EC 55/07. 2007. P. 428.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. 10ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 47.

³⁸ FREIRE, Paulo. Ana Maria Araújo. In Pedagogia dos sonhos possíveis. São Paulo. Ed. UNESP. 2001. P.94.

Fica clara sua dupla condição enquanto direito fundamental, o que lhe dá um *status* de direito híbrido, pois se situa entre a dignidade humana e o desenvolvimento econômico.

Silva (2009)³⁹ elucida que “todos têm o direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família”, porém não menciona o dever ou mesmo a participação da sociedade nesse processo, quando a sociedade participa indiretamente.

Sarlet (2011)⁴⁰ enaltece que a dignidade da pessoa humana em sua completude, fortifica que os direitos e deveres são fundamentais para garantir uma sociedade mais harmônica, quando refere:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A comunidade e a própria sociedade, são então colocadas como elementos formadores e informadores nesse processo de consolidação da dignidade da pessoa humana na educação.

Já Linhares (2007)⁴¹, afirma que “o direito à educação, entretanto, deverá ser exigido não somente como direito social, mas como direito à vida, e, portanto, sob a proteção de uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.”

Torna-se extremamente relevante analisar a educação como um direito à vida o qual proporciona aos cidadãos uma igualdade no sentido mais amplo da

³⁹ SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. 32ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009. , p. 312.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª Ed. rev. Atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2011. P. 73.

⁴¹ LINHARES, M. T. M. O direito à educação como direito humano fundamental. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Maio de 2007. P 156.

palavra, sendo uma peça fundamental para uma sociedade mais equilibrada, harmônica e buscando sempre o desenvolvimento.

O desenvolvimento humano aparece aqui como uma política pública efetiva de inclusão social, atendendo às aspirações constitucionais de igualdade.

A concretização legal do direito à educação se materializa através da Lei nº 9934/96- LDB da Educação Nacional, dos atos normativos do CNE-Conselho Nacional de Educação, o ProLei - Programa de Legislação Educacional Integrada e do PNE -Plano Nacional de Educação, dentre outras normas que também possuem papel fundamental no intuito de efetivar e garantir o direito a educação.

A atual LDB assegura a garantia a educação e havendo desrespeito ao acesso o Poder Judiciário pode ser acionado para garantir esse direito:

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério público, acionar o Poder público para exigi-lo.

Com isso, ressalta-se que o direito à educação é fundamental, prestacional e subjetivo público, sendo um direito fundamental que embasado no princípio da dignidade humana e a efetividade desse direito junto à sociedade é primordial a Lei Maior de 1988.

A efetivação do direito à educação depende da atuação responsável dos Poderes Executivo e Legislativo e da fiscalização e da intervenção do Poder Judiciário, tornando esse direito efetivo e acessível para toda sociedade. O alcance dos níveis educacionais de que o Brasil necessita passa pelos instrumentos de controle e fiscalização da sociedade e pela aplicação da tutela jurisdicional prevista por parte dos operadores do Direito.

Para isso, a comunidade deve exigir por vagas nas escolas, por infraestrutura adequada ao aprendizado pleno e por qualidade no ensino, proporcionando aos envolvidos um aprendizado eficiente e responsável, ou seja, há

necessidade de um maior empenho dos governantes para fomentar uma nova cultura em nosso país.

A educação plena se revela por fundamental ao desenvolvimento do Brasil, aliado a uma união/parceria entre os entes públicos, privados, famílias e sociedade que devem se unir para efetivar esse direito, conforme previsão constitucional. Essa chamada “parceria social” deve e precisa ser incentivada via programas sociais de inclusão, especialmente em ações ligadas às ONGs.

Salienta-se que na Constituição de 1988, o direito à educação e as formas de assegurá-lo receberam efetiva atenção, sendo que a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios no setor é explicitada, bem como o dever do Estado e da família de garantir o acesso à educação básica a todos entre 4 e 17 anos proporcionando uma maior atenção ao ensino brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 refere no artigo 211 ao “regime de colaboração” entre União, estados, DF e municípios na organização dos seus sistemas de ensino e no artigo 212 esclarece a forma de financiamento sendo estabelecido percentuais mínimos de aplicação de recursos em educação pela União (18%), estados, Distrito Federal e municípios (25%), da receita de impostos:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º **Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.** (grifamos)

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (grifamos)

Na tendência de municipalização, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei 9.394/1996) proporcionou aos municípios o direito de organizar seus sistemas de ensino.

Já a Emenda Constitucional nº 14, de 1996, definiu que os Estados e o Distrito Federal devem dar prioridade à oferta do ensino fundamental e médio e estabelece que os municípios são responsáveis por ofertar a educação infantil e do ensino fundamental, enaltece que a responsabilidade e o regime de colaboração não estão regulados suficientemente, ou seja, os custos que os municípios possuem em diversos serviços como no caso do transporte escolar.

Há necessidade de uma reflexão acerca das responsabilidades e possibilidades da União, estados e municípios com relação à educação. Ou seja, (re) estabelecer o equilíbrio entre poder e dever dos entes federativos em nosso país é tarefa imperativa.

Assim, a municipalização foi a forma escolhida pelos constituintes, sendo o modelo fiscal adotado desde 1965 não garantem a efetividade e qualidade dos recursos para que os municípios consigam dar uma resposta satisfatória aos usuários (estudantes), onde a arrecadação de impostos nas mãos do governo federal e de encargos nas mãos das prefeituras dificulta a melhoria do sistema educacional em todo país.

Faz-se necessário os percentuais que os entes investem na educação em nosso país, enaltecendo que a União fica com 57% do total arrecadado no país (25% com os estados e 18% com os municípios), porém contribui com 20% dos gastos em educação.

Gomes (2008)⁴², ressalta que o fenômeno da municipalização do ensino possui contornos mais claros se analisado sob o prisma da estratégia utilizado pelos municípios com vistas às verbas de repasse do Fundef:

Para alguns autores, o crescimento da municipalização é resultado de um incentivo adverso que o FUNDEF teria gerado, contribuindo negativamente para a qualidade da educação nacional: motivados pela possibilidade efetiva de aumento de receitas, os municípios

⁴² GOMES, Sandra Cristina. Tese apresentada ao programa de pós-graduação do departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Ciência Política intitulada: "Fatores explicativos das diferentes estratégias de municipalização do ensino fundamental nos governos subnacionais do Brasil (1997-2000)". 2008. USP. Disponível em www.teses.usp.br/teses/.../8/.../TESE_SANDRA_CRISTINA_GOMES.pdf. Acessado em 23 de dezembro de 2015. P. 66.

mais pobres do país foram os que aumentaram a oferta de vagas no ensino fundamental (Pinto 2002, Rodrigues, 2001). Estas análises não explicitam como esses municípios teriam sido bem sucedidos com esta estratégia: se com a cooperação dos governos estaduais ou por iniciativa própria, a partir de incentivos do Fundef.

Adiante prossegue Gomes (2008)⁴³ completa o raciocínio sobre os efeitos da municipalização do ensino sob a influência do Fundef:

Podemos, assim, dizer que é no período pós-Fundef que o Brasil passa a assistir à municipalização do ensino fundamental, entendida como transferência, entre níveis de governos, da oferta desse serviço. Porém, esses resultados representam o conjunto de estados e municípios do Brasil de forma agregada. Quando observamos a municipalização por estados da federação verificamos que há uma variedade de situações no período pós-Fundef, ainda que todos estivessem sujeitos aos mesmos incentivos das regras do Fundef (tabela 2). Há estados em que a participação das matrículas municipais cresceu muito num período de dez anos (1996-2006). Por outro lado, surpreende que em alguns estados o crescimento das redes municipais tenha sido modesto.

Já se constata melhorias no ambiente escolar, livros escolares direcionados, transporte escolar (possibilidades de melhora), salas com ar condicionado em alguns lugares, mas é de conhecimento de todos que ainda há lugares que faltam o mínimo para tornar o ambiente escolar agradável e viável às pessoas.

De posse de tais informações, se percebe que há um investimento sendo feito pelos Entes Federativos, dentro dos limites legais estabelecidos, onde os ajustes necessários vem sendo cumpridos, mesmo diante de um momento econômico desfavorável.

Porém, o desafio de fazer do Brasil uma “pátria educadora” se perpetuará como um objetivo a ser alcançado enquanto nossos níveis de analfabetismo não forem zerados.

Não significa dizer que o Brasil está ligado a um projeto político ou a uma ideologia, mas sim de constatar que a ideia de educação está sempre em

⁴³ GOMES, Sandra Cristina. Obra citada. P. 70-71.

movimento, independentemente de quem seja o governante. É, acima de tudo, uma meta de estratégia governamental.

A educação, enquanto um direito fundamental de extrema necessidade para o desenvolvimento humano e social deve então ser objeto de foco no que se refere ao aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e de eficácia administrativa, com uma visão sistêmica da própria contratação pública, propiciando assim maior acerto nas políticas públicas direcionadas para esse fim.

A administração como um todo, a exemplo do que preconiza o art. 37 da Carta Magna, objetiva acima de tudo a eficiência do serviço público, sendo a contratação o instrumento do sistema administrativo para a consecução de seus ideais.

3.2 A contratação pública enquanto um sistema

À luz dos ensinamentos de Mendes (2012)⁴⁴, a contratação pública é uma realidade jurídica ampla, que compreende o planejamento do que se quer contratar, a seleção da melhor proposta e, por fim, a execução e gestão do contrato propriamente dito.

A expressão 'contratação pública' é mais ampla do que o sentido que revela a palavra 'contrato'. A realidade do contrato administrativo está inserida no contexto do que denominamos contratação pública. Dito de outra forma, o contrato é uma das fases da contratação pública; as outras fases são a interna (planejamento e definição das regras - edital), e a externa (seleção da proposta, que ocorre por meio de licitação, dispensa ou inexigência).

Ainda, estabelece Mendes (2012)⁴⁵, que a utilização da palavra licitação para qualificar 'toda a realidade' da contratação pública é um equívoco utilizado há muito tempo.

⁴⁴ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – fases, etapas e atos. 1ª Ed. Curitiba. Zênite. 2012.

⁴⁵ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – fases, etapas e atos. 1ª Ed. Curitiba. Zênite. 2012.

Eis que a licitação se revela como uma das formas de realizar a fase externa do processo de contratação pública, considerada como um processo amplo, harmônico e coerente.

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou a licitação como regra para contratação, por parte da Administração direta ou indireta, de particulares para executar serviço ou fornecer materiais a órgãos de natureza pública.

A lógica remete então que em se tratando de contrato administrativo, a dispensa deve ser a exceção, ocorrendo apenas nos restritos casos autorizados pela lei.

Finalmente, Mendes (2012)⁴⁶ afirma que a contratação pública possui, além da fase externa (na qual a licitação se realiza), duas outras fases fundamentais: a de planejamento e a contratual, que contam com estrutura, finalidade e lógicas distintas da realidade que se pode qualificar como licitação.

Em verdade, o mais difícil não é realizar a licitação, mas planejar a contratação e gerir e fiscalizar o contrato.

A licitação então é um fenômeno que existe no processo de contratação apenas na sua fase externa, ou seja, a partir do momento em que há publicidade do processo de contratação ou da convocação dos agentes que atuam no mercado, estendendo-se até a declaração final do vencedor da disputa. O que ocorre antes e depois no processo de contratação não é licitação propriamente dita, de acordo com Mendes (2012).

De outro lado, Rosseti e Gonçalves (2015)⁴⁷ afirmam que o processo de contratação pública pode ser dividido, simplificada, em duas etapas: uma interna e a outra externa.

⁴⁶ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – fases, etapas e atos. 1ª Ed. Curitiba. Zênite. 2012.

⁴⁷ ROSSETI, Suzana Maria. GONÇALVES, Oksandro. Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública. Artigo disponível em: [HTTP://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64). Acesso em 26 de dezembro de 2015.

Na etapa interna é que se identifica e caracteriza a necessidade, realizam-se as pesquisas de mercado para conhecer as soluções disponíveis e orçar preços.

Definem-se as condições de participação e execução contratual, bem como o procedimento adequado para a disputa (modalidade e tipo de licitação).

A etapa externa, inaugurada com a publicação do ato convocatório ou com o envio de convites, concretiza o processo de disputa. Exaurida essa etapa, tem-se a formalização do contrato, que igualmente depende de uma atuação maciça da Administração via atividade fiscalizatória.

Historicamente, a contratação pública sempre foi vista à luz da fase externa (oferta e disputa entre licitantes), sendo ignorada a fase de planejamento e dando-se pouca importância para a gestão do contrato.

Quando se fala em contratação pública se fala necessariamente em processo administrativo. Há uma estreita relação entre os dois.

A contratação pública é uma realidade jurídica inserida na ideia de processo, pois é por meio dele que é estruturada, desenvolvida, aperfeiçoada e atinge o seu fim.

O Administrador público deve ter muita cautela ao dispensar ou tornar como inexigível o procedimento licitatório, haja vista que o legislador impõe limites de poder de discricionariedade, sob pena de ser punido não somente quando contratar diretamente, mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para tais processos.

Mendes (2012)⁴⁸, a esse turno esclarece quanto ao processo de contratação pública que:

O processo de contratação pública é o conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação precisa da sua necessidade e demanda, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, isonomicamente, se possível, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação benefício-custo.

⁴⁸ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – fases, etapas e atos. 1ª Ed. Curitiba. Zênite. 2012.

Com isso, verifica-se que o fim da contratação pública é atender a determinada necessidade/demanda administrativa. Assim, tem a administração o dever de definir o melhor modelo de contratação possível, a fim de assegurar a indispensável eficiência.

O processo de contratação pública no âmbito brasileiro é regulamentado pelas Leis n.º 8.666/1993 e 10.520/2002, bem como definido por nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI:

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em suma, a legislação pátria estabeleceu que a administração pública para adquirir bens, serviços e obras, bem como alienar bens deve obrigatoriamente passar por processo licitatório.

Essencialmente, esse processo, tal como foi definido pela legislação vigente, justifica-se em razão de a administração ter de satisfazer uma necessidade específica e ter de atender, simultaneamente, a outros valores jurídicos definidos pela própria Constituição Federal.

Nesse passo, Mendes (2012)⁴⁹ afirma que a característica básica do processo de contratação é revelada por um dos seus procedimentos (a licitação), que é informado por duas condições básicas: a obrigatoriedade de garantir tratamento isonômico a todos os interessados e de realizar a seleção do futuro parceiro com base em critérios objetivos previamente definidos.

⁴⁹ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública – fases, etapas e atos. 1ª Ed. Curitiba. Zênite. 2012.

Salvo exceções definidas em lei, conforme determina a própria Constituição Federal, a escolha do parceiro deve ser feita de acordo com as referidas condições. No entanto, o valor mais importante do processo de contratação pública não é a igualdade, mas a satisfação e o atendimento da efetiva necessidade/demanda.

A igualdade é o valor mais importante da licitação, enquanto procedimento que informa o processo. Não se pode confundir o pressuposto do processo (que é a necessidade) com o da licitação (que é a igualdade), nem a finalidade dele com a da licitação, pois são distintas.

Quanto ao procedimento de licitação, Meireles (2009)⁵⁰ afirma que:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”

No ensino de Di Pietro (2001)⁵¹ o procedimento licitatório é regido pelos seguintes princípios: moralidade, impessoalidade, legalidade, probidade, publicidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório, sigilo das propostas e competitividade.

Di Pietro (2001)⁵² descreve os princípios norteadores do procedimento licitatório, como sendo os seguintes:

Princípio da **Moralidade** é em suma o comportamento honesto da Administração; o Princípio da **Impessoalidade** é a proibição de qualquer critério subjetivo, tratamento diferenciado ou preferência, durante o processo licitatório para que não seja frustrado o caráter competitivo desta; Princípio da **Legalidade** é aquele que disciplina a licitação como uma atividade vinculada, ou seja, prevista pela lei, não havendo subjetividade do administrador; já o Princípio da **Probidade** é descrito como a obediência às pautas de moralidade, incluindo não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, bem

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2009. P. 274.

⁵¹ DI PIETRO, Maris Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª E. São Paulo. Atlas. 2001.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª E. São Paulo. Atlas. 2001.

como as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes; o Princípio da **Publicidade** se define pela transparência dos atos da Administração Pública; o Princípio do **Julgamento Objetivo** é a vedação da utilização de qualquer critério ou fator sigiloso, subjetivo, secreto ou reservado no julgamento das propostas que possa elidir a igualdade entre os licitantes, de acordo com o disposto no artigo 44, da Lei 8666/93; o Princípio da **Vinculação ao Instrumento Convocatório** diz respeito às regras estabelecidas no edital ou na carta-convite, conforme artigo 41, Lei 8666/93; já o Princípio do **Sigilo das Propostas** é um pressuposto de igualdade entre os licitantes. O conteúdo das propostas não é público, nem acessível até o momento previsto para sua abertura, para que nenhum concorrente se encontre em situação vantajosa em relação aos demais; por fim, o Princípio da **Competitividade** estabelece que o procedimento de licitação deve buscar o melhor serviço pelo menor preço. (grifamos)

Mello (1998)⁵³, ao tratar dos objetivos da licitação, explica que, por meio deles, atendem-se três exigências públicas impostergáveis:

“(…) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput e 85, V, da Carta Magna brasileira.”

Corroborando com o exposto menciona Rosseti e Gonçalves (2015)⁵⁴: “o ponto nodal é o de que o atendimento a esses objetivos da licitação depende de um planejamento adequado e de boas práticas de governança”.

Em não havendo o planejamento, interesses imediatos e mediatos não serão atendidos, o custo com o procedimento pode reverter em prejuízo maior.

Essa ausência de planejamento, aliada a uma falta de uma governança adequada gera custos de transação relevantes que precisam ser considerados pelo agente público no momento da formatação do processo licitatório.

⁵³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 11ª Ed. São Paulo. Malheiros. 1998.

⁵⁴ ROSSETI, Suzana Maria. GONÇALVES, Oksandro. Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública. Artigo disponível em: [HTTP://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64). Acesso em 26 de dezembro de 2015.

Verifica-se então que a contratação pública enquanto processo compreende um desafio à administração pública e seus gestores, não mais relacionado simplesmente à seleção da proposta de melhor custo-benefício em condições isonômicas, mas em especial à realização de um planejamento adequado que considere boas práticas de governança, custos de transação, normatização e princípios que regem o Direito Público, de acordo com Rossetti.

Com isso, qualquer falha nessas etapas, além de no mais das vezes provocar prejuízos ao erário, reflete significativamente no principal destinatário da atenção da administração pública: a sociedade.

É necessário então que se conheça efetivamente a necessidade, sendo uma condição *sine qua non* para um processo de contratação pública eficiente.

Destaca-se em especial a questão das contratações públicas de transportes escolares no Brasil, visando segurança e qualidade da prestação de serviço.

Evidencia-se que o custo dessa realidade para o erário tende a ser ainda maior, seja em razão de desfalques orçamentários ou, mesmo, via multiplicação das mazelas sociais.

Nesse sentido é que se exige do Estado o desenvolvimento de novas capacidades e competências, ligadas às noções de planejamento estratégico e governança. Marques Neto e Queiroz (2006)⁵⁵ explicam que o planejamento:

exige uma Administração forte para impor suas medidas; capaz de ter um serviço administrativo competente, com pessoal habilitado, apto a compreender as grandes questões em jogo e a agir com rapidez e inteligência.

À ideia de planejamento soma-se a de governança, cujas premissas têm rompido progressivamente com valores e modelos tradicionais de administração. Na realidade, práticas eficientes de governança tendem a minimizar o insucesso dos processos de contratação, além de reduzir custos de transação.

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. Curso de direito administrativo econômico. Belo Horizonte. Fórum. 2006.

De acordo com Rosseti e Gonçalves (2015)⁵⁶ a administração pública só é concebida desde que a função que exerce seja realizada de forma eficiente e eficaz, sob pena de esvaziamento de sua atividade:

“O direito fundamental à boa administração não encontra previsão expressa na Constituição da República. A despeito disso, uma série de dispositivos constitucionais conduzem à sua identidade, ainda que implicitamente. Exemplo disso é o art. 37, caput, ao mencionar a eficiência como um dos princípios aplicáveis à atuação da administração pública. Ora, só se concebe o exercício da função administrativa de forma eficiente e eficaz. Do contrário tal múnus resta esvaziado.”

Verifica-se então que os processos de contratação pública compreendem um desafio no serviço público pátrio, ficando clara a observância pelos gestores da *res pública* dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência descritos no teor do art. 37 da Constituição Federal, não somente questão legal, mas estratégica.

Tal expressão se justifica pela necessidade cada vez mais recorrente de *se fazer mais com menos*, isto é, ante a realocação de recursos aos mais diversos setores da administração pública ou pura e simplesmente sua escassez em tempos de crise econômica, urge que se desenhem práticas de governança eficientes e eficazes, a fim de atender o interesse imediato da sociedade que é a prestação de serviço com qualidade e eficiência.

Os instrumentos legais desse modelo de gestão pública voltada aos princípios constitucionais da boa governança aparecem como facilitadores no controle dos gastos públicos, mas principalmente como elementos de relativa segurança jurídica.

Diz-se relativa, pois a realidade contratual aponta para uma precária fiscalização na execução contratual, conforme apontamentos realizados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, como adiante se tratará.

⁵⁶ ROSSETI, Suzana Maria. GONÇALVES, Oksandro. Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública. Artigo disponível em: [HTTP://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64). Acesso em 26 de dezembro de 2015.

3.3 O contrato administrativo de prestação de serviço de transporte escolar e suas particularidades

Dentro da lógica sistêmica da prestação de serviço público de transporte escolar, a contratação parece ser o momento mais importante, eis que representa a efetivação do negócio jurídico visto entre a Administração Pública e o particular.

Veja-se que em todas as fases anteriores, desde a previsão orçamentária, passando pelo planejamento, abertura do processo de licitação e seu respectivo trâmite, encontra na assinatura do contrato a concretização de toda essa estrutura administrativa movida em torno desse objetivo.

O contrato administrativo aparece na doutrina como espécie do gênero contrato, sendo considerado de natureza pública tendo em vista sua finalidade, tendo algumas particularidades em face do contrato visto da ótica privada.

Alguns doutrinadores divergem sobre alguns pontos em sua classificação, mas algumas características são bem claras e, portanto, consenso.

Para Justen Filho (2013)⁵⁷, a definição legal contida no art. 2º, parágrafo único da Lei 8666/93, dá a noção geral sobre o conceito da modalidade de contrato administrativo:

Contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Porém, é imperioso que se complemente tal conceito, utilizando-se para tanto do conceito trazido da teoria geral dos contratos, quando então define contrato administrativo em sentido amplo como: o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9ª Ed. Revista e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013. P. 470.

Aqui se apresenta a definição mais clara e específica sobre o contrato administrativo de prestação de serviço de transporte escolar, visto que nesse caso a Administração Pública delega a um particular a prestação de serviço, mediante uma remuneração, restringindo sua atuação tão somente na fiscalização da referida prestação de serviço, sem atuar diretamente.

A matéria se encontra regulada na Constituição Federal, Capítulo I do Título VII, quando se estabelecem os princípios gerais da atividade econômica onde enuncia em seu artigo 175 *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”*

Por sua vez, o artigo 30, incisos I e V, da Constituição da República, afirma que compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, bem assim organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Para Di Pietro (2012)⁵⁸, após discorrer sobre algumas características dos atos administrativos, confere ao contrato administrativo - objeto de interesse no presente estudo – característica essencial no que se refere à bilateralidade da relação contratual:

O contrato administrativo, ao contrário, ainda que as cláusulas regulamentares ou de serviço fixadas unilateralmente, só vai aperfeiçoar-se se a outra parte der o seu assentimento; além disso, o contratado não é titular de mera **faculdade** outorgada pela Administração, como ocorre nos atos negociais, mas, ao contrário, assume direitos e obrigações perante o poder público contratante. Falta, nesse caso, às cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração, a imperatividade que caracteriza os atos administrativos unilaterais, pois aquelas não têm, como estes últimos, a capacidade de impor obrigações ao particular, sem a sua manifestação de concordância. (grifo original).

Fica claro que a base contratual se torna perfeita ante o assentimento mútuo das partes. Na essência contratual do contrato administrativo não é diferente.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª Ed. São Paulo. Atlas. 2012. P. 262.

Porém, o princípio da igualdade entre as partes e o da autonomia da vontade não se fazem presentes no contrato administrativo, visto que na execução do contrato o particular sempre se submete a cláusulas regulamentares fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao ditame legal.

Em todos os atos ou contratos administrativos, como são os que cometem a exploração de serviços públicos a particulares, está sempre presente a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija.

Esse poder discricionário da Administração é, hoje, ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Merece singular importância outro trecho de Di Pietro (2012)⁵⁹, onde discorre sobre três características essenciais do contrato administrativo, que são: a formação da vontade contratual unitária; os interesses e finalidades e a aquisição recíproca de direito às obrigações convencionadas:

No contrato administrativo, existe uma **oferta** feita, em geral, por meio de edital de licitação, a **toda a coletividade**; dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a **vontade contratual unitária** (primeiro elemento).

Os **interesses** e **finalidades** visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro (segundo elemento).

Cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas (terceiro elemento).

Quer isto dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato **como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos**. (grifo original).

Destaca-se a distinção entre o caráter público e privado do conceito de contrato, eis que no caso do contrato administrativo (público), sua destinação ou

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª Ed. São Paulo. Atlas. 2012. P. 263.

objeto se dará em razão de uma prestação de serviço público, conforme esclarece Di Pietro (2012)⁶⁰:

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao **objeto**. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de “atividade exercida sob regime jurídico exorbitante”, mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente.

Abrange serviços públicos comerciais e industriais do Estado que, embora exercidos, em geral, sob regime de direito privado, podem ter execução transferida ao particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência. (grifo original).

Especial atenção é destinada a uma distinção entre a racionalidade pública e privada, que se justifica a partir de um raciocínio de imparcialidade e separação entre os fins privados e públicos, como suscitam Kaufmann e Silva (2014)⁶¹

As características principais dessa burocracia, pelo menos em termos justificativos deste sistema, são a imparcialidade e a separação entre os fins privados e públicos.

No entanto **essa visão de burocracia parte de uma distinção entre a racionalidade pública e privada, desconsiderando, na grande maioria das vezes, o papel da estrutura de incentivos gerada dentro de um conjunto de regras e valores, que, na prática, pode ocorrer tanto em âmbito privado, quanto público.** Os agentes públicos podem ter um comportamento que vise à satisfação de sua realização pessoal (seja ela monetária ou não) mesmo enquanto agentes públicos.

Nas definições de corrupção depara-se com um ponto importante: a ideia de separação entre a coisa pública e a coisa privada. Ademais os políticos tomam as decisões alocativas de acordo também com suas respectivas funções-objetivo. (grifamos)

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25ª Ed. São Paulo. Atlas. 2012. P. 266.

⁶¹ KAUFMANN, Patrícia Tavares Ferreira. SILVA, Ianaiê Simonelli da. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “Corrupção e Improbidade administrativa: uma análise dos seus efeitos na sociedade e o possível reflexo no controle jurisdicional de políticas públicas”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: [HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf). Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 154.

No caso específico do contrato administrativo de prestação de serviço de transporte escolar, além dessas regras gerais atinentes à sua natureza contratual, dentro do contexto do próprio direito administrativo e do universo da contratação pública, urge que se alerte para a legislação própria que tal modalidade segue, desde o Edital de Licitação – a Resolução CONTRAN n. 25/98.

Tomando-se em conta tal legislação, o Edital de Licitação para o Transporte Escolar deve considerar para a contratação de terceiros, que seus veículos atentem para a previsão legal, sob pena de sequer serem habilitados no certame.

Evidente que a Resolução prevê desde a capacidade de lotação limite de alunos sentados até o ano de fabricação dos veículos, observados critérios técnicos para sua admissão.

O Poder Público deve exigir a adaptação dos veículos que fazem o transporte escolar às características dos alunos, no que se refere a aspectos como padronização da altura e largura dos assentos, abertura das janelas e exigência de cinto de segurança.

Há de ser observada, também, a igualdade de condições de acesso às escolas para alunos portadores de necessidades especiais, conforme determina a legislação brasileira bem como cabe a Administração Pública estabelecer parâmetros e critérios técnicos para garantir esse acesso.

A fiscalização desse item deve observar as recomendações do Decreto nº 5.296 de 2004, além de outras normas pertinentes, devendo essa exigência se encontrar regulamentada e estipulada em contrato.

A Lei nº 8.666/93, artigos 28 a 31 estabelece a documentação exigida das empresas participantes de licitação.

As empresas que quiserem prestar serviço de transporte escolar deverão apresentar documentos referentes a idoneidade técnica, idoneidade financeira, idoneidade jurídica, idoneidade legal.

Os encargos e responsabilidades das empresas também devem ficar claramente definidos em contrato, conforme contido no art. 55, inciso VII, da lei nº 8.666/93:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas.

A Administração deverá publicar os avisos de licitação, com antecedência, tanto pela imprensa oficial como pela particular, objetivando dar publicidade ao ato, além de elevar o caráter competitivo do processo.

O procedimento licitatório tem início com a abertura do processo administrativo, a ele sendo juntados os documentos previstos no art. 38 da Lei 8.666/93.

Conforme previsto no art. 62 da Lei nº 8.666/93, o termo de contrato é obrigatório nos casos de: concorrência e tomada de preços e, nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas modalidades:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação. (grifo nosso)

Nos demais casos tornam-se facultativa podendo ser substituídos por outros instrumentos hábeis.

Os contratos devem constar cláusulas obrigatórias que se encontram previstas no artigo 55, incisos I a XIII da Lei nº 8.666/93, além de ser imprescindível constar cláusula onde fique explicitado como competente o foro da sede da Administração.

Com intuito de garantir a frequência escolar de crianças e adolescentes, o transporte escolar não pode sofrer solução de continuidade nem ser prejudicado pelos aspectos burocráticos ou de formalidades administrativas exigíveis, de responsabilidade do Administrador.

A Constituição Federal estabelece no artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, “b”, que matéria envolvendo serviços públicos é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo e o artigo 175 dispõe que a concessão ou permissão de serviço público, que é incumbência do Poder Público, será dada sempre através de licitação, na forma da lei.

Esse serviço de transporte escolar como serviço público, pode ser delegado ao particular na modalidade de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, sendo a outorga dessa concessão ou permissão de serviços públicos um ato típico de gestão administrativa e de competência exclusiva do Prefeito Municipal.

A Carta Federal, em seu artigo 84, inciso VI, ao tratar das atribuições do Presidente da República, estabelece que compete privativamente ao Presidente da República dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei.

Cabe, entretanto, nos termos do respectivo parágrafo único e seus incisos, dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Salienta-se que a permissão não gera privilégio, nem assegura exclusividade ao permissionário, salvo cláusulas organizadas e expressas anteriormente nesse sentido.

Toda permissão para a prestação de serviço público ou de utilidade pública, pela Constituição de 1988, exige licitação nos termos do seu art. 175.

Observe-se, ainda, que aos permissionários não se estendem automaticamente as prerrogativas dos concessionários, só se beneficiando das que lhes forem expressamente atribuídas.

A permissão vem sendo a modalidade preferida pelas Administrações federal, estaduais e municipais para delegação de serviços de transporte coletivo a empresas de ônibus nas respectivas áreas de sua competência, muito embora o Código Nacional de Trânsito (Lei 5.109, de 21.9.66) admita também a concessão e a autorização, conforme art. 44.

Além disso, o Brasil conta com um complexo sistema de financiamento do transporte escolar, conforme bem esclarecem Egami e Souza⁶²:

Em 1996, foi criado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, com a função de captar e destinar recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e para valorização de seu magistério. O *fundo* permite que parte dos recursos captados seja gasta com a compra e a manutenção de veículos para a condução escolar, com a finalidade de complementar as necessidades financeiras demandadas pelo transporte escolar rural. O Governo brasileiro também criou, em 1994, o Programa Nacional de Transporte Escolar – PNTE, prevendo o financiamento do serviço e o mecanismo de controle, feito por meio de prestação de contas. Esse *Programa*, gerenciado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, repassava recursos, às prefeituras e organizações não-governamentais sem fins lucrativos mediante convênio, para a aquisição de veículos automotores zero-quilômetro destinados ao transporte diário de alunos. Em 2004, as diretrizes do financiamento do transporte escolar rural foram reformuladas pelo Governo Federal a partir da instituição do Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar – PNATE. Os recursos alocados por tal política pública são transferidos de forma automática, sem necessidade de convênio ou outro instrumento congênere, com o objetivo *de custear despesas com a manutenção de veículos escolares* pertencentes às esferas municipal ou estadual e/ou para a contratação de serviços terceirizados de transporte. Tem como base o quantitativo de alunos transportados informados no censo escolar relativo ao ano anterior ao do atendimento. Com a nova diretriz de ação do governo, no âmbito do transporte escolar rural, proporcionada pela instalação do *Programa* PNATE, o PNTE passou a ser o apoio financeiro das entidades sem fins

⁶² EGAMI, Cintia Yumiko. SOUZA, Rodrigo Ferreira de Araujo. In: “Panorama das políticas públicas do transporte escolar rural”. Centro de formação de recursos humanos em transportes – CEFTRU. Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: http://www.geperuaz.com.br/arquivos/File/nucleacao/panorama_do_transporte_escolar.pdf. Acessado em 26/12/2015.

lucrativos, mantenedoras de escolas especializadas do ensino fundamental, para a aquisição de veículos de transporte escolar.

Das regras constitucionais analisadas, depreende-se que o serviço público de transporte coletivo municipal, aí evidentemente incluído o de transporte escolar, há de ser prestado diretamente pelo Poder Público do respectivo Município ou de forma indireta, sempre por meio de licitação, por concessão ou permissão, conforme a orientação legal.

Compete ao gestor público, enquanto imbuído da missão concedida pela sociedade por ocasião do sufrágio universal, como Poder Executivo, dispor sobre a organização e o funcionamento do serviço de transporte, sem ingerência de outros órgãos ou de particulares.

Não se olvide, porém, as constantes tentativas de violação da regra constitucional do princípio da impessoalidade, onde articulações de cunho político e muitas das vezes com nuance corporativa, visam coordenar ações da municipalidade pertinentes à matéria que obviamente lhes interessa – o transporte escolar – por ser mais lucrativa e fácil de manipulação.

Trazemos ao presente estudo caso ocorrido no Município de Viamão, com efeito, pela sua flagrante inconstitucionalidade, mas especialmente pelo viés corporativo, utilizando-se do Poder Legislativo para elaborar Lei que impõe condição para o Município conceder permissão para exploração de serviço de transporte escolar mediante avaliação e aprovação de comissão formada por um representante da secretaria municipal de transporte, da associação dos transportadores escolares e Comissão de Transportes e Sistema Viário da Câmara Municipal de Vereadores, de documentação que inclui a declaração fornecida pela Associação dos Transportadores, especificando se há necessidade de mais veículos, após pesquisa.

Este, que, inclusive, transforma em Lei as práticas de cartel, como bem se observa no teor da ADIN⁶³ impetrada pelo Prefeito Municipal de Viamão, cujo parecer exarado pelo Procurador-Geral de Justiça assim infere:

⁶³ Parecer exarado pelo Procurador-Geral de Justiça Interino Perci Luiz de Oliveira Brito na ADIN n. 70001779727. Proponente: Prefeito Municipal de Viamão. Requerida: Câmara Municipal de Viamão. Em 01/03/2001.

ADIN. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal a preconizar que as permissões para explorar os serviços de transporte escolar, a serem expedidas pela Secretaria Municipal de Transportes, somente serão concedidas após avaliação e aprovação, por Comissão formada por um representante da SMT, Associação dos Transportadores Escolares e Comissão de Transportes e Sistema Viário da Câmara Municipal de Vereadores, de documentação que inclui a declaração fornecida pela Associação dos Transportadores, especificando se há necessidade de mais veículos, após pesquisa. **O serviço público de transporte coletivo municipal, aí evidentemente incluído o de transporte escolar, há de ser prestado diretamente pelo Poder Público do respectivo Município ou, de forma indireta, sempre através de licitação, por concessão ou permissão, competindo ao Prefeito Municipal dispor sobre a sua organização e o seu funcionamento, descabendo ingerência de outros órgãos ou de particulares.** Inconstitucionalidade por ofensa aos princípios contidos nos arts. 175; 30, I e V, ambos da Carta Federal; no artigo 163, caput, da Constituição Estadual, bem assim nos artigos 84, VI, da CF e 82, VII, da CE, todos combinados com o art. 8º, da Constituição Estadual. (grifamos)

Nesse contexto, temos o serviço público de transporte escolar como um instrumento de extrema relevância social em vista de se tratar da própria viabilização do acesso físico do estudante à escola, o que traduz sua importância enquanto ferramenta de fomento da educação em nosso país, sendo igualmente importante proporcionar aos usuários condições dignas para realizarem o deslocamento até o educandário.

A escolha da modalidade da prestação desse serviço de essencial importância para a concretização do direito ao acesso à escola, pode fazer grande diferença no processo de aprendizagem dos alunos, pois o conforto e facilidade de acesso ao espaço escolar tornam o aluno mais apto e motivado a se manter na escola.

Não se ignora, porém, que avesso às boas práticas de administração pública, ocorrem as práticas de corrupção na administração pública como um todo, mais especificamente no caso do Transporte Escolar tem se tornado um impedimento para que essa modalidade de serviço público seja eficiente ou no mínimo o esperado pela população, prejudicando de sobremaneira o exercício desse direito fundamental que é o acesso à educação, especialmente na primeira infância, foco principal do transporte escolar.

4 PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NO SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 Fiscalização, informação e articulação entre os órgãos públicos no combate à corrupção

Ao Estado é dado pela Constituição o papel de propiciar as condições necessárias para que os direitos fundamentais se efetivem, a bem de construir uma democracia participativa, onde o cidadão tenha condições plenas de exercer seus direitos e cumprir seus deveres.

Esse ambiente de respeito à pessoa humana se constrói alicerçado numa cultura de ética e moral no exercício da administração pública, em razão da confiança depositada pela população, tanto nos gestores eleitos, quanto nos servidores escolhidos pelos princípios da meritocracia para exercer funções nas diversas áreas do serviço público.

Não há como dissociar ética e moral do conceito de administração pública. A própria Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente a moralidade e a ética implicitamente permeando os princípios administrativos.

O compromisso da ética pública é bem mais amplo e por essa razão permeia os demais princípios elencados no art. 37, essa complexidade se justifica pela “exigência de responsabilidades diferenciadas dos seus agentes” como explanam Bitencourt e Reck⁶⁴:

O objetivo da ética pública seria a preservação dos elementos essenciais da responsabilidade pessoal contra pressões da vida institucional, que poderiam inclusive ser diluídas num plano coletivo. A ética pública implica e exige responsabilidades diferenciadas dos seus agentes, bem como uma forma de interpretar e aplicar os princípios que deveriam guiar suas condutas. Não deveria então um agente ser julgado apenas pela sinceridade de seus motivos ou mesmo pelo seu caráter, mas sim em decorrência de suas decisões políticas e administrativas que direta ou indiretamente afetam seus administrados.

⁶⁴ BITTENCOURT, Caroline Muller. RECK, Janriê Rodrigues. In: “A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto”. P. 4.

A ética pública tem por objetivo proporcionar um vínculo entre as ações dos indivíduos e as estruturas das organizações

Tendo esse ponto de partida, elementos como cidadania e igualdade entre os cidadãos e a participação popular nas decisões governamentais é mais consciente e, portanto, legítima. Ou seja, essa participação popular é necessária na rotina da sociedade.

Como esses elementos formadores da democracia não se consolidaram ainda em nosso país, o respeito à cidadania ainda é uma meta, entre tantas, determinada pela exclusão social que, infelizmente, existe em nossa sociedade e impede o efetivo acesso da população às condições necessárias ao ideal no que se refere a participação no processo democrático, ficando, a maioria da população, às margens das decisões e opiniões necessárias ao bem comum.

A supremacia do poder estatal sobre o cidadão, aliado a um ambiente carente de ética e moral por parte dos gestores da coisa pública e calcado no caráter discricionário de suas decisões, acabam por afastar a administração pública de seus objetivos principais, que são atender as demandas sociais que a despeito crescem de forma vertiginosa.

A reconstrução dessa relação entre Governo e população, então, passa forçosamente pelo exercício mais efetivo de fiscalização dos atos administrativos, aliado a atitudes e adoção de mecanismos de ajuste da máquina pública para sua real finalidade. A esse aspecto, Leal (2013)⁶⁵, enumera algumas “diretrizes públicas comportamentais” que poderão auxiliar nessa tarefa:

No clássico trabalho de Woodrow Wilson, de 1997, já se discutia a necessidade de que a Administração Pública constituísse metodologia própria de estudo e organização para os efeitos de dar cumprimento aos seus fins com ética e eficiência.

E aqui está o centro neural do tema tratado, é preciso contar com diretrizes públicas comportamentais específicas para que aqueles princípios e valores sejam materialmente observados e efetivados, sob pena de esvaziá-los no plano pragmático e cotidiano das administrações públicas em geral.

⁶⁵ LEAL, Rogério Gesta. “Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 59.

Por tais razões é que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997, insistiu na tese de que as *possibilidades de efetividade da ética pública* demandam condições materiais adequadas, dentre as quais: a) apoio e compromisso políticos dos agentes públicos; b) marcos normativos adequados; c) mecanismos de formação e de socialização dos servidores públicos; d) códigos de conduta específicos aos agentes públicos; e) mecanismos de imputação e responsabilidade efetivos; f) condições de trabalho para os agentes públicos; g) existência de uma sociedade civil ativa e participante; e g) sistemas de controle interno e externo da gestão pública coordenados e eficientes.

Apesar disso, a efetivação dessas intenções ainda tem um longo caminho a percorrer e o Poder Judiciário tem assumido papel importante nesse contexto enquanto balizador entre a demanda social e a efetiva adoção de políticas públicas por parte do Estado a fim de suprir tal demanda, esbarrando em algumas situações no limite tênue do princípio da Separação dos Poderes.

Mas, esse protagonismo judicial, somente tem sido possível devido ao acesso à informação, quando a mídia iniciou um processo de propagação das notícias sobre a corrupção, colocando na pauta de discussão da sociedade. O que antes era quase desconhecido pela população hoje está escancarado nos meios de comunicação e nas redes sociais. Conforme aborda Leal (2013)⁶⁶:

A corrupção tem evidenciado ao longo do tempo faces multissetoriais e capacidade de expansão infinita na rede de relações sociais e institucionais, públicas e privadas, do cotidiano, nos últimos tempos ganhando maior notoriedade em face da difusão e redifusão midiática tradicional (jornais, televisão, rádio) e alternativa (Blog, Twitter, Facebook, redes sociais, etc.), não se extraindo daí, em regra, análises, diagnósticos e prognósticos mais aprofundados de suas causas e consequências.

Salienta-se que o conceito do termo “corrupção” ainda é distorcido pela opinião pública, além de sofrer constante transformação no que se refere à forma em

⁶⁶ LEAL, Rogério Gesta. “Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 14.

que se apresenta, revelando tons de perplexidade ao expectador que decide investigá-lo, consoante Kohls e Leal (2014)⁶⁷:

Definir o que é a corrupção e o que é a improbidade administrativa também não é tarefa fácil, pois assumem diversas formas, e estão em constante transformação, acompanhando a evolução da sociedade. Importante é entender que ambas são derivadas de condutas reprovadas e que se tornam um problema para a sociedade, pois a presença destas mazelas acaba interferindo diretamente na implementação e concretização de direitos fundamentais e sociais previstos constitucionalmente, pois dilapidam a condição financeira de um Estado para implementação de políticas públicas voltadas para a saúde, educação, segurança pública, etc. (grifamos)

Para muitos a significação do termo limita-se à visão simplista do fenômeno na expressão coloquial “levar vantagem em tudo”, enquanto o conceito é mais amplo e possui raízes clássicas, como define Leal (2013)⁶⁸:

No plano gramatical do termo, a corrupção é substantivo feminino derivado do latim corruptio, com o sentido de deterioração, ato, processo ou efeito de corromper. De acordo com o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa e Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, da Academia das Ciências de Lisboa, este substantivo pode significar: a) deterioração, decomposição física, orgânica de algo ou putrefação; b) modificação, adulteração das características originais de algo; c) **no sentido mais figurado, a expressão refere, também, à degradação moral de indivíduos e instituições, o que evidencia a ampla gama de possibilidades conceituais em jogo.** (grifamos)

⁶⁷ KOHLS, Cleize Carmelinda. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “Corrupção e Improbidade administrativa: uma análise dos seus efeitos na sociedade e o possível reflexo no controle jurisdicional de políticas públicas”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: [HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf). Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 117.

⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. “Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 19.

Para Fraton (2014)⁶⁹, o termo “corrupção”, visto do ponto de vista etimológico, possui uma conotação de “tornar podre”, o que nos remete à ideia de desvio de conduta por quem a pratica, tornando seu entorno corrompido:

A corrupção, sob o ponto de vista etimológico, provém do latim corruptus, que significa “quebrado em pedaços” e o ato de corromper significa “tornar-se podre”, portanto é incontestável que o sentido da palavra corrupção provém da sombra, da desordem, do sujo e da fragmentação que o ato em si provoca. O tema corrupção é complexo face suas múltiplas facetas. De um lado, tem uma conotação pública pouco fundamentada, opiniões empíricas e sensoriais do que seja corrupção abordadas pelos indivíduos diariamente. Por outro lado, a corrupção, como fenômeno, tem um apelo epistemológico científico muito grande, uma vez que não se trata exclusivamente de um só tipo de conduta de comportamento, assim como também não é causa exclusiva de um tipo de conhecimento, logo, ela advém de um resultado de inúmeras variáveis sob a perspectiva científica do seu significado. (grifamos)

Apesar da necessária discussão do tema, quer em caráter social ou mesmo acadêmico, o fato é que a corrupção deita suas raízes em nossa forma de ver a própria administração pública, que frente à urgência das demandas sociais, se percebe uma capacidade cada vez menor de suprir seu contingente.

Essa incapacidade da administração pública em geral para suprir as demandas sociais é mais ampla do que parece.

Na verdade, os efeitos da corrupção, aliados a um despreparo do aparato Estatal para suprir as necessidades básicas da população traz consigo um lapso social. Para Leal e Friedrich (2013)⁷⁰, essa incapacidade de gestão fica evidente na ausência de soluções compatíveis com a segurança jurídica desejada:

⁶⁹ FRATTON, Elisângela Furian. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “A dignidade da pessoa humana e o fenômeno da corrupção no Brasil”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: [HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf). Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 121.

⁷⁰ LEAL, Rogério Gesta. FRIEDRICH, Denise B. In Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas. 2013. P. 09.

Ora, se o Estado, mesmo com as condições materiais necessárias para desempenhar seu ofício não o consegue, em face dos condicionantes referidos, a verdade é que a comunidade não pode esperar por soluções urgentes as suas demandas, estas muitas vezes primárias, condizentes com prerrogativas de subsistência – como água, luz, habitação, saúde, etc. – acabando por agudizar ainda mais a exposição da falência do modelo atual de Administração Pública, em todos os seus níveis.

Para que a sociedade não conheça de sua ineficiência, o Estado prefere, em algumas oportunidades, negar a existência de inúmeras tensões sociais que se avolumam sem respostas efetivas.

Ainda, muitas vezes prefere lançá-las à clandestinidade ou ilicitude, tratando-as como anomalias comportamentais que precisam ser severamente coagidas pela via da coação penal, tais como os movimentos dos sem-terra, dos sem-teto, a questão dos parcelamentos clandestinos do solo urbano, a violência generalizada, a prostituição, o narcotráfico, etc.

Leal (2014)⁷¹ alerta para a violação de direitos humanos quando o Estado não se compromete com a efetiva obrigação de respeito a esses direitos e, tampouco, atenta à vinculação dos pactos e tratados internacionais que tratam da matéria em sua legislação infraconstitucional, carecendo, inclusive, de legitimidade para a implementação das políticas públicas necessárias para a sua implementação:

Há clara violação de Direitos Humanos quando um ato ou omissão do Estado não se encontra conforme suas obrigações de respeito, proteção e efetivação daqueles Direitos sob sua jurisdição. Todavia, para que se tenha mais clareza em tais questões, é importante determinar que condutas são perquiridas por parte dos Estados relacionadas a cada Direito, e isto depende, no mínimo, dos precisos termos e condições das responsabilidades destes Estados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais– até em face do argumento normativo-positivista de obrigatoriedade legal das instituições estatais que impera no país, com reflexos na dificuldade dogmática do reconhecimento de vinculatividade daqueles Direitos vigentes nos Tratados e Pactos internacionais ainda não plenamente incorporados na legislação nacional.

⁷¹ LEAL, Rogério Gesta. SILVA, LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: [HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf). Endereço eletrônico acessado em 25/12/2015. P. 14.

De qualquer sorte, a ideia de boa administração requer mais do que mera intenção, especialmente no tocante ao combate efetivo a atos de corrupção, que prejudicam seriamente a adoção de políticas públicas de concretização de direitos fundamentais, necessitando de ações concretas do Estado que levem ao cidadão o direito ao bom governo.

Bittencourt e Reck (2014)⁷² trazem essa noção da Carta de direitos fundamentais da União Europeia, segundo Araña Muñoz:

Ocorre que, conforme nos ensina Arana Muñoz, o direito ao bom governo assume novos e importantes contornos com sua configuração jurídica no art. 41 da Carta de direitos fundamentais da União Europeia, porque passa de uma aspiração meramente programática para converter-se em um direito fundamental. Identifica ainda o autor, uma série de princípios e posições jurídicas-subjetivas dedutíveis do direito fundamental à boa administração pública, bemcomo, a vinculação estatal a uma ordem objetiva de valores, implicando uma teoria de deveres estatais à realização da boa administração, podendo ser plenamente invocáveis pelos cidadãos frente à administração e mesmo à jurisdição.

Concluem Bittencourt e Reck (2014)⁷³ sobre o direito ao bom governo:

Por tais motivos, não restam dúvidas de que o direito ao bom governo é um argumento destinado ao controle dos atos corruptivos porque está conectado ao direito fundamental de um cidadão em obter a realização do interesse público, e todo ato corruptivo é contrário ao que se espera de uma administração voltada ao interesse público.

No âmbito do transporte escolar, o direito ao bom governo passa pela aplicação correta das verbas destinadas à educação e notadamente ao efetivo deslocamento da população estudantil ao educandário. Porém as práticas de corrupção, aliadas ao abuso de poder público são claros obstáculos a essa finalidade.

⁷² BITTENCOURT, Caroline Muller. RECK, Janriê Rodrigues. In “A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto”. Direitos Sociais e Políticas Públicas. Tomo 14. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2014. P. 46.

⁷³ Obra citada.

Necessário que haja a publicação dos valores relativos ao quilômetro rodado nas diversas localidades que formam um Município, a fim de que essas comunidades possam, utilizando-se dos instrumentos legais cabíveis, opinar ou mesmo contestar os critérios de análise e formulação das tabelas, evidenciando a cidadania participativa a bem do gasto público eficiente.

Para a consolidação de uma democracia efetiva, necessário que esses canais de comunicação entre Governo e População fiquem mais evidentes, a fim de que as políticas públicas sejam direcionadas a bem de atender as demandas sociais no campo mais abrangente possível.

É de extrema relevância mencionar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem realizando um importante papel no combate a corrupção.

Utilizando-se de pesquisa no site do TJRS, com as palavras-chave: “improbidade administrativa, licitação, serviços de transporte escolar”; colacionamos, por exemplo, o seguinte julgado que cristaliza essa afirmação, especialmente no tocante ao aspecto formal da licitação, onde se dá o indício de fraude na licitação:

Ementa: AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. FRAUDE. PROIBIÇÃO DE NOVAS CONTRATAÇÕES, INCLUSIVE DA EMPRESA SUBSIDIÁRIA. CABIMENTO. Verificando-se que a empresa contratada para o transporte escolar no Município de Alvorada não está habilitada para tanto, conforme alvará para funcionamento e contrato social, além de outras irregularidades apontadas pelo Ministério Público, havendo indícios de fraude na licitação, cabível a proibição de novas contratações pelo município, inclusive da empresa subsidiária, uma vez que beneficiada com a contratação. **MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. EMPRESA SUBSIDIÁRIA E SÓCIOS. AFASTADO, OBSERVADO O CASO CONCRETO.** Não obstante a possibilidade do decreto da indisponibilidade de bens, quando preenchidos os requisitos para tanto, prestando-se para eventual ressarcimento ao erário, mantida a indisponibilidade de bens da contratada, conforme decisão proferida no agravo de instrumento anteriormente interposto, deve ser afastada a decretação de indisponibilidade de bens da empresa subsidiária e sócios da mesma, ora agravantes. Precedentes do TJRS e STJ. Agravo desprovido. (Agravo Nº 70059627224, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 29/05/2014)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. FRAUDE. PROIBIÇÃO DE NOVAS CONTRATAÇÕES, INCLUSIVE DA EMPRESA SUBSIDIÁRIA. CABIMENTO.

Verificando-se que a empresa contratada para o transporte escolar no Município de Alvorada não está habilitada para tanto, conforme alvará para funcionamento e contrato social, além de outras irregularidades apontadas pelo Ministério Público, havendo indícios de fraude na licitação, cabível a proibição de novas contratações pelo município, inclusive da empresa subsidiária, uma vez que beneficiada com a contratação. MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. EMPRESA SUBSIDIÁRIA E SÓCIOS. AFASTADO, OBSERVADO O CASO CONCRETO. Não obstante a possibilidade do decreto da indisponibilidade de bens, quando preenchidos os requisitos para tanto, prestando-se para eventual ressarcimento ao erário, mantida a indisponibilidade de bens da contratada, conforme decisão proferida no agravo de instrumento anteriormente interposto, deve ser afastada a decretação de indisponibilidade de bens da empresa subsidiária e sócios da mesma, ora agravantes. Precedentes do TJRS e STJ. Agravo de instrumento provido em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70059336719, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 11/04/2014).

Essas situações de corrupção são decorrentes muito mais de uma postura política inadequada do que da falta de recursos, como se observa na leitura parcial de apontamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul⁷⁴:

12.3.2 – Transporte escolar. Edital de Licitação nº 09/2008 (fls. 2234/2236).

Atraso na deflagração do processo licitatório. O edital foi dirigido aos interessados há apenas 15 dias do início do ano letivo. O edital e o projeto básico não exigiram planilha de composição de custos operacionais, tampouco definiram o número de alunos a serem transportados (o que influencia nos custos operacionais). Por outro lado, o edital estabeleceu exigências com liberalidades que contrariam renomados conceitos e procedimentos indicados pelo Instituto de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, ao permitir a contratação de pessoas físicas e uso de veículos com mais de sete anos de fabricação. Além disso, o custo máximo que o Município pretendia pagar (limitado no edital) era por ele desconhecido, eis que foi calculado e fornecido por

⁷⁴ Parecer MPC n. 2377/2010. Processo nº 5736-02.00/08-0. Relator: CONSELHEIRO HELIO SAUL MILESKI. Matéria: PROCESSO DE CONTAS – EXERCÍCIO DE 2008. Órgão: EXECUTIVO MUNICIPAL DE PELOTAS.

prestadores de transporte escolar. Afronta ao princípio da eficiência. (grifamos)

12.3.4 – Transporte escolar. Auditorias Externas e Internas – Entraves (fls. 2237/2238).

Expressiva quantidade de informações imprecisas sobre o público-alvo a ser transportado — tanto nos editais como nos contratos, que apenas insinuam quantos serão transportados — foi agravada com levantamento gerencial impreciso sobre a quantidade de alunos que é efetivamente usuária do transporte escolar. (grifamos)

Os esclarecimentos do gestor (fl. 2600) revelam a falta de compreensão da Administração quanto à necessidade de dados e controles precisos para o gerenciamento do transporte escolar. Observa-se que tal deficiência já foi questionada pelo Sistema de Controle Interno do Executivo, que viu suas chances de realizar um bom trabalho de fiscalização prejudicado sobremaneira (fl. 1974). Assim, em razão do prejuízo à atuação do Sistema de Controle Interno, nos termos preconizados nos artigos 31 e 74 da Constituição Federal, bem como o Controle Externo, em face de a Auditada tornar seus controles internos dificilmente auditáveis, este Agente Ministerial opina pela permanência do aponte.

12.3.5 – Propostas, Contratos e Veículos - Transporte escolar. Edital de Licitação nº 09/2008 (fls. 2238/2239).

As propostas dos potenciais fornecedores foram genéricas e incompletas, seguindo as mesmas deficiências do edital. As propostas não contêm a composição dos custos operacionais e o ano de fabricação do veículo (embora o edital exigisse, no máximo, dez anos de fabricação), e ainda apresentam custos praticamente iguais para percursos totalmente diferentes. Exame amostral dos CRLV revelou a utilização de veículos com idade acima de dez anos, portanto, superior ao limite máximo de dez anos previsto no edital e de sete anos de fabricação recomendado pelo Ministério da Educação/INEP na “Cartilha do Transporte Escolar”. Afronta ao art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93, pelo descumprimento das normas do edital. (grifamos)

A necessidade de conhecimento dos custos operações é condição básica e essencial para a avaliação da economicidade da terceirização, desqualificando dessa forma o argumento do Gestor de que a planilha de custos operacionais não era necessária, porque o edital já estabelecia um valor máximo para o quilômetro rodado (fl. 2600). (grifamos)

A classificação e homologação das propostas que indicavam a utilização de veículos com mais de 10 anos de fabricação, em desacordo com o edital, torna inócua a exigência da apresentação dos CRLV dos veículos para verificação da data da fabricação, na

fase da habilitação, como lembra o próprio Administrador (fl. 2600). Loco, ocorreu descumprimento do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93. Quanto à validade das recomendações contidas na cartilha do Ministério da Educação/INEP, ratifica-se o que já foi explanado a esse respeito no item 12.3.2. Opina-se pela permanência do aponte.

Saliente-se que uma boa administração pública necessita de órgãos de fiscalização engajados com o tema e que defendam o interesse da sociedade como elemento essencial no combate a essa patologia que assombra a sociedade brasileira. Necessário então que tais órgãos se articulem e se auxiliem nessa prática.

Nessa seara, destacamos a operação conjunta deflagrada no Estado do Maranhão, tendo como parceiros - o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, a Controladoria Geral da União (CGU), o Ministério Público de Contas e a Polícia Federal – onde foi realizada uma auditoria no transporte escolar em cinco municípios maranhenses, sendo apresentados os resultados em entrevista coletiva, que ora se reproduz⁷⁵:

MPF, MPMA e parceiros atuam juntos para melhoria do transporte escolar no Maranhão (28/08/2014). Em entrevista coletiva realizada nesta quinta-feira (28), foram apresentados os resultados preliminares da auditoria sobre transporte escolar em 5 municípios maranhenses

O Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, a Controladoria Geral da União (CGU), o Ministério Público de Contas e a Polícia Federal estão realizando uma auditoria no transporte escolar em cinco municípios maranhenses, são eles: Cachoeira Grande, Lago da Pedra, São João do Sóter, Miranda do Norte e Presidente Vargas. Na manhã desta quinta-feira (28), na sede da Procuradoria Geral de Justiça, foram apresentados os resultados preliminares dessa auditoria, conhecida como operação "Dia T – Pau de Arara", iniciada na última segunda-feira, 25 de agosto, e que se estende até a próxima sexta-feira, 29.

A fiscalização está sendo realizada por promotores de justiça e auditores da CGU. Eles avaliam as condições de segurança dos veículos, a qualidade do serviço, o cumprimento das rotas e também as despesas executadas com a prestação do transporte escolar.

⁷⁵ Entrevista coletiva realizada em 28/08/2014, onde foram apresentados os resultados preliminares da auditoria sobre transporte escolar em 5 municípios maranhenses. Disponível no site do Ministério Público federal em: <http://www.prma.mpf.gov.br/noticia-5192>.

A abrangência dos trabalhos nos cinco municípios é referente aos anos de 2013 e 2014, no valor de R\$ 9.002.939,62 milhões. Para investigar a situação do transporte escolar, foram ouvidos alunos, motoristas, representantes das empresas contratadas, além da inspeção dos veículos, documentos e contratos de licitação.

Em relação à segurança dos estudantes, foram detectados veículos e motoristas sem documentação e automóveis deteriorados. Também foram descobertos vícios nos processos de licitação, empresas de fachada, sem veículos próprios ou com veículos irregulares, sublocação integral dos contratos, superfaturamento e abastecimento dos veículos pelas próprias prefeituras, mesmo quando o contrato prevê essa obrigação para as empresas. **"Há casos, ainda, de empresas contratadas que não prestam o serviço, deixando as crianças sem acesso às escolas"**, afirma o chefe da CGU no Maranhão, Francisco Alves Moreira.

A procuradora-chefe da Procuradoria da República no Maranhão, Carolina da Hora, enfatizou que foram constatadas uma série de ilegalidades, classificadas por ela de "condutas duvidosas". **"Um exemplo é quando o gestor municipal resolve licitar o serviço de transporte escolar. O gasto com a locação é maior do que a compra de veículos novos"**.

Ainda segundo Carolina da Hora, **a participação da sociedade é fundamental para coibir a prática irregular de transporte escolar, no sentido de denunciar essa prática aos órgãos competentes.** "O cidadão deve se unir à nós, pois ele tem, verdadeiramente, o poder e a capacidade de fiscalizar como está sendo a prestação do serviço público e cobrar dos seus gestores," concluiu.

No mesmo sentido, o procurador do Ministério Público de Contas, Jairo Cavalcanti Vieira, alerta sobre o papel da população como auxiliar dos órgãos de controle. **"Os municípios têm dinheiro, qualquer prefeito que disser o contrário está mentindo; O dinheiro é recebido e na maioria das vezes é desviado, comprometendo o futuro das crianças e de toda uma geração"**.

Na avaliação do delegado federal regional de combate ao crime organizado, Fabrizio Garbi, em geral, o desvio não envolve apenas uma pessoa, mas uma rede de criminosos. "Não podemos detalhar investigações em curso, mas há indícios de uma organização para desviar tais recursos".

Segundo a promotora de justiça e coordenadora do Centro de Apoio Operacional (CAOp) da Educação do MPMA, Sandra Soares de Pontes, a articulação entre as instituições e órgãos de fiscalização fortalece o combate à corrupção. **"As informações obtidas na auditoria vão embasar os inquéritos civis e as futuras ações por improbidade administrativa contra gestores e demais fraudadores dos recursos públicos destinados à educação"**, destaca. (grifamos)

Ações institucionais devidamente articuladas como essa produzem efeitos importantes sobre os agentes públicos que praticam condutas ilícitas e dão conta à população de que tais práticas estão sendo objeto de apontamento pelo órgão fiscalizador – Tribunal de Contas do Estado – e levadas a termo pelos órgãos investigadores – Polícia Federal, Ministério Público Federal e Estadual.

Isso, certamente, resultará em Ações Judiciais bem aparelhadas e fundamentadas, produzindo resultados esperados como punição dos responsáveis e regularização dos atos ilícitos.

Tanto a comunidade quanto a sociedade em geral percebem claramente que algo concreto está sendo feito e que a Justiça possui elementos concretos para prolatar sentenças condenatórias concretas.

Contudo, a atitude institucional não se limita a “forças-tarefa”. O Ministério Público Federal vem articulando um movimento denominado “corrupção não” ⁷⁶, tendo lançado campanha para coletar assinaturas para apoio a medidas de combate à corrupção e à impunidade:

MPF COLETA ASSINATURAS PARA APOIO A MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À IMPUNIDADE. Propostas de alteração legislativa serão entregues ao Congresso Nacional em forma de projeto de lei de iniciativa popular; objetivo é atingir 1,5 milhão de assinaturas em todo o Brasil

O Ministério Público Federal (MPF) começou a colher, em todo o Brasil, assinaturas de cidadãos que apoiam dez medidas para aprimorar a prevenção e o combate à corrupção e à impunidade. As propostas de alterações legislativas buscam evitar o desvio de recursos públicos e garantir mais transparência, celeridade e eficiência ao trabalho do Ministério Público brasileiro com reflexo no Poder Judiciário. A íntegra das medidas e a ficha de assinatura estão disponíveis no site www.10medidas.mpf.mp.br.

O MPF tem como objetivo coletar 1,5 milhão de assinaturas para apresentar o projeto de lei de iniciativa popular ao Congresso Nacional. O cidadão pode procurar a unidade do MPF mais próxima de seu domicílio para assinar a ficha de apoio ([confira aqui os endereços](#)) ou imprimir a ficha a partir do site, coletar dados e assinaturas e depois entregar em uma sede do MPF ou enviar pelo correio para o endereço da Força-Tarefa Lava Jato em Curitiba:

⁷⁶ Disponível no site do Ministério Público federal em: <http://corrupcaoao.mpf.mp.br/noticias/mpf-coleta-assinaturas-para-apoio-a-medidas-de-combate-a-corrupcao-e-a-impunidade>.

Procuradoria da República no Paraná, Rua Marechal Deodoro, 933 - Centro, Cep 80060-010 - Curitiba/PR.

As medidas buscam, entre outros resultados, **agilizar a tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações criminais; instituir o teste de integridade para agentes públicos; criminalizar o enriquecimento ilícito; aumentar as penas para corrupção de altos valores; responsabilizar partidos políticos e criminalizar a prática do caixa 2; revisar o sistema recursal e as hipóteses de cabimento de habeas corpus; alterar o sistema de prescrição; instituir outras ferramentas para recuperação do dinheiro desviado.**

Elaboração das medidas - A partir da experiência de sua atuação e tendo em vista trabalhos recentes como a Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal apresentou, no dia 20 de março, dez medidas para aprimorar a prevenção e o combate à corrupção e à impunidade. As propostas começaram a ser desenvolvidas pela Força-Tarefa Lava Jato em outubro de 2014 e foram analisadas pela Procuradoria-Geral da República em comissões de trabalho criadas em 21 de janeiro deste ano.

O lançamento foi feito pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pelos coordenadores da Câmara de Combate à Corrupção do MPF, Nicolao Dino, da Câmara Criminal do MPF, José Bonifácio Andrada, e pelo coordenador da Força-Tarefa Lava Jato do MPF no Paraná, Deltan Dallagnol.

Na ocasião, Janot explicou que, ao assumir o cargo de procurador-geral da República, colocou como ênfase atuar de forma propositiva na melhoria do sistema penitenciário brasileiro e combater a corrupção. Ele falou sobre a criação da Câmara de Combate à Corrupção para coordenar a atuação nessa área tanto no viés penal quanto não penal e acrescentou que, nesse âmbito, criou comissões de trabalho com o objetivo de encaminhar sugestões de mudança legislativa para implementar medidas de combate à corrupção. (grifamos)

Além disso, o Ministério Público Federal- MPF possui um site de combate a corrupção, onde demonstra sua atuação frente às denúncias recebidas, bem como os mapas da corrupção em nosso país e informações precisas sobre o tema.

O ranking nacional da transparência levou em conta aspectos legais e boas práticas de transparência e foi feito com base em questionário elaborado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Seu objetivo é medir o grau de cumprimento da legislação, por parte de municípios e estados, numa escala que vai de zero a dez, o MPF destacou o

combate à corrupção nos Estados e principais cidades, como se pode observar no Anexo 1⁷⁷.

Com base nas informações prestadas pelo MPF fica visível a demanda de cada município no que se refere ao cumprimento da legislação no uso do dinheiro público.

Isso proporciona aos seus cidadãos que estejam atentos aos investimentos e gastos públicos, sendo um importante instrumento informativo para a sociedade que, a partir disso, pode fazer as devidas reivindicações e exigências aos governantes do município.

É sabido que a avaliação dos portais de municípios e estados e seu ranqueamento é apenas o primeiro passo para acabar com a prática do desvio do dinheiro público. A partir disso, será realizado um diagnóstico nacional, no qual o Ministério Público Federal vai expedir recomendações àqueles entes federados que não estão cumprindo suas obrigações legais, dando um prazo de 120 dias para sua adequação às Leis de Transparência.

Tal prática trata-se de medida prevista em Lei (artigo 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93) com objetivo de solucionar extrajudicialmente irregularidades encontradas.

Essas recomendações serão acompanhadas de um diagnóstico do município/estado para que os gestores possam saber quais pontos estão em desconformidade com a legislação e possam adequar suas práticas e efetivar as devidas correções, fazendo com que o município/estado fique de acordo com as obrigações legais.

Cabe mencionar que será feita nova avaliação nacional, envolvendo todas as unidades do MPF, no período de 11/04/2016 a 09/05/2016. Caso as irregularidades já identificadas nos municípios/estados persistam, ações civis públicas serão ajuizadas conjuntamente de forma coordenada, no Brasil inteiro, no dia 1º/06/2016.

⁷⁷ O Anexo 1 deste trabalho pode ser acessado no endereço eletrônico: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking/mapa-da-transparencia/arquivos-pdf/rankingrs.pdf>

Nos casos de municípios que não tenham sequer portais na internet, mesmo depois de expirado o prazo da recomendação, uma linha de atuação ainda mais drástica será adotada:

- 1. Ação de improbidade contra o prefeito, com base no artigo 11, II e IV, da Lei 8.429/92 (Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; IV - negar publicidade aos atos oficiais;)**
2. Recomendação para que a União suspenda os repasses de transferências voluntárias, com base no artigo 73-C da LC 101/2000; e
3. Representação para a Procuradoria Regional da República contra os prefeitos pela prática do crime previsto no artigo 1º, XIV, do DL 201/67 (Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;). (grifamos)

No ranking de percepção da corrupção, elaborado pela Transparência Internacional em 2014, o Brasil figurou como 69º colocado entre os 175 países analisados. Uma posição bem modesta para uma nação que figura entre as dez maiores economias mundiais.

No Brasil, um dos principais atores no combate à corrupção é o Ministério Público Federal (MPF), que detém legitimidade para propor ações criminais e ações por ato de improbidade administrativa contra aqueles que desviam e aplicam indevidamente recursos públicos federais.

Em julho de 2014, mais de dez Núcleos e Ofícios de Combate à Corrupção foram criados em todo o Brasil. Cerca de 20 unidades do Ministério Público Federal contam com este tipo de estrutura, que constitui uma estratégia para tornar mais rápida e eficiente a atuação do MPF em processos relativos à corrupção. Há um esforço por parte do órgão para a implantação deste tipo de estrutura em todas as unidades da federação.

Essas ações descritas acima demonstram claramente que o papel institucional do Ministério Público Federal vem sendo cumprido com êxito, eis que está sendo trabalhada conjuntamente com sua atuação funcional, a conscientização da população acerca do fenômeno denominado “corrupção”.

A partir disso, conceitos como cidadania e solidariedade passam a ter maior clareza no tecido social, transpassando o ideal constitucional para se tornarem uma realidade vivenciada diariamente.

Aliás, cidadania merece e precisa ser exercida diariamente, onde o cidadão, no dizer de Gorczewski (2012)⁷⁸, “toma parte” no processo político e por via de consequência, influencia diretamente na tomada de decisões que afetam a vida de todos e assim se torna efetivo cidadão como sendo:

“aquele que tem o poder de tomar parte na administração deliberativa ou judicial da cidade.” Já cidadania, como qualidade de cidadão, deve ser conceituada em conformidade com o contexto social a que está inserida, podendo o conceito tomar ângulos diferentes em relação ao tempo, lugar, e as condições socioeconômicas. (grifamos)

A solidariedade buscada no texto constitucional ganha vida quando soma-se a esse conceito de cidadania participativa, onde a coletividade combate uma chaga social identificada pela corrupção, deixando de beneficiar poucos para beneficiar a coletividade, no dizer de Ziemann e Berton (2014)⁷⁹:

Desta forma, conclui-se que a prática da corrupção revela a adoção de uma conduta contrária àquela que se coaduna com o princípio da solidariedade, constitucionalmente previsto, posto que a observância deste princípio pressupõe a atenção ao coletivo, ao benefício da sociedade, em sentido oposto ao que a

⁷⁸ GORCZEWSKI, Clóvis. A fundamentação da democracia: participação política e autocondução como exercício de um direito natural. In.: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. P. 36-37.

⁷⁹ ZIEMANN, Aneline dos Santos. BERTON, Wagner de Souza. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “Sobre o caráter “não-solidarista” da prática da corrupção no âmbito da administração pública”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: [HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf). Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 85.

prática da corrupção pressupõe, qual seja, o benefício de um ou de poucos. Assim, a Administração Pública, sujeita que está aos ditames constitucionais, a fim de que observe a tais ditames, deve atender, necessariamente, ao objetivo fundamental da República disposto na Constituição Federal em seu art. 3º, I, de maneira que condutas contrárias a tal objetivo, como a corrupção, de acordo com o entendimento aqui demonstrado, devem ser amplamente combatidas e evitadas. (grifamos)

O processo político então se transformará num processo de inclusão social e ambiente propício para a igualdade há tanto perseguida pelas entidades voltadas à educação da população; ante o fato que a participação confere essa igualdade a todo cidadão.

Essa, ainda é uma cultura que precisa ser criada no país inteiro, pois não há como se ter uma sociedade participativa e informada se esta não o fizer. Instrumentos constitucionais existem, porém ainda são desconhecidos da maioria da população, o que dificulta o exercício do direito de participação da sociedade nas decisões administrativas.

4.2 Instrumentos atualmente utilizados pela sociedade no tratamento das patologias corruptivas

A publicidade dos atos administrativos, notadamente aqueles que refletem despesas feitas pela administração pública é imperioso critério de transparência, além de se constituir num pilar dos princípios administrativos constantes do art. 37 da Constituição Federal.

A par da informação e a publicidade dos atos administrativos se dá a possibilidade de uma fiscalização efetiva, tanto das instituições como da população em geral das práticas administrativas utilizadas pelo Executivo a fim de atingir os objetivos de sua gestão.

Nesse cenário, onde se encontram de um lado as demandas sociais e de outro a obrigação/dever do Estado em dar respostas eficientes, não se olvide a presença obscura de práticas corruptivas em qualquer fase do processo licitatório de

aquisição de bens ou serviços, ou mesmo de trabalho, decisão e produção de resultados na esfera administrativa, como bem alerta Leal (2013)⁸⁰:

De igual sorte a avaliação identificou algumas variáveis que geralmente se fazem presentes nos processos de trabalho, decisão e produção de resultados, a saber: a dos beneficiados e prejudicados pelos processos, a legislação sobre a matéria dos processos, as implicações em outros processos.

A corrupção pode atingir qualquer situação, fase ou variável dos processos de trabalho, decisórios ou executivos das instituições, ou seja, ela pode operar desde a solicitação para realizar os processos, no planejamento e concepção deles, nas suas atividades preparatórias, nas suas execuções, e mesmo no âmbito da apresentação dos seus resultados. (grifamos)

O tratamento das patologias corruptivas passa pela identificação das mesmas, por meio de uma eficiente publicidade dos atos administrativos, a fim de que os conselhos populares tenham conhecimento dos contratos firmados pela administração pública, a fim de que se apurem possíveis irregularidades.

A formação e capacitação de conselheiros municipais e lideranças locais é outra forma clara e legítima de colocar nas mãos da população a ferramenta de fiscalização, trabalho que vem sendo desenvolvido pela Controladoria Geral da União, como expõe Leal (2013)⁸¹:

É preciso que se mencione igualmente, a partir de setembro de 2003, a iniciativa da Controladoria Geral da União na criação do Projeto de Mobilização e Capacitação de Agentes Públicos, Conselheiros Municipais e Lideranças Locais, visando orientar os servidores municipais sobre as práticas de transparência na gestão, a responsabilização e a correta aplicação dos recursos públicos, bem como contribuir para o desenvolvimento e o estímulo do controle social. Este projeto foi institucionalizado em 2004, através do *Programa Olho Vivo no Dinheiro Público*, sendo que até dezembro de 2008 foram realizados 124 eventos de educação presencial, com a participação de 1.011 municípios de todo o país, tendo sido mobilizados e capacitados 5.153 conselheiros municipais, 5.300 agentes públicos municipais e 5.857 lideranças locais.

⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. "Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 69.

⁸¹ LEAL, Rogério Gesta. "Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 145.

Esses números traduzem a preocupação da CGU em ampliar a informação e fazer essa ligação entre governo e sociedade, a fim de que haja clareza e transparência nas ações governamentais, aliado ao conhecimento da população sobre as práticas administrativas.

Abre-se então caminho para que instrumentos legais como a Ação Civil Pública e a Ação Popular tenham espaço para cumprir seu papel enquanto elementos de efetivação de direitos e garantias constitucionais. A ação popular está prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Além da previsão constitucional, a ação popular é regulamentada pela Lei 4.717, de 1965. A origem do nome ação popular se dá pelo fato de se ter como legitimados para interpor a ação, o povo ou parte dele. É um interesse que não pertence apenas ao titular, mas a toda coletividade. Pode-se dizer então que se trata de interesse público, é a defesa de direito de toda coletividade, ou a defesa de coisa pública.

Para Wambier (1991)⁸² a ação popular possui origem no direito romano “onde havia ações populares destinadas à defesa da legalidade, da moralidade administrativa, do patrimônio estatal, da segurança pública e dos interesses de menores e de ausentes.”

⁸² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Tutela jurisdicional das liberdades públicas. Curitiba: Juruá, 1991. P. 119.

A importância da Ação Popular é enfatizada por Leal (2013)⁸³, que aduz:

Diante da abrangência da Ação Popular, pode-se sustentar que seu foco de atuação é o interesse de toda a coletividade, o que demarca a própria legitimidade e interesse de agir do seu proponente, pois não se trata de defesa de direito próprio, mas de todo o tecido social, no qual o eleitor que a propõe está inserido.

Nem sempre o cidadão conhece os seus direitos e a ação popular torna-se uma medida mais frágil para o controle de ilegalidade da administração. Em muitas vezes, sua utilidade é ignorada e sua função condenada ao ostracismo, como Leal (2013)⁸⁴ demonstra em pesquisa efetuada junto ao setor de informática do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Neste ponto há certa percepção empirista no sentido de que, não obstante esta força legítima e intensa que alcança a ação popular, é insignificante o seu uso no cenário nacional, basta ver que, pela pesquisa feita junto ao setor de informática do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, só a título exemplificativo, foi detectado o universo de 37 (trinta e sete) ações populares intentada sem todo o Estado de 2005 a 2009, sobre as mais diversas matérias, o que evidencia um baixíssimo índice de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos pela via judicial.

Há, portanto, uma desvalorização ou desprestígio do instituto enquanto instrumento de defesa da democracia. Nesse contexto, salienta-se o objetivo da ação popular conforme entendimento de Zavascki (2011)⁸⁵:

É a anulação de ato lesivo aos seguintes bens jurídicos: a) ao patrimônio público; b) à moralidade administrativa; c) ao meio ambiente; ou d) ao patrimônio histórico ou cultural. **Com relação à lesão à moralidade administrativa, o autor lembra que conforme o art. 37 da CF/88 o legislador constituinte impôs aos agentes públicos algumas regras, em outras palavras, os agentes públicos devem seguir um modelo de conduta; devem se comportar de maneira apropriada para suas funções, que caso**

⁸³ LEAL, Rogério Gesta. "Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 148.

⁸⁴ LEAL, Rogério Gesta. "Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 148/149.

⁸⁵ ZAVASKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª Ed. Revista, atual. e ampliada São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. P. 80.

não seja respeitada, o ato deverá ser considerado nulo. Trata-se, pois, do princípio da moralidade administrativa. Se caso o administrador agir de má-fé, ou for desonesto, ou ainda, agir em nome de seus interesses pessoais em desfavor da sociedade estará caracterizado a lesividade da moralidade administrativa que, por sua vez, autoriza a anulação do ato através da ação popular. (grifamos)

É de relevância mencionar que a ação popular possui um papel fundamental para a efetivação de um Estado Democrático de Direito, onde todas as regras devem ser respeitadas para termos uma sociedade mais justa e concretamente harmonizada.

Já a ação civil pública também apresenta dispositivo expresso na Constituição Federal de 1988. É referida a ação como uma das funções do Ministério Público, situada no art. 129, inciso III:

São funções institucionais do Ministério Público: (...) III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública é uma garantia fundamental, submete-se ao regime específico dos direitos e das garantias fundamentais, o qual, segundo o magistério de Canotilho (1999)⁸⁶ e o que dispõe a Constituição Brasileira, possui as seguintes regras: I) aplicabilidade direta da norma constitucional que reconhece a ação civil pública, conforme dispõe o parágrafo 1.º do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988; II) vinculação de entidades públicas e privadas; III) as restrições à ação civil pública somente poderão ser previstas no texto original da Constituição; IV) enquanto viger a Constituição, a ação civil pública não poderá ser abolida do sistema jurídico – artigo 60, parágrafo 4.º, inciso IV, do texto constitucional; V) prioridade na tramitação processual.

A Lei 7.347/85 disciplina a ação civil pública estabelecendo no artigo 1º:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3ª Ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1999. P. 23.

I - ao meio-ambiente;
II - ao consumidor;
III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
V - por infração da ordem econômica;
VI - à ordem urbanística.
VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.
VIII – ao patrimônio público e social
Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (grifamos)

Quanto aos legitimados para propor a ação civil pública, a Lei 7.347/85 menciona o rol em seu art.5º:

Art. 5º. Tem, portanto, legitimidade para propor a ação: I- o Ministério Público; II- a Defensoria Pública; III- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV- a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a V- associação que concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Conforme elucida Mancuso (1997)⁸⁷, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública.No entanto, se não atuar como parte, intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei (*custos legis*) conforme redação do § 1º do art. 5º da Lei.

Para Milaré (2002)⁸⁸, existe o papel das associações e a preocupação do legislador em regradar a atuação das mesmas:

No caso das associações, como visto, existe o requisito de que esta esteja constituída há pelo menos um ano, ou seja, o legislador pretendeu com isso impedir que se crie uma associação com o único intuito de promover determinada ação civil pública, nada obstante,

⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei n. 7.347/85 e legislação complementar. 5ª Ed. revista e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. P. 94.

⁸⁸ MILARÉ, Édís. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª Ed. revista e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. P. 215-216.

concedeu-se ao juiz certa margem de flexibilidade na apreciação deste requisito, que poderá ser dispensado quando, no caso concreto, transparecer manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

A partir disso, reflete Matte (2012)⁸⁹, colaciona-se análise sobre os pedidos mediatos e imediatos:

O pedido imediato na ação civil pública pode ter qualquer natureza: condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva. O pedido mediato pode ser de condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da LACP, com preferência para a recomposição da lesão in espécie), por se tratar de interesses e direitos difusos e coletivos stricto sensu, também denominados transindividuais, supraindividuais ou, ainda, metaindividuais.

Na ação popular, o pedido imediato tem natureza desconstitutiva, de acordo com a regra geral.

No entanto, em alguns casos, e de maneira acessória, pode também apresentar natureza condenatória. Isso está referido no art. 11 da Lei. 4.717/65:

A sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Imperioso ressaltar que, embora a ação popular apresente certas semelhanças com a ação civil pública, se tratam de institutos jurídicos diferentes.

Os conflitos da sociedade moderna extrapolam o indivíduo, o que passa a atingir a coletividade e, por consequência, modificando as práticas sociais. Assim Lenza (2005)⁹⁰ menciona:

⁸⁹ MATTE, Mauricio. Ação civil pública: tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos stricto sensu. In Tesheiner, José Maria Rosa (organizador). Processos coletivos. Porto Alegre. HS. 2012. P. 202-203.

⁹⁰ LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005. P. 28.

Os princípios que regulavam o desenvolvimento do direito durante o surgimento do Estado Liberal, em relação ao qual o enfoque era dado ao indivíduo, inevitavelmente não conseguem mais responder aos anseios proporcionados pelos novos movimentos sociais, ou pela evidenciação ou revelação dos direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais transcendentais da esfera eminentemente privada.

Ou seja, essa transindividualidade dos litígios passou a demandar novas formas de superação com os também novos conflitos apresentados ao Poder Judiciário.

Importante mencionar que o tratamento coletivo nos litígios individuais também contribui para o Poder Judiciário, tornando mais acelerado os processos, conforme lição de Dinamarco (2001)⁹¹:

Curiosamente, ao mesmo tempo em que se amplia o número de jurisdicionado, o tratamento coletivo dos litígios individuais tem também o grande mérito de contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário, trazendo um benefício indireto a toda a sociedade, na medida em que um único processo resolve problemas tradicionalmente diluídos em milhares deles. Consequentemente, contribui para a diminuição da morosidade geral da prestação jurisdicional. Como todo instrumento, o processo será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente alcançar seu objetivo, mediante a menor utilização de esforços e de dinheiro.

Na atualidade, é freqüente a deficiência do Estado em proporcionar soluções adequadas aos problemas sociais. A partir dessa realidade, é a partir dos remédios constitucionais como a ação popular e a ação civil pública que se estabelece claramente a tutela do direito do cidadão, a fim de exigir do Estado a consolidação desses direitos.

Mas, como já mencionado, uma sociedade bem informada é a mesma que conseguirá exigir seus direitos e cobrar de seus governantes e é dever do Estado proporcionar aos cidadãos serviços e tratamentos de qualidade.

A prioridade na tramitação das ações coletivas, seria um elemento de auxílio no combate da proliferação de demandas individuais, o que amenizaria o problema da morosidade do judiciário e a ocorrência de situações sociais de conflito.

⁹¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo. Saraiva. 2001. P. 44.

De qualquer sorte, as questões ligadas à práticas corruptivas tem sido alvo de pareceres exarados pelo Tribunal de Contas e Ações Cíveis Públicas manejadas pelo Ministério Público, evidenciando um problema social que prejudica o desenvolvimento social: o crescimento da corrupção.

4.3 O posicionamento jurisprudencial nos casos de corrupção ou fraude no serviço público de transporte escolar

As práticas corruptivas tem sido objeto de análise exaustiva pelos órgãos de fiscalização e controle – tanto na esfera administrativa como jurisdicional – a bem de apurar denúncias de crimes de responsabilidade.

Imperioso salientar que tais ações somente se fazem possíveis ante as denúncias trazidas pelos órgãos de fiscalização, mas também pela própria população, que tem se posicionado com maior contundência após ampla divulgação pela imprensa dos crimes praticados contra a administração pública.

Igualmente importante se faz o esclarecimento da função constitucional dos Tribunais de Contas dos Estados, que institucionalmente possuem a função de efetuar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta⁹².

Não se olvide que tal função fiscalizadora efetivamente tenha por finalidade a produção de efeitos jurídicos, especialmente na responsabilização dos envolvidos em crimes praticados contra a administração pública, em vista de que o Tribunal de Contas possui independência dos poderes a que fiscaliza, como esclarece Leal (2015)⁹³:

Ao lado destes controles da cidadania, temos ainda os controles que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública direta e indireta, nas diversas esferas de poder (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Veja-se que o exercício desta função fiscalizadora, em auxílio ao Poder politicamente responsável pela fiscalização, entretanto, não

⁹² Vide art. 70 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

⁹³ LEAL, Rogério Gesta. LEAL. Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra [recurso eletrônico]. Organizador, Rogério Gesta Leal. In: “Controle da administração pública no Brasil: mecanismos de efetivação da transparência na gestão pública”. Santa Cruz do Sul. EDUNISC, 2015. P. 89-90.

faz do Tribunal de Contas um órgão subordinado ao Poder que auxilia. Ao contrário, sua ação, bem ainda sua estrutura, independem de quaisquer Poderes do Estado.

Destarte, ainda que caracterizado pela “independência institucional” e “pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo”, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da Administração Pública – auxiliando o Parlamento – agindo de ofício, de modo autônomo, ou com ações especiais realizadas por solicitação deste, sempre que houver entendimento, por parte das casas parlamentares, da necessidade desta atuação.

Essa função fiscalizadora do Tribunal de Contas nos demonstra que muitos dos apontamentos realizados são resolvidos na via administrativa ou mesmo política, com a mera imputação do Gestor Público (prefeito) a justificar o erro constatado, sob pena de multa que é imputada pelo próprio Tribunal de Contas.

É verdade que em muitos casos, os apontamentos feitos pelos técnicos dos Tribunais de Contas são desconsiderados perante as excessivas justificativas apresentadas pelos Gestores, especialmente versando sobre o aspecto da realização do bem comum, não vindo a público tais situações.

Por outro lado, muitos desses apontamentos tratam apenas de questões meramente formais, como por exemplo, a abertura do envelope das propostas sem que tenha sido terminada a fase de habilitação, o que a bem do senso comum não se configura falta grave ou que anularia o processo licitatório.

O que de fato deve ser levado em conta nesse aspecto é a efetividade do trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Contas do Estado, que em muitas ocasiões pune e corrige práticas administrativas irregulares, propiciando, é claro, que os agentes públicos objeto de apontamento tenham o exercício regular do direito ao contraditório, revelando algumas particularidades apontadas em sede de recurso de reconsideração⁹⁴:

A respeito do **item 12.3.8** (prestação de serviços de transporte escolar, com mesmo veículo e mesmo motorista, em duas localidades distantes uma da outra, no turno da noite; sobreposição

⁹⁴ Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo n. 5645-0200/11-1. Matéria: recurso de reconsideração. Órgão: Executivo Municipal de Pelotas. Exercício: 2008. Data da Sessão: 14/08/2013. Gabinete do Conselheiro Marco Peixoto.

de contratos no período de abril a junho de 2008), que ensejou a fixação de **débito no valor de R\$ 17.292,24**, alega, em síntese, que inexistiu demonstração da inexecução contratual do serviço, que foi devidamente atestado pelas Diretoras das duas unidades, e que o máximo que poderia ocorrer seria um atraso no serviço de transporte dos alunos.

Quanto à realização de inspeção do tempo do trajeto percorrido, afirma que os profissionais responsáveis pelo transporte realizam o mesmo percurso várias vezes por dia, durante o ano, e a análise da quilometragem percorrida é perfeitamente factível, conforme pretende demonstrar mediante a descrição dos percursos quanto aos Contratos nº 06/2008 e 169/2008.

Refere que a Auditoria glosou somente o contrato em relação ao transporte à Escola Estadual Marechal Rondon, alegando a impossibilidade da Empresa cumprir o contrato com a Escola Garibaldi e levar os alunos do noturno na Escola Marechal Rondon. Todavia, entende que restou evidenciada a possibilidade de o transportador concluir a entrega dos alunos na Escola Garibaldi, às 17h45min, e iniciar seu itinerário no local contratado (Borracharia da BR-392), às 18 horas e percorrer 47 km, em trecho de asfalto e parte em pavimento de saibro, fazendo a entrega dos alunos do turno da noite às 19h10min na Escola Marechal Rondon.

Alega que não houve prejuízo e que os alunos foram transportados, como comprovam as planilhas firmadas pela Direção da Escola, sendo que, em média, eram transportados de vinte a 23 alunos do turno da noite, naquele itinerário de 47 km, totalizando 94 km por dia (fls. 09 a 14).

Quanto ao item **12.3.9** (superfaturamento em contrato de transporte escolar, realizado sem licitação, que tem como objeto um dos trajetos com maior percurso médio diário observado em transporte escolar na região, mas que não teve a redução do custo unitário do quilômetro rodado esperado, contrariando os conceitos de engenharia de tráfego e economia, que indicam custos unitários por quilômetro menores para percursos maiores), que ensejou o **débito no valor de R\$ 4.808,76**, alega, em síntese, que os trajetos são de zona rural, o que limita o número de interessados, e que o valor pago pelo Município é compatível com o mercado local.

Importante destacar nesse contexto a missão do Ministério Público de Contas, mencionado no teor da Constituição de 1988 em dois momentos: primeiro, ao falar da composição do Tribunal de Contas da União no art. 73, parágrafo 2º, inciso I, reserva uma vaga de Ministro na composição daquele colegiado para membro oriundo da carreira ministerial, segundo, no art. 130, sistematicamente posicionado no Capítulo IV, das funções essenciais à Justiça, Seção I, do Ministério Público, garantindo ao membro do Ministério Público de Contas idênticos direitos, vedações e forma de investidura dos demais ramos do Ministério Público.

A atuação desses profissionais garante de sobremaneira que os casos apontados pelo Tribunal de Contas cheguem ao Judiciário para uma investigação mais aprofundada.

Esses casos que chegam ao Poder Judiciário têm recebido a devida atenção dos Juízes e Desembargadores, que efetuam, diariamente, considerável estudo sobre todas essas questões de ordem pública.

Há que se clarear, portanto, que nem todas as situações chegam ao crivo jurisdicional.

O Judiciário apesar disso, vem ao longo dos anos conduzindo investigações e inquéritos que muitas das vezes resultam em punições severas aos atos de improbidade administrativa no tocante a corrupção e fraudes no serviço de transporte escolar.

Prevalece o princípio *in dubio pro societate*, bastando para nossos Colendos Tribunais à existência de indícios suficientes da prática do ato ímprobo para que seja autorizado o recebimento da inicial de processo de improbidade administrativa.

O procedimento administrativo, visto como um sistema de atos administrativos conectados entre si abre espaço para que as práticas corruptivas entrem e sejam objeto de investigação. Muitas vezes, são identificadas por sutis detalhes na prestação de contas da utilização do recurso, por exemplo.

Situações como essa demonstram que o processo licitatório é algo complexo e sistêmico, portanto sujeito à várias formas de distorção de suas disposições, com outra porção de variáveis de interpretações.

Para maior elucidação do raciocínio então desenvolvido, trazemos ao cotejo dois julgados emanados de duas Cortes de Justiça distintas, sendo um da lavra do Ministro Humberto Martins, componente do Superior Tribunal de Justiça, e outro da lavra do Desembargador Irineu Mariani, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a bem de demonstrar quais os requisitos legais que foram levados em conta na análise dos casos.

Utilizamos, para tal pesquisa, as palavras-chave: “improbidade administrativa, fraude, licitação e transporte escolar”.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCISA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

1. Discute-se a alegada ausência ou deficiência na fundamentação da decisão que recebeu a ação de improbidade administrativa interposta contra os agravantes.

2. O Tribunal de origem não pecou na fundamentação do acórdão vergastado, decidindo a matéria valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

3. Nos termos do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei n. 8.429/92, a defesa preliminar é o momento oportuno para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade administrativa, a procedência da ação ou a adequação da via eleita.

4. Existindo indícios de atos de improbidade, nos termos dos dispositivos da Lei n. 8.429/92, sendo procedente a ação e adequada a via eleita, cabe ao juiz receber a inicial e dar prosseguimento ao feito.

5. Hipótese em que a fundamentação, embora breve e sucinta, guarda pertinência no que se lhe exige nesta fase preliminar.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 19841/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 20/10/2011). (grifamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE APÓS A DEFESA-PRÉVIA.

1. Matérias argúveis na defesa-prévia. São exclusivamente aquelas típicas que o juiz deve examinar no juízo de admissibilidade (numerus clausus), é dizer, conforme o art.

17, § 8º, (a) inexistência do ato de improbidade; (b) improcedência da ação, entenda-se, improcedência do pedido; e (c) inadequação da via eleita, entenda-se, da ação.

2. Princípio regente. No juízo de admissibilidade da ação civil pública, após a defesa-prévia, não vigora o princípio in dubio pro reo, mas o in dubio pro societate,

assim como, por exemplo, na área criminal, relativamente à pronúncia e ao recebimento da denúncia, inclusive, relativamente

aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, de igual modo após defesa-prévia (CPP, art. 516). Exegese do art. 17, § 8º,

da Lei 8.429/92, acrescido pela MP 2.225-45, de 4-9-01.

3. Caso concreto. 3.1 **Não há falar em nulidade, por falta de fundamento, da decisão que recebeu a inicial, visto que o § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92 exige fundamentação apenas para rejeitá-la. Para recebê-la, basta a referência genérica de que não restaram**

provadas as hipóteses que autorizam o não recebimento. 3.2 No restante, não caracterizadas, efetivamente, tais hipóteses, merece

mantido o recebimento da inicial.

4. Dispositivo. Agravo de Instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70031161854,

Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 30/09/2009). (grifamos)

A inicial, nos casos da Lei n. 8.429/92, deve ser recebida desde que haja indícios que fundamentem a prática de ato de improbidade, visando apurar tais casos, conforme orienta Carvalho Filho (2013)⁹⁵:

“(…) Como regra, o juiz deve receber a petição inicial, bastando, para tanto, que o fato se enquadre, em tese, num dos tipos da Lei nº 8.429/1992 e que haja indícios que fundamentem a prática do ato de improbidade; presentes tais pressupostos, deve o juiz proceder à fase instrutória. (...)”.

É cediço, entretanto, que nossos Tribunais tem se deparado com maior frequência com casos relacionados à Improbidade administrativa, contudo o problema começa a se tornar mais sério quando o uso da lei se depara com “sujeitos especiais”, os chamados agentes políticos, que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

A linha de raciocínio de nossos Tribunais tem se servido do Princípio *in dubio pro societate*, no momento de averiguar a existência ou não de alguma irregularidade na contratação de serviços.

Importante clarear a esse ponto que os atos que importam em improbidade administrativa são os previstos na Lei n. 8.429/1992 e caracterizam-se por dano ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos. A lei de improbidade administrativa define enriquecimento ilícito o ato de “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas”.

A par disso, a Improbidade Administrativa tem sido a porta de entrada para que o Judiciário possa responsabilizar criminalmente os agentes políticos. Em seu conceito, a improbidade administrativa está inserida como desvio ético de conduta do agente público, seja qual for a função exercida, como afronta à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos poderes da República e que envolva enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da administração pública.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até 31.12.2012. Editora Atlas. São Paulo. 2013. P. 1105.

A prioridade das investigações em busca da comprovação de fatos delituosos nessa modalidade criminosa tem sido a apuração de indícios de práticas que possam levar a fraudes ou atos de corrupção. A investigação dessas condutas se dirige para atos administrativos que atentem os princípios da razoabilidade e obedecendo ao princípio constitucional do contraditório, mas considerando, sempre, como relevante o interesse da sociedade geral sobre o particular.

Todavia, é forçoso concluir que uma das principais dificuldades do Poder Judiciário e dos órgãos de fiscalização é, no decorrer do processo, conseguir comprovar o ato de improbidade administrativa, de fraude em processos e corrupção.

A corrupção ainda é muito bem mascarada tornando difícil e delicada a comprovação de sua prática.

Porém, para que se dê início ao processo judicial, bastam indícios de irregularidades, sendo a tarefa mais árdua reservada para o seu desenrolar, onde apenas tais indícios não são suficientes, o que acarreta em milhares de processos de suspeita de corrupção nas contratações arquivados ou extintos por falta de conjunto probatório capaz de punir tais práticas corruptivas.

No caso do Rio Grande do Sul, cumpre destacar as decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2015.

Para tal pesquisa, se utilizou as palavras-chave: “improbidade administrativa e transporte escolar”, tendo por resultado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. CONLUIO ENTRE AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO E LICITANTES ESTABELECEndo PREÇO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR. ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A inicial descreve como ato de improbidade, passível da condenação nas penas do art. 12 da Lei n. 8.429/92, o fato de os réus combinarem o valor do preço a ser cobrado pela execução do serviço de transporte escolar, após terem sido abertos os envelopes contendo as propostas, havendo concordância expressa dos agentes da Administração, frustrando o caráter competitivo do certame. A ata de julgamento referente à Tomada de Preços, visando a contratação de empresas para a execução do transporte escolar em Bom Progresso, nem de longe aponta o conluio descrito na peça vestibular. Ao contrário, registra a desistência de todos os participantes do certame de executar os

serviços licitados pelos preços oferecidos, o que não foi aceito pela Comissão de Licitação. Esta rejeição pela Comissão de Licitação das novas propostas financeiras dos licitantes, inclusive é levada em consideração pelo Diretor Jurídico, no parecer exarado sugerido a anulação da licitação, o que acabou sendo endossado pela Procuradora do Município, restando, a final, anulado todo o procedimento pelo Prefeito Municipal. Inexistência dos fatos fundamentos da demanda. Improcedência. Apelação dos réus provida. Apelação do Ministério Público prejudicada. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70065481178, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/09/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Como se colhe do artigo 17, parágrafo 8º, da Lei nº 8.429/92, a inicial da ação civil pública por improbidade administrativa somente será rejeitada quando o magistrado estiver convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. 2. As imputações são feitas com base em indícios suficientes da existência de fraude em licitação tendente à contratação emergencial para prestação de serviços de transporte escolar, não apenas fundada na transcrição dos diálogos com potencial licitante, mas também na extensa documentação juntada aos autos principais, revelando o acerto entre empresários, impossibilitando a lisura da competição que caracteriza o processo licitatório e acarretando potencial prejuízo ao erário. 3. A avaliação da prova, tanto no aspecto material como formal, será efetuada pelo magistrado, após a instrução, não sendo este o momento adequado para se inferir acerca de sua licitude. Circunstâncias de fato que poderão beneficiar o agravante poderão ser aduzidas durante a coleta da prova, mas não permitem a pronta rejeição da inicial. 4. Não se apresenta possível, de imediato, afastar as imputações feitas pelo Ministério Público, tendo em vista não ser o momento processual oportuno, sendo necessária a realização da fase probatória para que se esclareça quanto a questão versada. **NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.** (Agravado de Instrumento Nº 70066203803, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 17/12/2015)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Como se colhe do artigo 17, parágrafo 8º, da Lei nº 8.429/92, a inicial da ação civil pública por improbidade administrativa somente será rejeitada quando o magistrado estiver convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. 2. As imputações são feitas com base em indícios suficientes da existência de fraude em licitação tendente à contratação emergencial para prestação de serviços de transporte escolar, não apenas fundada na transcrição dos diálogos com potencial licitante, mas também na extensa documentação juntada aos autos principais, revelando o acerto entre empresários,

impossibilitando a lisura da competição que caracteriza o processo licitatório e acarretando potencial prejuízo ao erário. 3. A avaliação da prova, tanto no aspecto material como formal, será efetuada pelo magistrado, após a instrução, não sendo este o momento adequado para se inferir acerca de sua licitude. Circunstâncias de fato que poderão beneficiar o agravante poderão ser aduzidas durante a coleta da prova, mas não permitem a pronta rejeição da inicial. 4. Não se apresenta possível, de imediato, afastar as imputações feitas pelo Ministério Público, tendo em vista não ser o momento processual oportuno, sendo necessária a realização da fase probatória para que se esclareça quanto a questão versada. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. (Agravo Nº 70066339045, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 01/10/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO APELO REJEITADA. O fato de não ter atacado especificamente os argumentos utilizados pelo juiz de 1º grau, não inviabiliza a apreciação do apelo. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DESERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR. ALEGAÇÃO DE EXCLUSÃO IRREGULAR DE EMPRESA QUE SE SAGROU VENCEDORA EM LICITAÇÃO ANTES DECLARADA NULA. AUSÊNCIA DE PROVA.** Inviável o acolhimento da inconformidade, porque não demonstrada a ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, nem mesmo apontada qualquer conduta que configurasse eventual cartel, abuso de poder ou ilegalidade por parte da Administração, irregularidades que não podem ser deduzida do fato de uma empresa não ter sido contemplada na contratação emergencial do transporte escolar. **APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.** (Apelação Cível Nº 70049112675, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 10/12/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA SUSPENDENDO PREVENTIVAMENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA RÉ. DENÚNCIAS GRAVES REALIZADAS POR USUÁRIOS DO TRANSPORTE ESCOLAR. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE. CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1. Nada há de ilegal na decisão administrativa que, em face de graves denúncias realizadas por usuários do transporte escolar, determina a suspensão preventiva da prestação dos serviços, oportunizando à empresa contratada a devida defesa. Havendo receio de dano à saúde e à integridade física de crianças e adolescentes, não se pode considerar desproporcional ou irrazoável a medida adotada pela municipalidade. 2. O Poder Judiciário, sob pena de violar o Princípio da Separação dos Poderes, não pode adentrar na decisão que retrata juízo de conveniência e oportunidade, restringindo-se ao exame da legalidade. **APELO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70066375478, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 04/11/2015).

Visando ampliar a informação sobre o tema, procedemos na pesquisa no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), utilizando-se as palavras-chave: “fraude, licitação e corrupção ativa”. Dessa forma, chegou-se ao seguinte julgado, que analisa a atuação de uma organização criminosa voltada à prática de diversos atos ilícitos contra a administração pública:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (FRAUDE À LICITAÇÃO, EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS, PECULATO, CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA, ENTRE OUTROS). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA ORDEM ECONÔMICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE QUE O PACIENTE SERIA O LÍDER E PRINCIPAL ARTICULADOR DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ATUANTE EM INÚMEROS MUNICÍPIOS DO INTERIOR BAIANO E COM TRÂNSITO ENTRE O EMPRESARIADO E AS PREFEITURAS ENVOLVIDAS. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Em razão de investigação conduzida pela Polícia Federal em diversos Municípios Baianos, amparada em relatórios da Controladoria Geral da União e em escutas telefônicas autorizadas judicialmente, em que se apurou a existência de fortes indícios de atuação de organização criminosa voltada para a prática de diversos ilícitos contra a Administração Pública (fraude a licitações, emprego irregular de verbas públicas, peculato, corrupção, etc), foram requeridas e deferidas, entre outras medidas, o sequestro de bens de alguns investigados, a busca e apreensão de documentos, a prisão temporária e a prisão preventiva, esta, deferida apenas com relação ao ora paciente, identificado como o coordenador da atividade delituosa. 2. Não se ignora, minimiza ou despreza a necessidade, em casos excepcionais, de prisões processuais, isto é, aquelas que de modo extraordinário antecedem ao trânsito em julgado das decisões penais condenatórias, mas os provimentos judiciais com esse teor devem obrigatoriamente trazer no seu próprio contexto a indicação segura, precisa e exata da indispensabilidade da medida drástica, pois que sem isso se estará apenas diante de um ato de força, e não de um ato judicial, no sentido em que a doutrina do Processo Penal emprega esta locução. 3. Na hipótese, a decisão impugnada apontou a existência de fortes indícios da prática dos crimes, elencando fatos concretos que demonstram a magnitude da empreitada criminosa - que envolve inúmeros Municípios Baianos e um leque impressionante de empresas e pessoas ligadas às Prefeituras, segundo consta dos elementos indiciários já colhidos, sendo certo que as fraudes dirigiam-se até mesmo para áreas sensíveis da vida comunitária, como a merenda escolar e a compra de medicamentos. 4. O objetivo principal dos envolvidos era a obtenção de proveito pessoal econômico a partir da lesão ao erário público e, para a consecução desse objetivo principal, outras práticas ilícitas eram necessárias (corrupção ativa e passiva, por exemplo), de modo que a gravidade concreta dos fatos certamente ampara a medida extrema para a garantia da ordem pública e da ordem

econômica, evitando a continuidade das atividades delituosas. 5. A posição de liderança do paciente, apresentando-se como um dos principais interlocutores e articuladores da empreitada criminosa, com trânsito fácil tanto dentro da área empresarial como da Administração Pública, justifica a custódia preventiva ora combatida também para garantia da instrução criminal, dada a sua influência junto aos poderes públicos municipais. 6. Precedentes do STJ: HC 110.704/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09.03.2009 e HC 70.560/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 06.08.2007. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem denegada. (HC 190.017/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 21/03/2011).

É de suma importância que a sociedade como um todo denuncie e reflita sobre a corrupção no âmbito da administração pública, para que, num futuro próximo, não mais se encontre, ou mesmo que seja uma minoria os gestores públicos que pratiquem a corrupção.

Para que se tenha ideia clara sobre o tema, o termo corrupção previsto no Código Penal, geralmente é utilizado para designar o mau uso da função pública com o objeto de obter uma vantagem, podendo ser ativa ou passiva. Quando o agente público solicita dinheiro ou outra vantagem para fazer algo ou deixar de fazer, trata-se de corrupção passiva. Já a corrupção ativa se dá quando um cidadão oferece uma vantagem financeira ou de outra natureza a um agente público, visando a um benefício.

A par disso, observa-se que os cidadãos elegem e reelegem maus administradores, gestores públicos que possuem contumácia nessa prática corruptiva. São esses administradores que, com suas ações (ou omissões), desencadeiam as políticas públicas que poderão ou não suprir a lacuna deixada pelas constantes demandas sociais verificadas em nosso País.

Assim, as patologias corruptivas, vistas como propriamente chagas que se formam no tecido social, são esses elementos que propiciam a manutenção e a própria expansão das desigualdades sociais. O dinheiro público é, no mais das vezes, desviado de sua função principal, que é propiciar a melhora na qualidade de vida das pessoas.

Mesmo toleradas como algo corriqueiro, os efeitos dessas patologias alcançam todas as mazelas individuais ou coletivas vividas por uma sociedade. Esse prejuízo social é bem descrito nas palavras de Leal (2013)⁹⁶:

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

As dificuldades em reunir provas das condutas delituosas previstas na Lei 8.429/92 são imensas, pois os acusados da prática de improbidade administrativa usam vários artifícios para se livrarem das acusações, entre eles, a prerrogativa de foro privilegiado. Notadamente as autoridades que possuem tal prerrogativa se evidenciam como articuladores desses sistemas de corrupção, coibindo o Judiciário de agir com liberdade para conseguir processar e julgar tais autoridades.

A percepção que fica é a de que somente com ações conjuntas e articuladas entre Sociedade Civil e as Instituições Republicanas - Ministério Público Federal e Estadual; Polícia Federal e Civil; com o Poder Judiciário - haveremos de trilhar rumo a uma administração pública mais transparente e uma cultura política mais comprometida com a verdadeira missão da gestão pública, que é gerir os recursos de todos, em benefício de todos.

Esse é o objetivo do nosso sistema constitucional e razão da existência da estrutura administrativa vigente, a bem de fazer valer as regras postas, mas principalmente efetivar os direitos fundamentais.

⁹⁶ LEAL, Rogério Gesta. "Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos". EDUNISC. 2013. Santa Cruz do Sul. P. 33.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, em seu propósito inicial, tratou do estudo do indivíduo enquanto unidade autônoma e sua evolução enquanto Ser independente, racional e que necessita sair da individualidade para interagir com os demais seres, formando assim um consenso possível de convivência em grupo, sem perder no entanto sua essência.

Por meio da *autopoiesis*, na visão de Maturana e Varela, como uma idéia inicial de sistema que se move do Ser biológico ao Ser social, temos a formação de um embrião de sociedade, onde a ideia de circularidade – construção e reconstrução – do pensamento e agir do indivíduo em relação ao grupo e esse em relação aos demais membros desse grupo.

Temos então a célula da sociedade, onde o primeiro passo se dá na necessidade de partilhar coisas comuns como o espaço geográfico – local ou região - e dele tirar o sustento próprio e de sua prole. A partir disso, vem o consenso relativo de uma convivência onde a cooperação mútua se constrói dentro de um contexto racional, com o estabelecimento de normas e regras.

Toma forma o “amálgama social”, consolidando no dizer de Luhmann a ideia de que “não há outra possibilidade que não a de considerar o homem por inteiro, em seu corpo e alma, como parte do entorno do sistema sociedade”.

Ciente da noção de sociedade, inevitável que esse conjunto de regras também estabeleça a formação da entidade que congrega os desejos e aspirações comuns da sociedade: o Estado.

O Estado por sua vez, surge como a unidade administrativa e política desse aglomerado de pessoas em determinado espaço geograficamente delimitado, consolidando a ideia da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, onde as regras e normas se legitimam e se concretizam por meio de atos de comunicação, que por sua vez se reproduzem sistematicamente.

A *autopoiesis* vista como um sistema jurídico é concebida sob o olhar de Teubner, onde a circularidade inicial de Maturana e Varela, se aperfeiçoa e produz atos jurídicos e normas jurídicas, onde a política pública se torna a “unidade de diferenças”.

A administração pública materializa a estrutura estatal, traduzindo um sistema regido essencialmente por atos de comunicação, dispostos das mais diversas formas, como leis, decretos ou portarias. Esses atos se traduzem em comunicação, porém de natureza administrativa, ensejando a natureza da própria administração, que é centralizar ações para produzir serviços que atendam aos anseios da sociedade.

A partir daí, o conceito de igualdade, aliado à representatividade se consolida na legitimidade que o Gestor Público, devidamente eleito pelo sufrágio universal, tem de exercer a chamada “função administrativa” de tomar decisões e fomentar ações que efetivem os direitos fundamentais.

Entre os direitos fundamentais, interessa ao presente o direito ao acesso à educação, tendo a própria educação como gênero e o transporte escolar como espécie.

Os instrumentos legais ou sistemas administrativos para que se chegue a efetivar esse direito fundamental – educação – se traduzem na licitação e no contrato administrativo, com especial atenção à visão sistêmica de ambos, visto que são compostos de fases, ritos e atos administrativos e de comunicação complexos e conectados entre si, dependendo um de outro para que haja uma harmonia tanto na esfera administrativa quanto legal.

A educação – enquanto direito fundamental – possui importância singular no contexto do presente estudo, pois abarca vários outros direitos fundamentais, tais como - a igualdade - enquanto direito de primeira geração e os direitos sociais, econômicos e culturais, visando proporcionar condições mínimas de vida como - a dignidade da pessoa humana - enquanto direito de segunda geração, entre outros.

É claro que tais direitos encontram na educação o caráter cumulativo, ou seja, se fundem para formar o “bem estar social”, tendo por sujeito passivo o Estado, onde o indivíduo se encontra em crédito em relação à coletividade.

Transita assim a educação enquanto direito fundamental em todas as dimensões, o que confere importância singular seu estudo enquanto instrumento de conquistas sociais significantes a curto e longo prazo.

O direito à educação é tão amplo que o dever em prestá-lo não se restringe ao Estado, mas se amplia e se fraciona por toda a sociedade, desde a família, até a sociedade em geral como participante indireto nos processos de elaboração e execução de políticas públicas a cargo das instituições ligadas ao terceiro setor.

Por conseguinte, o direito à educação se revela como uma face concreta e determinante da dignidade da pessoa humana visto que unifica esses direitos fundamentais das mais variadas gerações para garantir uma sociedade mais harmônica.

Já na seara administrativa e sistêmica, o estudo aqui se dirige aos contratos administrativos de prestação de serviço de transporte escolar, onde o tema foi tratado com a devida relevância reclamada.

O transporte escolar, por sua vez, se comunica claramente com a finalidade a que se propõe, sendo vital que sua concretização se dê observando a forma mais eficaz e menos onerosa ao erário público.

Se verificou no estudo a necessidade de um maior número de veículos à disposição dos pequenos municípios para que façam o atendimento a toda a população carente em idade escolar.

Destaca-se que os governantes devem priorizar, além da educação de qualidade que é direito de todo cidadão, as condições necessárias para que as nossas crianças e jovens usufruam do ensino, pois será essa oportunidade educativa que trará muitas e melhores condições de vida aí entra a necessidade de um transporte escolar adequado.

Porém, nos deparamos com várias deficiências na prestação dessa modalidade de serviço público, onde o objeto da licitação são as linhas de transporte, tendo o preço mais próximo do ideal calculado pelo órgão responsável, em sua maioria, a cargo da respectiva Secretaria municipal de Educação.

Os Municípios então optam por terceirizar o serviço, como um todo, especialmente o fornecimento de veículo, onde o terceiro assume, frente ao Município, dupla obrigação – a de cumprir com o contratado por determinado prazo e fornecer veículo compatível com a resolução editada pelo CONTRAN, visando o atendimento do requisito essencial da administração pública.

O processo de contratação decorre de uma licitação, sendo esse um dos mais complexos dentro da municipalidade, eis que conta com as nuances e particularidades que possui e o valor humano que encerra, já que trata do transporte diário de centenas de crianças e adolescentes em tenra idade.

Ante a importância dessa modalidade de serviço público prestado via terceirizada, urge que os órgãos de fiscalização - Ministério Público e Tribunal de Contas – tenham atuação direta sobre as denúncias recebidas da sociedade civil organizada ou mesmo dos pais dos alunos.

Os apontamentos feitos pelos respectivos Tribunais de Contas dos Estados (TCE) possuem papel fundamental nesse processo de fiscalização, pois são eles que diretamente fiscalizam e apontam, por meio de pareceres técnicos, os erros formais cometidos, seja no processo licitatório, seja na formação ou mesmo na execução do contrato de prestação de serviço de transporte escolar.

A partir dessas auditorias feitas pelos Tribunais de Contas que se apuram práticas conhecidas como “contratos emergenciais” e que, por serem ilegais, dispensam o processo de licitação a bem de favorecer aliados políticos, bem como a chamada “privatização de linhas de transporte escolar” como já mencionado.

No presente trabalho se buscou demonstrar por amostragem alguns desses apontamentos, delineando uma tendência do Tribunal de Contas de Estado do Rio Grande do Sul ao tratar o tema do transporte escolar.

Constatou-se então essa “privatização” onde alguns prestadores de serviço se tornam praticamente “proprietários” dessas linhas de transporte escolar, já que as detém por vários anos.

Essa prática é chamada de formação de cartel e se torna uma prática corruptiva, já que envolve servidores públicos que anuem com essa situação, ano após ano.

O transporte escolar, enquanto modalidade de contratação de serviço público possui atrativos financeiros consideráveis, pois anualmente movimenta várias linhas de transporte para os mais variados rincões dos municípios, importando em contratos vantajosos e disputados pelos particulares.

Apesar de ser um procedimento licitatório complexo, a vantagem financeira supera esse obstáculo, como nenhuma outra modalidade de licitação pública, ao menos no ambiente do Município.

A complexidade desse processo licitatório é tamanha, que mobiliza várias secretarias, a saber: educação, finanças, planejamento, transporte e viação, além da assessoria jurídica do Município, responsável por confeccionar toda a parte legal (desde o edital de licitação, passando por todo processo licitatório, chegando à confecção e execução do contrato).

Outra questão levantada no estudo é o fato que a participação popular ainda é restrita, visto que o trajeto feito pelas linhas do transporte escolar ainda são “fechadas” para o público em geral, mas especialmente para as comunidades atendidas.

O instituto – audiência pública – é relativamente novo em se tratando de procedimentos licitatórios, sendo utilizado em casos de grande repercussão, especialmente no tocante a valores de vulto envolvidos (art. 39 da Lei 8666/93).

Sua utilização se restringe aos casos previstos na lei, em se tratando de licitação, porém o presente sugere que sua prática se estenda para o processo licitatório da prestação de serviço de transporte escolar, introduzindo-a no momento anterior da confecção do respectivo edital.

A justificativa de tal sugestão se dá pela transparência e publicidade das linhas de transporte escolar a ser objeto de licitação, sendo convocados a comparecerem, além dos possíveis licitantes, as comunidades alvo do transporte, ou seja, por onde irá transitar o veículo e até mesmo representante do Conselho Municipal de Transporte, que deve em tese, possuir um plano de expansão e manutenção da malha viária municipal.

A formalidade contida na audiência pública, da qual é lavrada ata, serviria como documento hábil para instruir inclusive o futuro Edital de Licitação, eis que uma vez exposto o trajeto e de acordo os presentes, haveria a chancela popular acerca de seu traçado. Além disso, o próprio preço do quilômetro rodado seria um item de discussão, tomando por base o contrato de prestação de serviço em vigor, onde os próprios terceirizados poderiam tecer algum comentário sobre os elementos que formam o preço tais como: variação do preço do combustível, do salário de categoria do motorista, entre outros.

O evento audiência pública então viria a validar o próprio edital e por que não dizer todo o processo licitatório e por isso mesmo não seria conveniente haver considerável tempo entre a audiência e a publicação do edital.

Sob essa hipótese, hábil a validar o edital será a audiência pública que cumpra sua finalidade básica de informar a obra, o serviço a ser contratado e qual a forma de sua execução, bem como os elementos formadores da técnica legal - melhor preço – tudo isso com fundamentação suficiente por parte do órgão responsável pela licitação, no caso, a secretaria municipal de educação.

Em outras palavras, o procedimento seria mais aberto, tanto para a população alvo da prestação de serviço, quanto para os próprios futuros licitantes, que iriam participar do certame com ciência da realidade contratual que os espera, evitando surpresas futuras.

A observação em propor a audiência pública prévia à abertura do Edital de Licitação daria ao processo a Publicidade dos atos administrativos, uma vez que os trajetos não são expostos para as pessoas interessadas e por isso a avaliação ou sugestões da comunidade não é ouvida.

Importante atentar para o atendimento dos princípios da licitação arrolados no artigo 3º da Lei 8.666/93 com suas modificações. Tais princípios são: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao edital, julgamento objetivo e demais princípios, que lhes sejam correlatos.

Impensável conceber linhas rurais, que incluem em seu trajeto, muitas vezes, a passagem do veículo do transporte escolar sobre propriedades particulares ou localidades de difícil acesso, especialmente em épocas de chuva, não tenham a opinião dos usuários ou do próprio Conselho Municipal de Transporte.

A esse tópico – audiência pública – acrescente-se outro aspecto de suma importância: o atendimento aos princípios norteadores da licitação, especialmente ao que trata da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público, pois ao tornar os critérios de admissão de propostas claros e sujeitos ao crivo da sociedade civil, a Administração estaria a contemplar o direito da coletividade a prevalecer sobre a individualidade

Além disso, a Administração estaria igualmente prestigiando outro princípio importante – o da Motivação e da Publicidade – pois expondo os fundamentos de fato e de direito se pode verificar se as condutas administrativas estão a atender aos princípios informadores da legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade. A publicidade, nesse caso, sem dúvida é primordial para que todos os interessados fiscalizem os atos de licitação, pois qualquer cidadão pode denunciar irregularidades e pedir instauração de investigações administrativas no sentido de apurar se a atividade licitatória está de acordo com a Lei.

Enfim, a esse tópico – audiência pública – se evidencia que os critérios norteadores da licitação – razoabilidade e proporcionalidade – estariam sendo prestigiados, com a chancela da participação popular.

O presente trabalho, como já mencionado, cinge-se a analisar apenas o Estado do Rio Grande do Sul e sua região central, como delimitação geográfica.

Mas não se pode perder de vista o trabalho efetuado pelo Ministério Público Federal, que constitui parcela significativa de um capítulo no presente, em vista da apuração de desvios de merenda escolar e fraudes praticadas no transporte escolar, que é notadamente o favorecimento de algumas empresas em relação às linhas mais “rentáveis”.

Aliás, a corrupção tem sido a tônica dos debates sobre eficiência da administração pública como um todo. Estima-se que seus tentáculos atinjam atualmente todas as esferas de poder, indistintamente.

A educação, nesse cenário, aparece como uma solução de longo prazo para que possamos encontrar um modelo que consiga equacionar valores essenciais para uma sociedade como a gestão pública racional, aliada a uma participação popular efetiva e consciente.

O poder da educação, enquanto balizador dessas relações entre Governo e Sociedade, aparece para nós enquanto observadores desse quadro como decisivo para que se ajuste o tecido social às aspirações republicanas.

A educação formal é, dessa forma, um poder equalizador, republicano e democrático, visto que a escola é o reflexo da sociedade, com todas as suas virtudes e mazelas, mesmo que seja um ambiente mais propício, em tese, à reflexão.

Afinal agregar aos atos administrativos a dose correta de ética pública é um dos objetivos claros de nossa sociedade, que vem se conscientizando que não há poder público sem fiscalização, especialmente exercida pelos usuários do serviço público.

O usuário do serviço público tem a função de protagonizar ações que apontem falhas e precariedades da prestação do serviço, contribuindo assim para o aperfeiçoamento da qualidade do serviço.

A partir disso, as instituições encarregadas legalmente pela fiscalização desse gerenciamento da “*res pública*” poderão efetuar com maior ênfase seus apontamentos.

São práticas caracterizadas pela contumácia e por isso mesmo não se limitam a uma determinada gestão. Desafiar essa cultura é o mesmo que praticar uma “contravenção ao contrário”.

Isto é, a população que vê na denúncia uma heresia, já que a força da máquina pública, por seus prepostos, sempre tem a razão e normalmente encontra uma forma de justificar o próprio injustificável.

Os mitos disseminados acerca da corrupção encobrem seu entendimento como fenômeno intrinsecamente político, com consequências sociais, políticas, econômicas e culturais.

A mudança desse quadro depende desse direito fundamental que é a EDUCAÇÃO, que aliado aos demais direitos dessa seara, tais como: a igualdade e a dignidade da pessoa humana trará para o cenário social e político a população por vezes rejeitada e utilizada tão somente como “massa de manobra” nas eleições, quebrando de vez com a desigualdade social histórica e profunda no Brasil.

A esperança que o futuro nos reserva é que o transporte, agora direito social elencado no teor do art. 6º da Constituição Federal, atuando como elemento de ligação para a concretização de outros direitos sociais e fundamentais.

O transporte, em outras palavras, traduz o direito essencial de um mundo contemporâneo – o direito de ir e vir – consubstanciado na locomoção das massas de trabalhadores e estudantes diariamente para a realização de suas atividades, funcionando como o elo de ligação entre o cidadão e o instrumento de seu desenvolvimento pessoal, seja na atividade profissional ou intelectual.

O desenvolvimento econômico de um País passa obrigatoriamente pelo desenvolvimento humano, das potencialidades individuais para o grupo e assim por diante.

O Transporte Escolar então, enquanto serviço público, mas especialmente enquanto direito fundamental que propicia o acesso à educação, à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à livre iniciativa; é sem dúvida um valor social que deve ser tratado com a seriedade que merece.

A democratização do espaço público de formação de um Edital de Licitação da contratação de uma espécie de serviço essencial, fatalmente se constituirá num avanço social considerável e necessário.

A face do Transporte Escolar enquanto facilitador do acesso das populações que vivem afastadas dos grandes centros urbanos, com ênfase aos cidadãos provenientes da zona rural dos municípios significa sem dúvida a possibilidade efetiva de que essas pessoas acessem o desenvolvimento pessoal e por via de consequência propiciem condições para o desenvolvimento social, econômico e cultural de nossa gente.

É o que esperamos, desejamos e faremos enquanto sociedade civil organizada, participativa e consciente de nossos deveres e direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BITTENCOURT, Caroline Muller. RECK, Janriê Rodrigues. *In* “A construção de Categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto.” Direitos Sociais e Políticas Públicas. Tomo 14. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2014. P. 39.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª edição revista, ampliada e atualizada até 31.12.2012. Editora Atlas: São Paulo, 2013.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo. Editora Atlas S/A. 2012. P. 262, 263, 266.

DUGUIT, Leon. Las transformaciones de Derecho Público y Privado. Granada. Editorial Comares. 2007. P. 85.

DUGUIT, L. Fundamentos do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2005. P 25/45

FREIRE, Paulo. FREIRE, Ana Maria Araújo. *In*: Pedagogia dos sonhos possíveis. São Paulo: Ed. UNESP, 2001. P. 94.

FRATTON, Elisângela Furian. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “A dignidade da pessoa humana e o fenômeno da corrupção no Brasil”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: [HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf). Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 121.

GARCIA, E. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 383. 2006. P. 83-112.

GOMES, Sandra Cristina. Tese apresentada ao programa de pós-graduação do departamento de ciência política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Ciência Política: “*Fatores explicativos das diferentes estratégias de municipalização do ensino fundamental nos governos subnacionais do Brasil (1997-2000)*”. 2008. USP. Disponível em www.teses.usp.br/teses/.../8/.../TESE_SANDRA_CRISTINA_GOMES.pdf. Acessado em 23 de dezembro de 2015. P. 66.

GORCZEVSKI, Clóvis. A fundamentação da democracia: participação política e autocondução como exercício de um direito natural. In.: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. P. 36-37.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. P. 121, 338, 339, 470 e 476.

KAUFMANN, Patrícia Tavares Ferreira. SILVA, Ianaiê Simonelli da. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “Corrupção e Improbidade administrativa: uma análise dos seus efeitos na sociedade e o possível reflexo no controle jurisdicional de políticas públicas”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014.

Disponível

em:

[HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf).

Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 154.

KOHL, Cleize Carmelinda. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: "Corrupção e Improbidade administrativa: uma análise dos seus efeitos na sociedade e o possível reflexo no controle jurisdicional de políticas públicas". EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em:

[HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf).

Endereço eletrônico acessado em 25/01/2015. P. 117.

LEAL, Rogério Gesta. In: "Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2013. P. 14 e 19.

LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: "Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais". EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em:

[HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf).

Endereço eletrônico acessado em 25/12/2015. P. 14.

LEAL, Rogério Gesta. FRIEDRICH, Denise B. In Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas. 2013. P. 09.

LEAL, Rogério Gesta. LEAL. Patologias corruptivas: as múltiplas faces da hidra [recurso eletrônico]. Organizador, Rogério Gesta Leal. In: "Controle da administração pública no Brasil: mecanismos de efetivação da transparência na gestão pública". Santa Cruz do Sul. EDUNISC, 2015. P. 89-90.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LINHARES, M. T. M. O direito à educação como direito humano fundamental. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Maio 2007. P. 149-161.

LUHMANN, Niklas & De GEORGI, Raffaele. "La sociedad de La sociedad". México: Herder, 2007. P. 12, 13, 16 e 29.

LUHMANN, Niklas. Soziale Systeme. Grundbeinerall gemeinen theorie. Frankfurt. Surkamp, 1984. P. 24 e segs.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983. P. 75.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar. 5ª. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. Curso de direito administrativo econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MATTE, Mauricio. Ação civil pública: tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos stricto sensu. In: Tesheiner, José Maria Rosa (org.). Processos Coletivos. Porto Alegre: HS, 2012.

MATURANA, Humberto/VARELA, Francisco, De Máquinas y seres Vivos. Santiago: Editorial Universitária, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 274.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31ªEd. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública - Fases, etapas e atos. 1ª Ed. Curitiba: Zenite, 2012.

MILARÉ, Édis. A ação civil pública por dano ao ambiente. *In: Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª Ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 215-216.*

MORAES, A. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7ªEd. São Paulo: Jurídico/Atlas. Atualizada até a EC 55/07, 2007.

RECK, Janriê Rodrigues. *In* “Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos”. Artigo vinculado ao projeto de pesquisa observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. P. 10 e 5.

RECK, Janriê Rodrigues. *In* “Competência pública enquanto categoria fundamental da Teoria Geral do Direito pragmático-sistêmica”. Revista de Direito Administrativo & Constitucional – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). Belo Horizonte. Fórum. 2003. P. 184.

ROCHA, Leonel Severo. *In* “Três matrizes da teoria jurídica”. Artigo vinculado ao Anuário do Programa de pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado 1998/1999. Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS. São Leopoldo. 1999. P. 130.

ROSSETI, Suzana Maria. GONÇALVES, Oksandro. Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública. Artigo disponível em: [HTTP://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c628872e79e791cfd64). Acesso em 26 de dezembro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. 10ª Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ªEd. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ianaiê Simonelli da. Organizadores. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. In: “Sobre o caráter “não-solidarista” da prática da corrupção no âmbito da administração pública”. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf. Endereço eletrônico acessado em 25/01/2016. P. 85.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. In “O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social”. Artigo publicado na Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF. N. 186. Abr./jun. 2010. P. 291/292.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. In “O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social”. Artigo publicado na Revista de Informação Legislativa. Brasília/DF. N. 186. Abr./jun. 2010. P. 297.

TEUBNER, Gunther. “O direito como sistema autopoietico”. Lisboa: Calouste Gulbenkian.1993. P. 73, 71 e 87.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Tutela jurisdicional das liberdades públicas. Curitiba: Juruá, 1991.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª. Ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZIEMANN, Aneline dos Santos. BERTON, Wagner de Souza. LEAL, Rogério Gesta.

- Link do RANKING DA TRANSPARÊNCIA - fruto de trabalho de combate à corrupção feito pelo Ministério Público Federal no âmbito dos Entes Federados, objeto da nota de rodapé **77**, fl. **80** do presente:

<http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking/mapa-da-transparencia/arquivos-pdf/rankingrs.pdf>

ANEXO 1

Como parte do presente trabalho, anexamos o RANKING DA TRANSPARÊNCIA mencionado como nota de rodapé **77** à **fl. 80**, a fim de auxiliar no desdobramento do trabalho efetuado pelo Ministério Público Federal no combate à corrupção, demonstrando os cenários distintos no âmbito dos Entes Federados.

A intenção é demonstrar que resultados são possíveis dentro do cenário social, político e econômico, desde que tratado o tema da corrupção com seriedade e a política de TRANSPARÊNCIA dos atos administrativos como uma necessidade de avanço social e institucional.