



Conselho Nacional de Justiça

CONSULTA N.º 002583-36.2010.2.00.0000

RELATOR : CONSELHEIRO PAULO TAMBURINI

REQUERENTE : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

REQUERIDO : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

VOTO – VISTA

Trata-se de consulta feita pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, no sentido de saber se o Poder Judiciário pode, ou não, se valer de parcerias público-privadas.

2. Inicialmente, o ilustrado relator, Paulo Tamburini, conheceu da Consulta. E conheceu da consulta em face do seu caráter genérico e por entender que eventual resposta positiva não respaldaria, só por si, as sobreditas parcerias no âmbito dos tribunais.

3. Quanto ao mérito, o relator respondeu afirmativamente à Consulta. Contudo, propôs que os contratos de parcerias público-privadas pelo Poder Judiciário ficassem condicionados à formação de grupo de

A handwritten signature in blue ink, appearing to be the name 'Paulo Tamburini', written in a cursive style.

trabalho para propor ao Plenário deste Conselho Nacional de Justiça a regulamentação da matéria.

4. Pois bem, feito esse aligeirado reavivar das coisas, passo a proferir meu voto, que também é pelo conhecimento da consulta que, efetivamente, ostenta caráter genérico e assim satisfaz ao *caput* do art. 89 do Regimento Interno deste Conselho.

5. No mérito, parto da serena premissa de que o Judiciário é um dos Poderes do Estado (arts. 2º e 92 da CF) e a função jurisdicional é por ele exercida como atividade-fim, incompatível com qualquer ideia de delegabilidade para a iniciativa privada. O que sobra é atividade-meio, de natureza singelamente administrativa (tirante, naturalmente, as peculiaridades da função político-administrativa da Justiça Eleitoral e deste Conselho, que se definem como atividade-fim). Donde a seguinte pergunta: cabe o uso do instituto das parcerias público-privadas para o desempenho de atividade-meio do Poder Judiciário? Respondo que não, *data venia*, e o faço com os fundamentos que passo a vocalizar.

6. As parcerias público-privadas foram originariamente concebidas enquanto modalidade contratual entre órgãos e entidades administrativas do Poder Executivo, de um lado, e, de outro, sujeitos jurídicos totalmente privados. Concepção originária que se revela a partir do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 11.079/2004, *verbis*:

“Art. 1º [...]

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da **Administração Pública** direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às



demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

7. É dizer: não por acaso a lei se refere à “Administração Pública”, com iniciais maiúsculas, e não à “administração pública”, inteiramente grafada com letras minúsculas. Isso ao lado das entidades que integram a Administração Pública indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas). Tudo a sinalizar que seu âmbito pessoal de incidência é mesmo o conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo, e não o conjunto de órgãos de qualquer dos outros dois Poderes do Estado, no desempenho da função administrativa. Até porque esse peculiar fraseado “Administração Pública” se repete por numerosos dispositivos da Lei nº 11.079: § 2º do art. 2º; incisos II e IX do art. 5º, seu § 1º e inciso II de seu § 2º; cabeça e inciso III do art. 6º; cabeça e parágrafo único do art. 7º; *caput* do art. 8º; §§ 1º e 4º do art. 9º; alínea “c” do inciso I, incisos III e IV e § 3º do art. 10; alínea “a” do inciso II do art. 12; e § 2º do art. 14.

8. É isso mesmo: o Poder Executivo, diferentemente dos Poderes Legislativo e Judiciário, pode atuar tanto por meio de entidades quanto por intermédio de órgãos. Órgãos, como fração endógena ou parte elementar de uma dada pessoa jurídica (“unidades de competências”, na precisa e elegante expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello); entidades, como unidades estatais juridicamente personalizadas (“Desmembramentos administrativos personalizados do Estado”, para me valer uma vez mais das lições do renomado administrativista). Daí os dois conceitos básicos de administração pública: a administração que se estrutura tão-só em atividades — objetivamente, portanto — e aquela que se estrutura em órgãos e entidades (subjektivamente, por conseguinte, e com as letras



iniciais maiúsculas, torne-se a dizer). Ali, conceito objetivo de administração e comum aos três Poderes do Estado; aqui, conceito orgânico ou subjetivo e somente cabível na esfera das protagonizações que são próprias do Poder Executivo. Donde o seguinte dispositivo da Constituição:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”

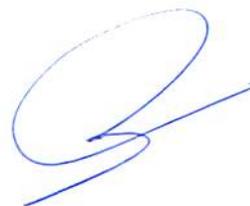
9. Prossigo para dizer que o desempenho das atividades-meio do Poder Judiciário não se compatibiliza com qualquer das modalidades de PPPs, descritas nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, assim redigidos:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”



10. Com efeito, o § 1º cuida de contratos que desembocam na figura do usuário e no instituto da tarifa, já regrados pela Constituição Federal (art. 175)¹ como mecanismos viabilizadores da relação de serviço público. Serviço público, no entanto, constitutivo de atividade inteiramente estranha aos misteres do Poder Judiciário, porque alusivo, agora sim, ao único Poder estatal voltado para o atendimento de necessidades tão permanentemente quanto coletivamente sentidas: o Poder Executivo.

11. Com efeito, não cabe aos órgãos do Poder Judiciário gerir os interesses que a massa dos administrados não cessa de requestar. Essa função, que se define como meio e fim a um só tempo, é exclusivamente do Poder Executivo. Já não fazendo sentido distinguir entre administração-meio e administração-fim, pois as duas coisas se confundem por completo na dinâmica do Poder Executivo.

12. Já com referência aos contratos de obras públicas, previstos no mesmo § 2º do art. 2º da lei em causa e submetidos a regime igualmente vinculante das figuras do usuário e da tarifa, penso que o raciocínio é o mesmo que prevalece para a concessão de serviços públicos; mas com este acréscimo de ideia: a Constituição mesma é que dispõe sobre as fontes do

¹ 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**.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - 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;

II - os direitos dos **usuários**;

III - política **tarifária**;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.



financiamento do Poder Judiciário, a saber: o orçamento e as custas e emolumentos (§ 2º do art. 98 e inciso I do § 5º do art. 165 da CF²).

13. Se mais não fosse, tenho que o ponto de arremate é este: o art. 14 da Lei nº 11.079³ determina que decreto do Presidente da República

² “§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.”

“§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;”

³ “Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: (Vide Decreto nº 5.385, de 2005)

I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;

III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;

IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

§ 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;

II – Ministério da Fazenda;

III – Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

§ 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado:

I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto;

II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei.

§ 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas.

§ 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

§ 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

instituirá órgão gestor das parcerias público-privadas no âmbito da União. Órgão gestor, esse, que tem as mais amplas competências e que é composto por representantes indicados pela Casa Civil da Presidência da República e dos Ministérios da Fazenda e do Orçamento, Planejamento e Gestão. Ora, o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) impede que atividades do Judiciário estejam submetidas a órgão instituído por ato regulamentar do Poder Executivo. Raciocínio que é válido no plano da União e dos Estados, tendo em vista o caráter nacional do Poder Judiciário, tantas vezes reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (*verbi gratia*, ADI 3.367, da relatoria do Min. Cezar Peluso).

14. Ante o exposto, conheço da consulta para respondê-la negativamente.

É como voto, *data venia* do entendimento contrário.


Min. AYRES BRITTO
Vice-Presidente
(§ 1º do art. 103-B da CF)